Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano

28º año

Anuario 2022

KONRAD ADENAUER STIFTUNG

Programa Estado de Derecho Latinoamérica

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano
2022

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2022

KONRAD ADENAUER STIFTUNG
Programa Estado de Derecho Latinoamérica

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano

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

Se especializa en derecho constitucional y también publica artículos relativos a otras ramas del derecho, tales como el derecho procesal constitucional, el derecho administrativo, los derechos y las garantías individuales, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de la integración. Estos temas constituyen, además, los ejes del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la entidad editora, la Fundación Konrad Adenauer.

El Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano tiene como objetivo difundir trabajos de investigación de autores latinoamericanos y pretende lograr una distribución equitativa de temas y de nacionalidades de los autores.

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

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

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

© 2022 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e.V.

Editor responsable
Hartmut Rank

Coordinación editorial
Felipe Franco

Coordinación académica
Magdalena Schaffler

Revisión de textos
Emma Ariza, María José Díaz Granados (español)
Paulo Baptista (portugués)

Traducción
Paulo Baptista (portugués)
Dieter Schonebohm (alemán)
Daniel Kaplan (inglés)

Diagramación
Marta Rojas

Impresión
Legis

ISSN 2346-0849

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

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

El Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano está registrado en el Directorio Latindex.

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

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER
Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica
Calle 93 B n.º 18 - 12, piso 7
Bogotá, Colombia
Tel.: (+57 601) 743 09 47
iusla@kas.de
www.kas.de/iusla
Twitter: @KASiusLA
Facebook: www.facebook.com/kasiusla
Linkedin: kasiusla

Contenido

Presentación 9

Notas y ponencias especiales

- Stephan Harbarth (Alemania)
  Protección nacional y regional de los derechos fundamentales en América Latina y Europa: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre la protección de los derechos fundamentales en el sistema multinivel europeo 15
- Cristina Pardo Schlesinger (Colombia)
  Perspectivas y criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional de Colombia para el reconocimiento de nuevos principios, nuevos sujetos y nuevos derechos 29
- José Ignacio Vásquez Márquez (Chile)
  La jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno y los nuevos principios, sujetos y derechos 45
- Nancy Yáñez Fuenzalida (Chile)
  Aplicación del pluralismo jurídico en la jurisdicción constitucional 57
- Paul Enrique Franco Zamora (Bolivia)
  Aportes desde la jurisdicción constitucional boliviana para una interpretación y un ejercicio del pluralismo jurídico 65
- María Pía Silva Gallinato (Chile)
  Las reformas sobre la justicia constitucional y su incidencia en el Tribunal Constitucional de Chile 77
- César Ochoa Cardich (Perú)
  La reforma constitucional del sistema de justicia en el Perú de 2018 89
- Diana Fajardo Rivera (Colombia)
  La Corte Constitucional colombiana: intervenciones y desafíos ante reformas constitucionales relevantes con impacto en la administración de justicia en Colombia 109

- Domingo Gil (República Dominicana)
  Jurisprudencia constitucional de República Dominicana en materia de derechos políticos y garantías para la participación ciudadana 121
- Miguel Ángel Fernández González (Chile)
  Seis sentencias relevantes del Tribunal Constitucional de Chile sobre derechos políticos 131
- Paola Andrea Meneses Mosquera (Colombia)
  Deberes de protección del medio ambiente y derechos de la naturaleza en la Corte Constitucional de Colombia 141

Eje 1: La corrupción y los derechos humanos en el ámbito del derecho constitucional

- Mônia Clarissa Hennig Leal (Brasil)
  Dérique Soares Crestane (Brasil)
  O reconhecimento de um direito fundamental à proteção de dados pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro: uma análise à luz da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e suas repercussões no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados 159
- Eduardo Torres Alonso (México)
  Corrupción y mujeres. Condiciones interseccionales de vulnerabilidad y políticas para su combate 179
- David Oconitrillo Fonseca (Costa Rica)
  Algunas consideraciones acerca del rol de los tribunales constitucionales ante el fenómeno de la corrupción en los Estados de derecho 197
- Ívinna Ellionay Alves dos Santos (Brasil)
  Thiago Oliveira Moreira (Brasil)
  Leonardo Oliveira Freire (Brasil)
  O princípio anticorrupção e a sua inserção no processo de constitucionalização do direito internacional 213
- Felipe Franco-Gutiérrez (Colombia)
  La protección del denunciante de corrupción como defensor de derechos humanos en el sistema interamericano 233

Eje 2: Asuntos en derecho constitucional contemporáneo

- Sergio Javier Molina Martínez (México)
  Los derechos sociales en el contexto del nuevo sistema de justicia laboral en México 253

- Laura Hering (Alemania)
  El reconocimiento de un "derecho a la educación escolar" en Alemania en ocasión de la pandemia de covid-19 285
- Claudio Nash (Chile)
  Florencia Moral (Chile)
  La protección judicial frente al uso de escopetas de perdigones en el marco de manifestaciones públicas: el caso chileno 299
- Alan E. Vargas Lima (Bolivia)
  El derecho de acceso a la justicia constitucional y la reconducción procesal de las acciones de defensa en Bolivia 323
- Daniel Tenorio Pérez (México)
  La efectividad de las reglas constitucionales a través del concepto obligación: una propuesta teórica para el ejercicio colectivo de los derechos humanos 347
- Santiago Martínez Neira (Colombia)
  La convencionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos 363
- Juan Pablo Pampillo Baliño (México)
  Revaloración del constitucionalismo latinoamericano 381
- Luis Palacios Sanabria (Venezuela)
  Agustín Soto Gidi (Chile)
  El camino chileno hacia una nueva constitución 425
- Miguel de J. Neria Govea (México)
  Michael G. Núñez Torres (Venezuela)
  Justificación de límites implícitos a las reformas constitucionales. Una postura en contra de la neutralidad axiológica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México 449
- Mauricio José C. Rosales (Honduras)
  La protección del derecho a la propia imagen en las redes sociales virtuales: principal desafío del derecho constitucional contemporáneo 469
- Johanna Egas Velasco (Ecuador)
  Las acciones constitucionales como garantías de protección de los derechos de los animales en Ecuador 493
- Luis Roel Alva (Perú)
  Renzo Díaz Giunta (Perú)
  La justicia transicional en el Perú: avances y desafíos a 20 años de la Comisión de la Verdad y Reconciliación 517

- Iván Carlo Gutiérrez Zapata (México)
  El control de constitucionalidad y convencionalidad del derecho al voto de las personas en prisión preventiva 543

Instrucciones para la presentación de artículos 557

Presentación

Nos complace en esta oportunidad presentar a los lectores la vigesimoctava edición del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. Es para nosotros un orgullo continuar con esta importante tradición de difusión del derecho constitucional en nuestra región y de los diversos estudios y análisis temáticos, que a lo largo de las diferentes ediciones han sido realizados por autoras y autores de distintos orígenes y aproximaciones teóricas y prácticas sobre la materia.

Esta publicación ha buscado mantenerse a la vanguardia de los asuntos y las cuestiones que la doctrina contemporánea en Latinoamérica desarrolla, respondiendo también a fenómenos sociales y económicos que se enmarcan en la aplicación de las normas nacionales e internacionales y que se ventilan concretamente a partir de los principios y las prerrogativas establecidas en los textos constitucionales latinoamericanos.

En esta nueva edición, el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica compila 19 artículos en dos ejes temáticos: i) la corrupción y los derechos humanos en el ámbito del derecho constitucional y ii) asuntos en derecho constitucional contemporáneo. De igual manera, nos complace enormemente señalar que este *Anuario 2022* ofrece 11 artículos en su sección de Notas y ponencias especiales, el número de contribuciones más alto hasta la fecha para esta sección.

Nueve de dichos artículos son resultado de las presentaciones realizadas en el marco del XXVII Encuentro Anual de Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales de América Latina, llevado a cabo en septiembre de 2022 en la ciudad de Santiago, con el auspicio del Tribunal Constitucional de Chile. Durante este evento, magistradas y magistrados de 15 cortes constitucionales de la región se reunieron para discutir acerca de las perspectivas y los criterios jurisprudenciales para el reconocimiento de nuevos derechos y sujetos constitucionales, la aplicación del pluralismo jurídico en la jurisdicción constitucional, la incidencia de las reformas constitucionales en el trabajo de los tribunales constitucionales, y la jurisprudencia constitucional en materia de derechos políticos y garantías para la participación ciudadana. En esta sección también se incluyen la ponencia inaugural del evento realizada por el presidente del Tribunal Constitucional Federal de Alemania Prof. Dr. Stephan Harbarth, y la

ponencia de la magistrada de la Corte Constitucional de Colombia Paola Andrea Meneses Mosquera, en el marco de la visita de esta Corte al Tribunal Constitucional Federal en la ciudad de Heidelberg (Alemania), en mayo de 2022, auspiciada por la Fundación Konrad Adenauer.

Esta muestra de artículos especiales es producto del enorme interés de las judicaturas constitucionales en dar mayor visibilidad a los estudios de sus criterios y de conceptos tradicionales de la doctrina constitucional a la luz de las decisiones más recientes de los tribunales constitucionales y de los debates que ocurren en el interior de estos despachos judiciales. Vemos entonces que la idea tradicional de que el juez se comunica únicamente a través de las sentencias es revaluada, revelando que las opiniones y los análisis subjetivos de las juezas y los jueces constitucionales son también esenciales y enriquecen enormemente el debate académico y profesional del derecho constitucional.

La corrupción y los derechos humanos en el ámbito del derecho constitucional

El primer eje temático de esta edición busca explorar la convergencia y tensiones que se crean entre la corrupción y los derechos humanos. El punto de partida en este tema es el reconocimiento del impacto negativo que tiene la corrupción en todas las esferas de la sociedad, pero, más especialmente, en la debida garantía de los derechos humanos.

Esta reflexión lleva a los autores a considerar la problemática de la corrupción como una fuente de responsabilidad de los Estados en la protección de derechos humanos y, con ello, a reconocer las diferentes violaciones que pueden llegar a presentarse, y el rol que particularmente tienen los tribunales constitucionales en esta materia. También es de destacar que los autores de este primer eje temático exploran el papel preponderante de las víctimas de la corrupción, como las mujeres o los denunciantes de corrupción, y reflexionan sobre los cambios y las condiciones institucionales específicas que se requieren para garantizar sus derechos a la reparación y al reconocimiento como víctimas de violaciones de sus derechos fundamentales.

Asuntos en derecho constitucional contemporáneo

El segundo eje temático del *Anuario* refleja el sinnúmero de asuntos que vienen cobrando una trascendencia especial dentro del derecho constitucional contemporáneo en América Latina e incluso en otros países, como Alemania.

El reconocimiento de nuevos derechos es uno de los asuntos que las autoras y los autores de este eje han resaltado en sus artículos. Este reconocimiento de la garantía de nuevos derechos parte fundamentalmente de una interpretación evolutiva del texto constitucional a la luz del contexto latinoamericano en circunstancias específicas, como la pandemia del covid-19, las manifestaciones públicas en Chile, las reformas institucionales en México y el proceso de justicia transicional en Perú, por mencionar algunos hechos relevantes de los últimos años.

Un segundo asunto resaltado en los artículos de este eje temático es una evidente revaloración del constitucionalismo latinoamericano. Los autores señalan que las transiciones democráticas en América Latina han generado un cambio en la valoración del derecho constitucional. El proceso constituyente en Chile ofrece el ejemplo más vivo de esta tendencia, al considerar las implicaciones jurídicas y políticas de este proyecto constitucional, vencido en las urnas y que actualmente ha despertado un nuevo debate entre las fuerzas políticas chilenas y el pueblo que clama por un proyecto de orden nacional que se aleje de la denominada "constitución de Pinochet".

Un último asunto presentado dentro de este eje es la "constitucionalización" del derecho latinoamericano en general, en donde se han comenzado a estudiar los diferentes órdenes legales, con el derecho constitucional como una hoja de ruta o parámetro de interpretación. Asuntos del derecho laboral o el derecho penal, como los explicados en este eje temático, evidencian que la "constitucionalización" del derecho en nuestro continente es cada vez más evidente y demanda un análisis detallado, con el fin de entender su verdadera compatibilidad y los efectos que esta tiene en los diferentes sectores, agentes y esferas de la aplicación y práctica legal de nuestros países.

Las consideraciones expuestas en estos tres grandes asuntos contemporáneos nos demuestran la visión heterogénea que existe frente al derecho constitucional latinoamericano. Observamos que la evolución de las temáticas requiere una apertura a la lectura de los diferentes elementos ofrecidos actualmente por el derecho y la jurisprudencia constitucional.

Eje temático para la vigesimonovena edición

Esta recapitulación de la presente edición evidencia que es vital, y quizás hasta necesario, considerar una apertura más amplia del debate académico sobre el derecho constitucional latinoamericano. Por ello, nos entusiasma anunciar que la vigesimonovena edición del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* será abierta a todas las contribuciones que se enmarquen en el análisis del derecho constitucional latinoamericano en general y en la interacción del derecho constitucional con otras ramas del derecho en particular. En esta medida, sugerimos la presentación de artículos que exploren el derecho constitucional y su interacción con el derecho procesal, el derecho administrativo, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional público, el derecho civil, el derecho penal y el derecho laboral, entre otros. Estos aportes podrán tocar casos o asuntos de primordial importancia nacional e internacional.

La vigesimonovena edición nos brinda la posibilidad de retornar a los esquemas anteriores del *Anuario*, en donde, a partir de la selección de artículos, se determinan los ejes temáticos que permiten, más allá de establecer una orientación teórica, organizar la obra de una manera esquemática. Confiamos en que, con un modelo

abierto de contribuciones, nuestra audiencia se vea interesada en participar de manera muy activa. Sobre este punto, queremos resaltar nuestro compromiso con la paridad de género, y con la representación de todas las culturas y lenguas de nuestro continente, no solo en este espacio del *Anuario* y en la academia sino en la vida pública en general, por lo que esperamos especialmente las contribuciones de mujeres, autoras y autores brasileños y de otras nacionalidades.

Esta nueva edición es el resultado del trabajo profundo de todas las autoras y los autores, a quienes agradecemos su interés y compromiso en producir artículos de una altísima calidad académica y editorial, lo que eleva nuestra publicación dentro de estos escenarios en nuestra región. La labor del Comité Editorial fue también invaluable, ya que, gracias a sus comentarios y revisiones críticas, podemos asegurar un trabajo serio y de alto rigor. Extendemos también un agradecimiento especial a todo el equipo del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, que apoya esta publicación incansablemente y nos brinda la motivación para seguir adelante con este importante trabajo.

Aspiramos a permanecer honrando la confianza depositada por todos los autores, lectores y personas interesadas en esta publicación, y a continuar aportando ideas para el debate de proyectos e iniciativas que repercutan en el afianzamiento del derecho constitucional dentro de la tradición jurídica latinoamericana.

Hartmut Rank
Director del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Fundación Konrad Adenauer

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

Notas y ponencias especiales

- Stephan Harbarth (Alemania)
  Protección nacional y regional de los derechos fundamentales en América Latina y Europa: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre la protección de los derechos fundamentales en el sistema multinivel europeo
- Cristina Pardo Schlesinger (Colombia)
  Perspectivas y criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional de Colombia para el reconocimiento de nuevos principios, nuevos sujetos y nuevos derechos
- José Ignacio Vásquez Márquez (Chile)
  La jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno y los nuevos principios, sujetos y derechos
- Nancy Yáñez Fuenzalida (Chile)
  Aplicación del pluralismo jurídico en la jurisdicción constitucional
- Paul Enrique Franco Zamora (Bolivia)
  Aportes desde la jurisdicción constitucional boliviana para una interpretación y un ejercicio del pluralismo jurídico
- María Pía Silva Gallinato (Chile)
  Las reformas sobre la justicia constitucional y su incidencia en el Tribunal Constitucional de Chile
- César Ochoa Cardich (Perú)
  La reforma constitucional del sistema de justicia en el Perú de 2018
- Diana Fajardo Rivera (Colombia)
  La Corte Constitucional colombiana: intervenciones y desafíos ante reformas constitucionales relevantes con impacto en la administración de justicia en Colombia
- Domingo Gil (República Dominicana)
  Jurisprudencia constitucional de República Dominicana en materia de derechos políticos y garantías para la participación ciudadana
- Miguel Ángel Fernández González (Chile)
  Seis sentencias relevantes del Tribunal Constitucional de Chile sobre derechos políticos
- Paola Andrea Meneses Mosquera (Colombia)
  Deberes de protección del medio ambiente y derechos de la naturaleza en la Corte Constitucional de Colombia

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXVIII, BOGOTÁ, 2022, PP. 15-28, ISSN 2346-0849

Stephan Harbarth* **(Alemania)**

Protección nacional y regional de los derechos fundamentales en América Latina y Europa: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre la protección de los derechos fundamentales en el sistema multinivel europeo[1]

National and regional protection of fundamental rights in Latin America and Europe: The jurisprudence of the German Federal Constitutional Court on the protection of fundamental rights in the European multilevel system

Nationaler und regionaler Grundrechtsschutz in Lateinamerika und Europa: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundrechtsschutz im europäischen Mehrebenensystem

Nos encontramos en una época de crisis globales: el cambio climático y la pandemia de coronavirus son solo dos ejemplos de los retos actuales a los que se enfrenta la humanidad, que difícilmente pueden ser superados por un Estado en solitario. En Europa las cosas no están mejor. Las amenazas internas y externas afectan a todo el continente. La guerra de agresión de Rusia contra Ucrania, contraria al derecho internacional, está sacudiendo los cimientos del orden de paz europeo y demostrando de forma dramática nuestra propia vulnerabilidad. Las disputas que se han librado en los últimos meses sobre el Estado de derecho en algunos Estados miembros de la Unión Europea pueden haber pasado a un segundo plano en la percepción pública, pero no han terminado. Sin embargo, quizás sean precisamente estos tiempos de crisis los que nos hacen conscientes del valor de una vida en paz, libertad, democracia y Estado de derecho. Su protección se confía de manera especial a los tribunales

* Abogado, LL. M., Yale University. Presidente del Tribunal Constitucional Federal Alemán.

[1] Ponencia traducida al español por Jonathan Stelter.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

constitucionales. Esto hace que el discurso y el intercambio de experiencias entre estos tribunales sea aún más importante, especialmente en estos tiempos.

Los padres y madres de la *Grundgesetz*[2] –teniendo ante sus ojos los horrores del nacionalsocialismo y de la Segunda Guerra Mundial desatados por Alemania– nos dejaron como legado a los alemanes nuestra Constitución en 1949. Esto se aplica también a la decisión que tomaron a favor de la llamada *offene Staatlichkeit* (estatalidad abierta). La República Federal de Alemania estaba autorizada –y aún lo está– a transferir derechos de soberanía a instituciones intergubernamentales. La misión subyacente de Alemania fue revelada por los autores de nuestra *Grundgesetz* en su preámbulo: "Servir a la paz mundial como miembro igual en una Europa unida". Desde la perspectiva alemana, pocas cuestiones han ocupado tanto la política y la sociedad como la jurisprudencia constitucional y la doctrina del derecho constitucional, con una intensidad comparable a la de la integración del Estado-nación alemán en los contextos europeo e internacional, en particular su "participación en el desarrollo de la Unión Europea" para la "realización de una Europa unida", como reza hoy el artículo 23 (1) frase 1 de la *Grundgesetz*.

En el año 2022, la Unión Europea cumple ya 70 años –al menos si se adopta una visión generosa que comience con la fundación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero el 23 de julio de 1952–. El Tribunal Constitucional Federal Alemán ha acompañado y salvaguardado la integración de Alemania a la Unión Europea desde el principio en términos de derecho constitucional; al hacerlo ha garantizado en particular que la protección de los derechos fundamentales –otro mandato central de nuestra Constitución de 1949– se preserve incluso cuando los derechos de soberanía se transfieran a la Unión Europea. En esta ponencia presentaré las líneas básicas de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre la protección de los derechos fundamentales en el llamado sistema multinivel europeo, entre otras cosas, porque la interacción transfronteriza es hoy más necesaria que nunca en todas las partes del mundo. El Tribunal Constitucional Federal ha tenido recientemente la oportunidad de abordar cuestiones relativas a la relación entre la protección nacional de los derechos fundamentales y la de la Unión. Al hacerlo, ha reajustado tanto el estándar de revisión del recurso de inconstitucionalidad como su propio papel frente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Al mismo tiempo, esto puede dar una impresión de la complejidad de la interacción entre los tribunales supremos nacionales y europeos en la configuración y formación de una alianza común de tribunales constitucionales en la que la protección de los derechos fundamentales se organiza no solo a nivel nacional, sino también a nivel supranacional.

[2] La "constitución" alemana se llama *Grundgesetz* (Ley fundamental) porque fue concebida como una ley provisional y en su formación no cumplió los requisitos de una constitución.

1. El sistema multinivel europeo

Antes de entrar en materia haré algunas observaciones introductorias: el concepto de sistema multinivel –en el estilo del federalismo alemán– se ha impuesto en la ciencia política y en la ciencia del derecho para explicar el sistema político de la Unión Europea, así como del continente europeo en su conjunto. Esta terminología intenta captar la importancia de los diferentes niveles de gobierno e intergubernamentales en el proceso político, así como los distintos mecanismos de dirección que desempeñan un papel en estos niveles y entre ellos.

Este sistema incluye, en primer lugar, al Consejo de Europa, una asociación jurídica internacional que se distingue de la Unión Europea y es independiente de ella. Se fundó en 1949 para garantizar la paz en Europa y hoy cuenta con 46 Estados miembros. Probablemente el tratado más eficaz del Consejo de Europa es el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que contiene un catálogo de derechos civiles y políticos fundamentales y, por tanto, al igual que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), complementa los catálogos nacionales de derechos fundamentales contenidos en las constituciones de los Estados miembros. El CEDH es vinculante para todos los Estados miembros en virtud del derecho internacional público. Para hacer cumplir el Convenio, se creó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), con sede en Estrasburgo, al que pueden acudir no solo los Estados miembros, sino cualquier Estado, mediante una denuncia individual, si ven vulnerados derechos garantizados por el Convenio. En la República Federal de Alemania, el Convenio tiene el estatus de una simple ley federal, por debajo de la Constitución. Sin embargo, debido al principio desarrollado por el Tribunal Constitucional Federal de interpretar la *Grundgesetz* de manera amistosa con el derecho internacional, el Convenio y la jurisprudencia del TEDH también deben utilizarse como ayuda para la interpretación, a fin de determinar el contenido y el alcance de los derechos fundamentales de la *Grundgesetz*.[3]

Otro nivel es la Unión Europea. Tras la salida del Reino Unido cuenta con 27 Estados miembros. La Unión Europea es –al menos en su mayor parte– una organización supranacional. Los Estados miembros le confieren determinados derechos de soberanía de acuerdo con el principio de legitimación individual establecido en los tratados europeos; estos tratados, así como los actos jurídicos adoptados sobre su base, no son derecho internacional, sino que constituyen un ordenamiento jurídico *sui generis*. Son –aunque la Unión Europea no sea un Estado federal– leyes directamente aplicables dentro del Estado y, en principio, deben prevalecer sobre el derecho nacional conflictivo de los Estados miembros, incluso sobre su derecho constitucional (la llamada primacía de la aplicación del derecho de la Unión). El cumplimiento del derecho de la Unión es controlado por el TJUE, con sede en

[3] Véase BVerfGE 111, 307 (317 f).

Luxemburgo, así como por los tribunales nacionales que pueden –y en su caso deben– plantear al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales sobre la aplicación del derecho de la Unión.[4] El derecho de la Unión también cuenta con garantías de derechos fundamentales, inicialmente como principios jurídicos generales desarrollados por el TJUE en virtud del derecho judicial y, desde 2009, también en forma de catálogo escrito de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

2. Jurisdicción *Solange*

Pero pasemos ahora a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Con la llamada decisión *Solange I* (Mientras I) en los círculos profesionales de 1974, el Tribunal Constitucional Federal supeditó la transferencia de derechos de soberanía a la Unión Europea –en aquel momento todavía llamada Comunidades Europeas– al cumplimiento de determinados requisitos estructurales, que afectaban significativamente la protección de los derechos fundamentales. La frase central de la decisión decía:

> Mientras el proceso de integración de la Comunidad no haya avanzado tanto como para que el derecho comunitario contenga también un catálogo de derechos fundamentales formulado, aprobado por un Parlamento y en vigor, que sea adecuado al catálogo de derechos fundamentales de la *Grundgesetz*, [...] el sometimiento de un tribunal de la República Federal de Alemania al Tribunal Constitucional Federal en un procedimiento de revisión de normas es admisible y necesario si el tribunal considera que la disposición del derecho comunitario relevante para su decisión [...] es inaplicable porque y en la medida en que entre en conflicto con uno de los derechos fundamentales de la *Grundgesetz*.[5]

En otras palabras: mientras el derecho comunitario no conozca una protección de los derechos fundamentales comparable a la de la *Grundgesetz*, el Tribunal Constitucional Federal examina el derecho comunitario con el rasero de los derechos fundamentales de la *Grundgesetz*, de modo que el nivel de protección que garantiza no se ve mermado por la transferencia de los derechos de soberanía al nivel de la Unión Europea. El Tribunal Constitucional Federal dejó de considerar la condición inherente a la palabra *Solange* ("mientras") con el desarrollo de los derechos fundamentales comunitarios en la jurisprudencia del TJCE, como se mencionó, unos doce años después, en 1986. El TJCE aceptó el reto planteado por la sentencia *Solange I* y, recurriendo a las garantías del CEDH y a las tradiciones constitucionales comunes

---

4 Véase el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

5 BVerfGE 37, 271 (285).

de los Estados miembros, elaboró un catálogo de derechos fundamentales, inicialmente no escrito, que posteriormente dio un importante impulso a la redacción de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta DFUE), que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. En la llamada decisión *Solange II* de 1986, el Tribunal Constitucional Federal dictaminó que las Comunidades Europeas garantizaban en este momento la protección efectiva de los derechos fundamentales frente al poder soberano de las comunidades, lo que debía considerarse esencialmente equivalente a la protección de los derechos fundamentales como indispensable en la *Grundgesetz*. "Mientras" esto sea así, el Tribunal Constitucional Federal dejará de ejercer su competencia sobre la aplicabilidad del derecho comunitario derivado y, en consecuencia, dejará de revisar este derecho con el criterio de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental.[6] En pocas palabras, se trata de una división del trabajo: el Tribunal Constitucional Federal examina los actos del poder estatal alemán con el criterio de los derechos fundamentales de la *Grundgesetz*, mientras que el TJCE garantiza el respeto de los derechos fundamentales de la Unión en la aplicación del derecho de la Unión.

3. Derecho al olvido I y II

Ahora abordaremos las decisiones más recientes del Tribunal Constitucional Federal ya mencionadas. Para entenderlas, es fundamental hacer una distinción: se trata de los casos en los que el derecho de la Unión deja a los Estados miembros un margen de maniobra y aquellos en los que los Estados no cuentan con dicho margen. En primer lugar, las decisiones sobre el derecho al olvido de 2019: en cada caso el asunto se refería a la protección de los derechos fundamentales en las condiciones de comunicación en internet, concretamente a la protección contra la posibilidad de descubrir información personal sobre acontecimientos pasados a través de los motores de búsqueda en la red. Se trataba, por tanto, de la existencia y el alcance del llamado "derecho al olvido", del que ya se había ocupado el TJUE en su sentencia Google Spain y Google, de 13 de mayo de 2014. Sin embargo, no se abordará el "derecho al olvido" sustantivo, sino las declaraciones generales del Tribunal Constitucional Federal sobre la protección de los derechos fundamentales en la aplicación del derecho de la Unión por parte de los Estados miembros que le preceden.

El objeto del primer procedimiento[7] fue el recurso de inconstitucionalidad de un hombre que había sido condenado a cadena perpetua por dos asesinatos y un intento de asesinato en 1982. La revista de noticias alemana *Der Spiegel* había informado en varias ocasiones sobre el caso en su momento. Los artículos en los que se menciona el apellido del denunciante eran de libre acceso en internet en un archivo en línea

6 BVerfGE 73, 340 (378).

7 BVerfGE 152, 152.

desde 1999. Una búsqueda en Google de su nombre mostró los artículos entre los primeros resultados. El denunciante, que entretanto había cumplido su pena de prisión, llevó al operador del archivo en línea ante un tribunal civil para que le impusiera medidas cautelares. El Tribunal Supremo Federal alemán desestimó la demanda en última instancia. El Tribunal Constitucional Federal anuló la sentencia por considerar que se había violado el derecho general de la personalidad del demandante del artículo 2 (1) en relación con el artículo 1 (1) de la *Grundgesetz* y devolvió el caso al Tribunal Federal de Justicia.

La decisión contiene afirmaciones sobre la relación entre la protección de los derechos fundamentales con arreglo a la *Grundgesetz* y al derecho de la Unión. Esta cuestión se planteó porque el caso subyacente tuvo lugar en un ámbito regulado por el derecho de la Unión. Se trataba de la protección referente al tratamiento de datos personales. El régimen jurídico del tratamiento de datos, incluso datos privados, se ha estandarizado en toda Europa, originalmente mediante la Directiva de Protección de Datos,[8] que ha sido sustituida por el Reglamento General de Protección de Datos.[9] Según la jurisprudencia del TJCE, se trataba en gran medida de una armonización total sin margen de maniobra para los Estados miembros. No obstante, existía una excepción para el llamado privilegio de los medios de comunicación, que debe ser definido por cada Estado miembro. El derecho de la Unión obligaba a los Estados miembros a promulgar sus propias normas para las actividades periodísticas, científicas, artísticas o literarias que se apartaban de las normas generales, teniendo en cuenta el carácter especial de estas actividades. Nuestro caso estaba en el ámbito del "margen de maniobra" para los Estados miembros porque se trataba de un archivo de prensa y, por tanto, de un tratamiento de datos con fines periodísticos. Las afirmaciones centrales del Tribunal Constitucional Federal sobre estos ámbitos con margen de maniobra para los Estados miembros siguen en gran medida las líneas de la jurisprudencia anteriormente reconocida. Pueden resumirse como señalo a continuación.

En los casos en que los Estados miembros tienen margen de maniobra en la aplicación del derecho de la Unión, es decir, cuando la aplicación *no* está determinada por el derecho de la Unión, se aplican los derechos fundamentales de la *Grundgesetz*, y, por ende, pueden hacerse valer mediante un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal. Esto se desprende directamente de las afirmaciones de la *Grundgesetz*. El compromiso con los derechos fundamentales acompaña la responsabilidad de decisión política de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Los

---

[8] Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo Europeo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a su libre circulación de estos datos, DO L 281 de 23/11/1995, 31-50.

[9] Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a su libre circulación, por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), DO L 119 de 4/5/2016, 1-88.

tribunales alemanes, en particular el Tribunal Constitucional Federal, deben velar por el respeto de los derechos fundamentales en el ejercicio de esta responsabilidad.[10] Del derecho de la Unión no se desprende otra cosa: según el artículo 51 (1), frase 1 de la Carta DFUE, los Estados miembros están vinculados por los derechos fundamentales de la Unión "únicamente cuando aplican el derecho de la Unión". La Carta DFUE no ofrece una protección integral de los derechos fundamentales para toda la Unión Europea, sino que reconoce la diversidad federal para la garantía de dichos derechos, con la limitación de su ámbito de aplicación. Esto no debe ser socavado por una interpretación excesivamente amplia del artículo 51 (1), frase 1 de la Carta.[11] No obstante, el Tribunal Constitucional Federal considera que es posible que las medidas nacionales de transposición deban valorarse como "aplicación del derecho de la Unión" en el sentido del artículo 51 (1) citado, si se deja a los Estados miembros un margen de maniobra, pero el derecho de la Unión establece un marco suficientemente sustancial para esta disposición, el cual también debe concretarse de forma reconocible en el respeto de los derechos fundamentales de la Unión. Estos derechos se añaden, entonces, a las garantías de los derechos fundamentales de la *Grundgesetz*. Asimismo, en tal caso, el Tribunal Constitucional Federal ejerce su competencia de revisión principalmente sobre la base de la *Grundgesetz*. La posibilidad de esta coexistencia de la protección de los derechos fundamentales, tanto nacional como de la Unión, en ámbitos normativos abiertos a la interpretación corresponde tanto a los tratados europeos, que garantizan la diversidad federal de la protección de los derechos fundamentales, como a la jurisprudencia del TJUE.[12]

Al utilizar los derechos fundamentales nacionales como criterio de revisión en ámbitos abiertos a la interpretación, el Tribunal Constitucional Federal puede basarse en la presunción de que el nivel de protección de la Carta, tal como lo interpreta el TJUE, está generalmente garantizado al revisar la legislación nacional con el criterio de los derechos fundamentales de la *Grundgesetz*. Esta presunción se apoya en una conexión general entre la *Grundgesetz* y la Carta, en una tradición europea común de derechos fundamentales. Al igual que los principios generales del derecho equivalentes a los derechos fundamentales que el TJUE desarrolló inicialmente en el marco del derecho judicial, la Carta también se basa en las distintas tradiciones constitucionales de los Estados miembros: los reúne, los amplía y los desarrolla como criterio para el derecho de la Unión. Por su parte, los distintos sistemas de derechos fundamentales de los Estados miembros tienen un fundamento común en el CEDH, en el que también se basan los fundamentos de los tratados de la Unión Europea y su Carta de Derechos Fundamentales, aunque la propia Unión Europea aún no se haya adherido al Convenio.

---

[10] BVerfGE 152, 152 (169).

[11] BVerfGE 152, 152 (169).

[12] BVerfGE 152, 152 (170).

La segunda decisión,[13] a diferencia de la primera, se basó en un caso que tuvo lugar en un ámbito totalmente unificado por el derecho de la Unión Europea, es decir, no había margen de regulación nacional. Originalmente, este caso también estaba sujeto a la Directiva de Protección de Datos y hoy al Reglamento General de Protección de Datos; sin embargo, a diferencia del primer caso, estaba sujeto a la parte de la ley de protección de datos unificada por el derecho de la Unión.

El núcleo de la decisión puede resumirse del siguiente modo: en la medida en que los derechos fundamentales de la *Grundgesetz* se ven desplazados por la primacía de la aplicación del derecho de la Unión, el Tribunal Constitucional Federal revisará a partir de ahora su aplicación por parte de las autoridades alemanas sobre la base de los derechos fundamentales de la Unión. A modo de explicación: el hecho de que los derechos fundamentales alemanes no sean aplicables en materias totalmente unificadas del derecho de la Unión se ajusta a la jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional Federal alemán para el examen de la validez de estas normas; solo se aplica al caso concreto. Si la Unión Europea, en el ámbito de sus competencias, crea reglamentos que son válidos en toda la Unión y que deben aplicarse de manera uniforme, la protección de los derechos fundamentales que debe garantizarse al aplicar estos reglamentos también debe ser uniforme. Esta protección está garantizada por la Carta DFUE. Los derechos fundamentales alemanes no son aplicables en estos casos, porque de lo contrario se frustraría el objetivo de unificar el derecho. Ahora bien, el "espacio en blanco", la laguna resultante en el criterio de revisión del Tribunal Constitucional Federal en la evaluación de un recurso de inconstitucionalidad se cierra ahora aplicando directamente los derechos fundamentales de la Unión. En otras palabras, el Tribunal Constitucional Federal examina directamente el cumplimiento de tales derechos[14] si es necesario, tras remitir el caso al TJCE para que aclare las cuestiones de interpretación abiertas.[15]

4. Orden de Detención Europea III y Ecotox

Esta jurisprudencia se consolidó aún más con las decisiones *Europäischer Haftbefehl III* (Orden de Detención Europea III) y Ökotox (Ecotox), por lo que la jurisprudencia puede considerarse consolidada. Además, ambas decisiones son ejemplos ilustrativos de cómo la nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal tiene un impacto práctico en la revisión de los derechos fundamentales.

Los denunciantes en la decisión Orden de Detención Europea III de diciembre de 2020[16] habían recibido una orden de detención por parte de las autoridades judi-

[13] BVerfGE 152, 216.
[14] BVerfGE 152, 216 (236 ff).
[15] BVerfGE 152, 216 (243 ff).
[16] Véase BVerfGE 156, 182.

ciales rumanas. Ambos se encontraban detenidos en Alemania y habían recurrido su traslado a Rumania para la ejecución de las penas y el enjuiciamiento, respectivamente, alegando que las condiciones de detención en Rumania eran inhumanas. Los denunciantes no tuvieron éxito ante los tribunales correspondientes, aunque los recursos de inconstitucionalidad sí prosperaron, en concreto porque se había violado el derecho fundamental de los denunciantes contenido en el artículo 4 de la Carta. El Tribunal Constitucional Federal declaró que la disputa legal se refería a un asunto que estaba completamente determinado por el derecho de la Unión. Por lo tanto, los derechos fundamentales de la *Grundgesetz* no eran aplicables como criterio directo de revisión. Los derechos fundamentales de la Unión, expresados en particular en la Carta DFUE, eran decisivos; así, a la hora de interpretar estos derechos deben tenerse en cuenta tanto los derechos del Convenio concretados por el TEDH como los derechos fundamentales de los Estados miembros desarrollados por los tribunales constitucionales y supremos de dichos Estados y resultantes de las tradiciones constitucionales comunes. Según la jurisprudencia consolidada del TJUE, el tribunal que se ocupa de una solicitud de traslado debe examinar, en un procedimiento de traslado iniciado por una orden de detención europea, si la persona que va a ser trasladada se enfrenta a un riesgo concreto de ser sometida a un trato inhumano o degradante en el sentido del artículo 4 de la Carta. Esto debía ser aclarado por el tribunal especializado competente *ex oficio* en dos etapas de examen. En el presente caso, los tribunales especializados competentes no habían tenido suficientemente en cuenta el significado y el alcance del artículo 4 de la Carta y las obligaciones de información asociadas.

Por otro lado, la decisión *Ökotox* se dictó en abril de 2021[17] y trataba de un recurso de inconstitucionalidad contra la autorización de comercialización concedida en el marco del procedimiento de reconocimiento mutuo para un competidor genérico de un medicamento veterinario por parte de la Oficina Federal competente. En concreto, la denuncia se refería a la exigencia de aportar datos sobre la compatibilidad medioambiental del medicamento, los llamados "datos ecotóxicos", o, respectivamente, a la exención (parcial) del aporte de dichos datos para la autorización de un medicamento genérico, que la ley correspondiente preveía, a diferencia de la directiva correspondiente dentro del ordenamiento de la Unión Europea. La Oficina Federal competente había concedido la autorización de comercialización sobre la base de un informe de evaluación elaborado por la autoridad británica correspondiente, que también hacía referencia a los datos ecotóxicos del medicamento. La acción de los titulares de derechos del medicamento de referencia contra el reconocimiento de la autorización británica del producto genérico no prosperó en todas las instancias de la jurisdicción administrativa.

El Tribunal Constitucional Federal dictaminó que ni la decisión de admisión ni las sentencias de los tribunales administrativos que la confirmaban violaban los

[17] BVerfGE 158, 1.

derechos fundamentales de los demandantes del artículo 12 (1) de la *Grundgesetz* o, respectivamente, del artículo 16 de la Carta DFUE. En primer lugar, había que aclarar si el criterio de evaluación era el de los derechos fundamentales alemanes o el de los europeos. La cuestión decisiva era si la Directiva europea pretendía excluir una referencia a los datos ecotóxicos de la autorización para los medicamentos genéricos, o si los Estados miembros podían hacerlo posible en sus legislaciones nacionales. El Tribunal deja esto abierto en el resultado. Dado que no solo la interpretación de los derechos fundamentales garantizados en la *Grundgesetz* debe realizarse a la luz del CEDH, de la Carta DFUE y de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como su concreción por los tribunales supremos, sino que también la interpretación de la Carta recurriendo al CEDH y a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros en forma de concreción por los tribunales supremos, la utilización del artículo 12 (1) de la *Grundgesetz* o, respectivamente, del artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales conducen al mismo resultado, al menos en el presente caso. Las normas constitucionales pertinentes de la *Grundgesetz* y de la Carta DFUE eran esencialmente las mismas en el presente caso. Ambos reconocieron el secreto comercial y empresarial como parte integrante de la libertad de ejercer la profesión, aplicaron un concepto amplio de intromisión y solo permitieron las restricciones si existía una base legal efectiva. Los defectos de legalidad de la decisión de autorización británica no debían ser examinados por la Oficina Federal. La cuestión de si la decisión de la Oficina Federal violaba los derechos fundamentales de los denunciantes del artículo 12 (1) de la *Grundgesetz* o, respectivamente, del artículo 16 de la Carta DFUE dependía, por un lado, de si la Oficina Federal era responsable de consultar y procesar los datos de Ökotox recopilados por los denunciantes y, por otro, del alcance de su ámbito de decisión y responsabilidad. El Tribunal Administrativo Federal no se había pronunciado en detalle al respecto. Sin embargo, incluso si la utilización y el tratamiento de los datos ecotóxicos de la autorización de referencia causaban una invasión independiente del derecho fundamental de los denunciantes del artículo 12 (1) de la *Grundgesetz* o, respectivamente, del artículo 16 de la Carta DFUE imputable a la República Federal de Alemania, ello estaba en todo caso justificado por las disposiciones de la Ley de Medicamentos que los legitimaban. Porque estas, a falta de aplicabilidad directa, tampoco quedaban superadas por las disposiciones divergentes de la Directiva europea. La posible intromisión en la libertad de ejercicio de la profesión y la distorsión de la competencia asociada al uso de los datos servía a un interés público, a saber: aumentar la eficacia de los procedimientos de autorización y evitar ensayos innecesarios de medicamentos en humanos y animales. Además, el caso no era especialmente grave.

Aunque las decisiones mencionadas no han aclarado a cabalidad todas las cuestiones abiertas, se puede afirmar que, con el reajuste de su jurisprudencia sobre la protección de los derechos fundamentales en el sistema multinivel europeo, el Tribunal Constitucional Federal ha hecho una nueva contribución al diálogo,

igualmente necesario y deseable, de los tribunales de la red europea de tribunales constitucionales, que quizá pueda resumirse en las siguientes premisas:

En primer lugar, se presenta una diversidad nacional de derechos fundamentales, si es posible, y una unidad europea de derechos fundamentales, si es necesario.

En segundo lugar, se mantiene el cumplimiento de la promesa constitucional de protección judicial específica de los derechos fundamentales en todos los ámbitos del derecho, es decir, también sobre la base de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Finalmente, se manifiesta la protección de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional Federal en los ámbitos de la vida regulados por el derecho de la Unión –en su caso, en colaboración con el TJUE–.

5. Decisión Public Sector Purchase Program

La estrecha relación de cooperación entre el Tribunal Constitucional Federal y el TJUE, dentro de la red de tribunales constitucionales europeos, para garantizar la protección de los derechos fundamentales y más allá, tal y como se ha descrito aquí, quedaría ciertamente incompleta si no me refiriera también en este punto a un desacuerdo entre ambas instituciones que se ha agudizado apenas unos meses después de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal sobre el derecho al olvido con la sentencia del 5 de mayo de 2020 sobre la compra de bonos por parte del Banco Central Europeo. En la llamada decisión PSPP (Public Sector Purchase Program),[18] el Tribunal Constitucional Federal reafirmó los principios ya desarrollados en su jurisprudencia para revisar la validez de las medidas de la Unión Europea y, por primera vez, certificó que esta se había excedido en sus competencias. Ahora bien, en contra de lo que algunos piensan, la sentencia no es en absoluto adecuada como plantilla para un ataque general a los principios de la comunidad jurídica europea o a la autoridad del TJUE.

En concreto, con esta decisión, el Tribunal Constitucional Federal no cuestiona ni la primacía de la aplicación del derecho de la Unión sobre el derecho nacional, incluso sobre el derecho constitucional nacional, ni la competencia decisoria vinculante en última instancia del TJUE en la interpretación del derecho de la Unión. Más bien, para que la Unión Europea funcione como un espacio jurídico único, es esencial que la legislación adoptada conjuntamente a este nivel no se aplique ni se interprete de forma diferente en los 27 Estados miembros. Sin embargo, esta premisa no puede aplicarse sin excepción. La primacía de la aplicación del derecho de la Unión se basa tanto en los tratados europeos como en la *Grundgesetz*, en la atribución de derechos de soberanía por parte de los Estados miembros. El artículo 1 (1) del Tratado de la Unión Europea dice: "Por el presente Tratado, las Altas Partes Contratantes

[18] BVerfGE 154, 17.

constituyen entre sí una Unión Europea [...], a la que los Estados miembros atribuyen competencias para alcanzar sus objetivos comunes". En términos más concretos, el artículo 5 (2) del Tratado de la Unión Europea señala: "En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que estos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros". De tal suerte, los propios tratados ya dejan claro que los Estados miembros siguen siendo los "dueños" de estos y que las competencias de la Unión Europea se basan en una atribución de derechos soberanos por parte de los Estados miembros. Asimismo, el artículo 23 (1) de la *Grundgesetz* establece que la República Federal de Alemania, con el fin de realizar una Europa unida, participará en el desarrollo de la Unión Europea; que estará vinculada a los principios democráticos, constitucionales, sociales y federales y al principio de subsidiariedad, y garantizará una protección de los derechos fundamentales esencialmente comparable a la de esta *Grundgesetz*. Para ello, la Federación puede transferir derechos de soberanía por ley con el consentimiento del *Bundesrat*.[19] En resumen, la primacía de la aplicación del derecho de la Unión se extiende solo en la medida en que la *Grundgesetz* y la ley que otorga el consentimiento permiten o prevén la atribución de derechos de soberanía. Corresponde al Tribunal Constitucional Federal velar por el cumplimiento de estos límites constitucionales.

El primer instrumento en el que se apoya el Tribunal Constitucional Federal para llevar a cabo esta tarea de integración es el llamado control *ultra vires*. En el marco del control *ultra vires*, el Tribunal Constitucional Federal examina si una medida de las instituciones, los organismos u otras entidades europeas está dentro de las competencias atribuidas a la Unión Europea por el legislador nacional. El Tribunal Constitucional Federal ya se ocupó ampliamente de esta cuestión en 1993 en su decisión sobre el Tratado de Maastricht. Ya entonces declaró expresamente –en relación con su jurisprudencia anterior–:

> Si, por ejemplo, las instituciones u órganos europeos aplicasen o desarrollasen el Tratado de la Unión de una manera que ya no estuviese contemplada en el Tratado, tal como constituye la base del Acta de aprobación del Tratado por parte de Alemania, los actos jurídicos resultantes no serían vinculantes en el ámbito de la soberanía alemana. Los órganos estatales alemanes no podrían aplicar estos actos jurídicos en Alemania por razones constitucionales. En consecuencia, el Tribunal Constitucional Federal examina si los actos jurídicos de las instituciones y organismos europeos se mantienen dentro de los límites de las competencias que les han sido atribuidas o si se salen de estos.[20]

---

[19] La Cámara con representantes de los estados federales.

[20] BVerfGE 89, 155 (188).

Asimismo, en su decisión de 2009 en la que aprobó en principio el Tratado de Lisboa, el Tribunal Constitucional Federal aclaró expresamente que, para salvaguardar el orden de competencias establecido en los tratados, así como en la *Grundgesetz*, está obligado a examinar si un acto jurídico de la Unión Europea se mantiene dentro del marco de competencias atribuido.[21]

En todo esto, el Tribunal Constitucional Federal era y es consciente de que un espacio jurídico uniforme como la Unión Europea requiere una aplicación y un cumplimiento uniformes del derecho decidido conjuntamente. Por esta razón, por ejemplo, en su sentencia llamada *Honeywell* de 2010, aclaró que solo se puede considerar una activación de la reserva de *ultra vires* si, en primer lugar, la acción impugnada del poder de la Unión es manifiestamente contraria a la competencia; en segundo lugar, conduce a un desplazamiento estructuralmente significativo de la competencia en detrimento de los Estados miembros y, en tercer lugar, el TJUE ha tenido previamente la posibilidad de interpretar el Tratado y de pronunciarse sobre la validez y la interpretación de los actos controvertidos en el marco de un procedimiento prejudicial, en la medida en que aún no ha aclarado las cuestiones planteadas. Así pues, el Tribunal Constitucional Federal ha establecido deliberadamente altos obstáculos para la activación de la reserva de *ultra vires*.[22]

El segundo instrumento utilizado por el Tribunal Constitucional Federal en este contexto es el llamado *Identitätskontrolle* (control de identidad). En el marco del control de identidad debe examinarse si los principios constitucionales declarados inviolables por el artículo 79 (3) de la *Grundgesetz* se ven afectados por una medida de la Unión Europea. El mencionado artículo declara inadmisible una modificación de esta si afecta al principio federal de la inviolabilidad de la dignidad humana, los principios de la democracia, del Estado de bienestar y del Estado de derecho. Dado que la *Grundgesetz* prohíbe al legislador realizar modificaciones que afecten a esta identidad constitucional, también se le prohíbe atribuir a la Unión Europea competencias para intervenir en este núcleo de identidad constitucional. Esto se regula expresamente en el artículo 23 (1) frase 3 de la *Grundgesetz*. Ahora bien, en la práctica, un conflicto real seguirá siendo la rara excepción. Después de todo, la propia Unión Europea es una comunidad basada en valores constitucionales y democráticos, que se caracteriza por el Estado de derecho y un alto nivel de protección de los derechos fundamentales, entre otras cosas, gracias a la jurisprudencia del TJUE. Además, la profundización del diálogo con el TJEU sobre la protección de los derechos fundamentales en la Unión, iniciada por el Tribunal Constitucional Federal con sus decisiones sobre el "derecho al olvido" y las posteriores decisiones sobre la Orden de Detención Europea III y Ecotox, tiene el potencial de contribuir a evitar una divergencia jurídicamente significativa de las normas de derechos fundamentales.

---

[21] BVerfGE 123, 267 (353).

[22] BVerfGE 126, 286 (302 et seqq).

Conclusiones

El TJUE es y sigue siendo un importante garante de la preservación de la Unión Europea como comunidad jurídica. No obstante, no es el actor con jurisdicción universal dentro de la red de tribunales constitucionales europeos. A pesar de todo, las tareas de los actores pueden ser diferentes –el TJUE con su competencia para interpretar el derecho de la Unión en última instancia, el Tribunal Constitucional Federal con su competencia para defender las exigencias constitucionales de la integración europea–, pero están unidos por un objetivo: ayudar a que prevalezca el imperio de la ley en una asociación de carácter propio, en la que la relación entre el TJUE y los tribunales constitucionales nacionales elude las categorías judiciales clásicas de superioridad y subordinación.

Permítanme terminar con una conclusión personal: la orientación de nuestra *Grundgesetz* hacia la llamada "estatalidad abierta" fue una decisión audaz y, al mismo tiempo, previsora del legislador constitucional alemán. La clarividencia demostrada por los padres y madres de la *Grundgesetz* no puede ser sobrestimada. Con la intención, contenida en el preámbulo, de servir a la paz en el mundo en una Europa unida, allanaron el camino de la integración europea y, por tanto, de la prosperidad económica y de un periodo de paz duradero en Europa. Donde apenas una generación se libraba de la guerra, la muerte y el sufrimiento, el continente europeo se ha unido de forma notable en las últimas décadas. Recordando esto, la muerte y el sufrimiento en Ucrania duelen aún más hoy.

A pesar de todos los desafíos actuales, estoy seguro de que la orientación de la *Grundgesetz* hacia la integración de Alemania en los contextos internacionales es un importante requisito para el éxito del futuro de nuestro país y de nuestro orden constitucional. En un mundo cada vez más interconectado a nivel global, en el que la solución a los problemas que nos aquejan –desde el cambio climático hasta la lucha contra una pandemia– a menudo solo puede lograrse mediante la cooperación internacional, por cierto, más allá de los continentes, y por tanto también entre América Latina y Europa, una constitución de principio abierta a los contextos internacionales es superior a otros sistemas constitucionales. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal es también una prueba de que esta apertura no tiene por qué ir en detrimento ni de la identidad de la constitución ni de la protección de los derechos fundamentales de cada individuo.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXVIII, BOGOTÁ, 2022, PP. 29-44, ISSN 2346-0849

Cristina Pardo Schlesinger* **(Colombia)**

Perspectivas y criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional de Colombia para el reconocimiento de nuevos principios, nuevos sujetos y nuevos derechos

Perspectives and case-law criteria of the Colombian Constitutional Court for the recognition of new legal principles, new subjects and new rights

Perspektiven und rechtswissenschaftliche Kriterien des Verfassungsgerichts von Kolumbien zur Anerkennung neuer Prinzipien, neuer Subjekte und neuer Rechte

El tema propuesto se abordará en dos apartados: el primero, las "Perspectivas y criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional de Colombia para el reconocimiento de nuevos principios y nuevos derechos", y el segundo, los "Criterios jurisprudenciales para el reconocimiento de nuevos sujetos de derechos". El análisis de la evolución jurisprudencial de cada uno de estos asuntos se acompañará de una breve referencia al fundamento filosófico-jurídico asociado a dicha evolución.

1. Perspectivas y criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional de Colombia para el reconocimiento de nuevos principios y nuevos derechos

Sea lo primero aclarar que, siguiendo la teoría jurídica contemporánea, este escrito parte de entender que son normas de *principios* aquellas que condicionan las demás normas, con cierto grado de concreción y, por lo tanto, de eficacia, alcanzando por sí mismas proyección normativa.[1] Es preciso también señalar que cuando en

* Presidenta de la Corte Constitucional de Colombia (2021-2022).

[1] Luciano Parejo Alfonso, "Constitución y valores del ordenamiento", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Entrerría* (Madrid: Civitas, 1991), 122 y ss. En este artículo el autor analiza las posiciones doctrinales de Eduardo García

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

estas líneas se habla de *derechos*, se hace referencia a los derechos fundamentales o constitucionales.

El concepto de derecho fundamental en la jurisprudencia de la Corte Constitucional no ha sido unívoco. No lo ha sido ni desde el punto de vista de sustento teórico o filosófico, ni tampoco desde la óptica de su noción o su justiciabilidad (es decir, de la posibilidad de ser exigido y protegido por la vía judicial de la acción de tutela). Es fácil detectar una evolución en la comprensión del concepto y observar etapas en las cuales la Corte ha adoptado posiciones distintas, cada vez más garantistas.

1.1. Primera etapa. Los derechos fundamentales como derechos inherentes a la naturaleza humana y de aplicación inmediata

En una primera etapa, muy tempranamente en 1992, cuando la Corte empezó su funcionamiento, en Sentencia T-418, la Corte indicó que los derechos se calificaban como fundamentales en razón de su *naturaleza,* esto es, por su "inherencia con respecto al núcleo jurídico, político, social, económico y cultural del hombre". Y en la T-419 del mismo año señaló que "los derechos fundamentales son los que corresponden al ser humano en cuanto tal, es decir, como poseedor de una identidad inimitable caracterizada por su racionalidad que le permite ejercer sus deseos y apetencias libremente". Así, un derecho es fundamental por reunir estas características y no por aparecer reconocido en el texto de la Constitución. Para hacer la anterior afirmación, la Corte se apoyó en los artículos 5 y 94 de la Constitución Política de 1991, que parecen acoger una postura *ius naturalista* del concepto de derecho fundamental. Ciertamente, el artículo 5 dice que "el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona". Nótese que dice que reconoce, es decir, que no establece o no crea tales derechos. Y el artículo 94 explica que "la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos". En pocas palabras, para nuestra Constitución, y así lo reconoce la Corte en esta primera etapa, los derechos fundamentales son aquellos que inhieren en la naturaleza humana, y no se limitan a los que la Carta enuncia o menciona expresamente. Con fundamento en esta concepción *ius naturalista* de los derechos fundamentales, la Corte, por ejemplo, sostuvo que los derechos morales de autor, es decir, el derecho al reconocimiento de la autoría, era un derecho fundamental.[2]

---

de Entrerría, Gregorio Peces Barba, A. Pérez Luño, M. Aragón, L. Prieto Sanchiz y Ronald Dworkin.

[2] "Los derechos morales de autor se consideran derechos de rango fundamental, en cuanto la facultad creadora del hombre, la posibilidad de expresar las ideas o sentimientos de forma particular, su capacidad de invención, su ingenio y en general todas las formas de manifestación del espíritu, son prerrogativas inherentes a la condicional racional propia de la naturaleza humana, y a la dimensión libre que de ella se deriva. Desconocer al hombre el

En esta misma etapa, la Corte Constitucional definió los derechos fundamentales como aquellos derechos subjetivos de aplicación inmediata. Este otro rasgo distintivo fue acogido tempranamente por esta Corporación a partir de la distinción doctrinal entre derechos de primera, segunda y tercera generación.[3]

La Corte acepta en esta etapa que esta categoría de los derechos fundamentales coincide con los denominados derechos civiles y políticos, fruto de las revoluciones burguesas del siglo XVIII e inspirados en la filosofía liberal. Estos derechos son propios del Estado liberal, llamados también derechos de primera generación. La razón de ser de esta distinción entre derechos de primera, segunda o tercera generación fue explicada por la Corte en la Sentencia T-008 de 1992, donde sostuvo que estas jerarquizaciones se producían en las constituciones contemporáneas no solamente con el fin de precisar la naturaleza de los derechos humanos o fundamentales, sino también con el propósito de establecer grados de eficacia jurídica, es decir, determinar aquellos que pueden aplicarse sin que medie ley que los desarrolle. Precisó que el artículo 85 de la Constitución Política introduce lo que la doctrina denominó *derechos de aplicación inmediata*, categoría que coincide con una serie de derechos, todos ellos fundamentales. Y que, por su parte, el artículo 86 estatuye la procedencia de la "acción de tutela" a fin de garantizar la protección inmediata de esos derechos constitucionales fundamentales, así entendidos.[4]

1.1.1. Los derechos fundamentales por conexidad

Tan tempranamente como la jurisprudencia distinguió entre los derechos propiamente fundamentales, los económicos, sociales y culturales, y los colectivos o de grupo, la Corte Constitucional empezó a hablar de los derechos conexos. Se trató de

---

derecho de autoría sobre el fruto de su propia creatividad, la manifestación exclusiva de su espíritu o de su ingenio, es desconocer al hombre su condición de individuo que piensa y que crea, y que expresa esta racionalidad y creatividad como manifestación de su propia naturaleza. Por tal razón, los derechos morales de autor deben ser protegidos como derecho que emana de la misma condición de hombre. Por su parte, los derechos patrimoniales derivados de los derechos de autor, aunque no se consideran fundamentales, merecen también la protección del Estado (Corte Constitucional, Sentencia C-155 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa).

[3] Véase Corte Constitucional, Sentencia T-008 de 1992.

[4] Frente a estos derechos fundamentales inherentes a la naturaleza humana y de aplicación inmediata, en esta misma sentencia (T-008 de 1992) la Corte distinguió los de segunda y tercera generación. La segunda generación de derechos, así llamada por haber sido reconocidos en un momento histórico posterior al del reconocimiento de los derechos fundamentales, estaría constituida por lo que hoy se llaman derechos económicos, sociales y culturales. Finalmente, en la misma providencia en cita, la octava producida por la Corte Constitucional en toda su historia, la corporación distingue los llamados derechos de tercera generación que, por oposición a los fundamentales y a los asistenciales serían, en palabras de la Corte, aquellos derechos a la paz, al entorno, al patrimonio común de la humanidad y el derecho al desarrollo económico y social. Estos derechos se diferencian de los de primera y segunda generación en cuanto persiguen garantías para la humanidad considerada globalmente.

un recurso al que acudió la Corte para hacer justiciables derechos no propiamente fundamentales, según la concepción inicial, pero cuyo desconocimiento resultaba intolerable frente a la noción de dignidad humana.

En la Sentencia T-406 de 1992 se introduce la tesis de la conexidad, en virtud de la cual la Corte entendió que "existen algunos derechos que no aparecen considerados expresamente como fundamentales en la Constitución. Sin embargo, su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección". En la Sentencia T-491 de 1992 la corporación explicó que

> … los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que, no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio un derecho fundamental, pasa a gozar de esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su vida.

La jurisprudencia constitucional reconoció, a través de la figura de la "conexidad", casos en que la indivisibilidad e interdependencia de los derechos resultaban manifiestas, a tal punto, que el incumplimiento de una obligación derivada de un derecho que no fuera considerado una libertad clásica (como la salud), implicaba, necesariamente, el incumplimiento de la obligación derivada de un derecho que sí es clasificado como esencial (como la vida).

1.2. Segunda etapa. Los derechos fundamentales como aquellos aceptados por consenso como tales, por su relación con la dignidad humana

A partir del año 1998, la Corte abandona el *ius naturalismo*. En ese momento empezó a sostener y a reiterar, y aún ahora lo hace, que uno de los elementos centrales que le da sentido al uso de la expresión *derechos fundamentales* es el principio de *dignidad humana*, el cual ha de ser apreciado en el contexto en que se encuentra cada persona. Además, con posterioridad, ha argumentado que un derecho viene a ser considerado como tal cuando existe un consenso social al respecto. *Así, los derechos fundamentales vienen a ser aquellos aceptados por consenso como tales, por su relación con la dignidad humana*.

Al respecto, en la Sentencia T-227 de 2003, la Corte sostuvo que "es la realidad de cada caso concreto, las circunstancias únicas y particulares que lo caracterizan, las que permiten definir si se encuentra verdaderamente vulnerado un derecho fundamental, *si ello afecta la dignidad*". En esta sentencia, como puede verse, se

determinó a la dignidad humana como elemento decisivo para sistematizar el concepto de derecho fundamental.

En este contexto, la Corte Constitucional, en la conocida Sentencia T-760 de 2008, sobre el derecho a la salud, indicó que son fundamentales aquellos derechos respecto de los cuales i) existe consenso sobre su naturaleza fundamental y ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo.

Nótese cómo, en este momento, la Corte abandona el fundamento *ius naturalista* de la noción de derecho fundamental, por cuanto ya no lo ubica en la inherencia de la naturaleza humana, sino que expone que los derechos fundamentales son aquellos respecto de los cuales existe *consenso* sobre su carácter fundamental. Con lo cual se ubica en una corriente de pensamiento que podría llamarse "constructivista", conforme a la cual el derecho fundamental es aquel que, en general, es entendido y aceptado como tal.

Esta postura constructivista le permitió a la Corte adoptar, paralelamente, la doctrina de la interpretación evolutiva o dinámica de la Constitución y de los derechos,[5] al amparo de lo cual modificó, por ejemplo, la jurisprudencia relativa a la protección de la vida del que está por nacer o la concerniente a la naturaleza de la familia que la Constitución protege. Con este fundamento reconoció el derecho al aborto, el derecho a la muerte digna y el derecho al matrimonio igualitario.

1.2.1. El núcleo esencial de los "derechos fundamentales prestacionales" y la noción de mínimo vital

Otras figuras jurídicas que permitieron amparar, mediante la acción de tutela, derechos que formalmente no están reconocidos como fundamentales en la Constitución Política, o que tienen un necesario contenido prestacional que exige desarrollo

[5] En la Sentencia C-774 de 2001, la Corte sostuvo lo siguiente: "El carácter dinámico de la Constitución, que resulta de su permanente tensión con la realidad, puede conducir a que en determinados casos resulte imperativo que el juez constitucional deba modificar su interpretación de los principios jurídicos para ajustarlos a las necesidades concretas de la vida colectiva –aun cuando no haya habido cambios formales en el texto fundamental–, lo que incide necesariamente en el juicio de constitucionalidad de las normas jurídicas. El concepto de 'Constitución viviente' puede significar que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la Constitución –que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades–, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma. En estos casos, no se puede considerar que el fallo vulnera la cosa juzgada, ya que el nuevo análisis parte de un marco o perspectiva distinta, que en lugar de ser contradictorio conduce a precisar los valores y principios constitucionales y permiten aclarar o complementar el alcance y sentido de una institución jurídica".

legislativo, fueron la figura del *núcleo esencial* de los derechos fundamentales prestacionales y la noción de *mínimo vital*.

El núcleo esencial de los derechos fundamentales de carácter prestacional: en la Sentencia SU-225 de 1998, la Sala plena de la Corte, analizando el derecho a la salud en cabeza de los niños, sostuvo que, para conciliar el carácter fundamental del derecho a la salud de los menores, reconocido expresamente por el artículo 44 de la Constitución colombiana, con el carácter prestacional y de desarrollo legislativo del mismo, era menester acudir a la figura del *núcleo esencial*. Así, sostuvo que

> … los derechos fundamentales de carácter prestacional tienen un doble contenido. En primer lugar, se componen de un núcleo esencial mínimo, no negociable en el debate democrático, que otorga derechos subjetivos directamente exigibles mediante la acción de tutela. En segundo término, se integran de una zona complementaria, que es definida por los órganos políticos atendiendo a la disponibilidad de recursos y a las prioridades políticas coyunturales.

El haber prohijado esta distinción del núcleo esencial y el componente prestacional de los derechos, distinción que se fundamentó en los principios de aplicación integral de la Constitución y de armonización concreta de la misma, permitió la evolución posterior de la concepción de la Corte sobre la noción de derechos fundamentales y de derechos económicos, sociales y culturales, como más adelante se verá.

1.2.2. La noción de mínimo vital

La noción de mínimo vital sirvió para ampliar las posibilidades de amparo vía acción de tutela de derechos que formalmente no son reconocidos como fundamentales por el texto constitucional. En la citada Sentencia SU-225 de 1998, la Corte explicó que

> … la doctrina del mínimo vital se refiere a una institución de justicia elemental que se impone aplicar, como repetidamente lo ha hecho la Corte Constitucional, en situaciones humanas límites producidas por la extrema pobreza y la indigencia cuando quiera que frente a las necesidades más elementales y primarias, el Estado y la sociedad no responden de manera congruente y dejan de notificarse de las afectaciones más extremas de la dignidad humana. La jurisprudencia de la Corte ha señalado que la flagrante violación de un derecho humano que comprometa de manera radical la existencia misma de la persona obliga al juez a impulsar la actuación positiva del Estado.

Adicionalmente, la Corte ha precisado que el concepto de "mínimo vital" "no es solamente cuantitativo sino también 'cualitativo', es decir, [es] el conjunto de condiciones materiales necesarias para asegurar la congrua subsistencia de cada

persona en particular". Esta noción de mínimo vital ha servido entonces a la Corte para amparar en ciertos casos, según la situación particular de los demandantes en sede de tutela, el derecho a la seguridad social en pensiones, a pesar de su carácter económico y prestacional, por considerar que en determinadas circunstancias su no reconocimiento afecta el mínimo vital de subsistencia digna.

***Los derechos fundamentales por transmutación**:* en la misma dirección de ampliar la protección y justiciabilidad de los derechos, mediante el criterio de transmutación, a partir de 2003 la Corte, en un amplio número de pronunciamientos señaló que, si bien los derechos sociales estaban sometidos a un desarrollo legislativo y reglamentario para su adecuada garantía, una vez cumplida esa etapa de desarrollo y concreción normativa, tales derechos se tornaban fundamentales y su eficacia podía ser exigida por vía de tutela. En palabras de la Corte,

> … la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial), en una realidad concreta en favor de un sujeto específico.

Todas las anteriores figuras permitieron la justiciabilidad de derechos que formalmente no están reconocidos en la Constitución Política como derechos fundamentales, sino como derechos prestacionales, por su carácter económico, social o cultural, que exige desarrollo legal.

***La Sentencia T-760 de 2008**:* en esta sentencia la Corte reconoció como fundamental –y no como económico o social– el derecho a la salud; así lo dijo en la Sentencia de 2008:

> El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.

La sentencia C-313 de 2014: en este fallo, la Corte sostuvo:

> *La existencia de consensos* (en principio dogmática constitucional) *en torno a la naturaleza fundamental de un derecho constitucional implica que prima facie dicho derecho se estima fundamental en sí mismo. Ello se explica por cuanto los consensos se apoyan en una concepción común de los valores fundantes de la sociedad y el sistema jurídico.* Así, existe un consenso sobre el carácter fundamental del derecho a la vida, a la libertad y a la igualdad. Los consensos sobre la naturaleza fundamental de estos derechos claramente se explican por la imperiosa necesidad de proteger tales derechos a fin de que se pueda calificar de democracia constitucional y de Estado social de derecho el modelo colombiano. […]
>
> *Por ende, tampoco se ha de perder de vista la existencia de estos consensos, en los cuales desempeña un papel importante de identificación el Tribunal Constitucional*. Para la Sala, los factores referidos aunados al caso concreto, deben seguir orientando la labor de protección de los derechos fundamentales, en este caso en particular el derecho a la salud.
>
> En la jurisprudencia de la Corte**,** *resulta importante recordar que, como elementos adicionales en la caracterización del derecho, se han incorporado los de su indivisibilidad e interdependencia, superando con ello la connotación de meramente prestacional*, con la cual, se identificó el derecho a la salud durante mucho tiempo. *La faceta prestacional, es una de las que ofrece el derecho*, mas ello no supone la ausencia de dimensiones de abstención por parte del Estado. (Énfasis agregado)

Esta conclusión sobre i) la calidad de tal de un derecho fundamental (según la posición constructivista comentada) y ii) la noción de indivisibilidad e interdependencia entre las facetas prestacionales y de "núcleo esencial" o "contenido esencial" de un derecho, plasmada en la Sentencia C-131 de 2014 y relativa al derecho a la salud, fue producto de una evolución jurisprudencial al interior de la Corporación, que se hizo extensiva a otros derechos antes considerados tan solo prestacionales o de desarrollo legal, como los derechos a la educación o a la seguridad social.

Noción de derecho fundamental actualmente utilizada por la jurisprudencia constitucional*:* para la Corte Constitucional, en esta etapa actual, los derechos fundamentales son aquellos que i) se relacionan funcionalmente con la realización de la dignidad humana, ii) pueden traducirse o concretarse en derechos subjetivos y iii) encuentran consensos dogmáticos, jurisprudenciales o de derecho internacional, legal y reglamentario sobre su carácter fundamental. Todos los derechos reconocidos por la Constitución son fundamentales y tienen facetas positivas y negativas, que hacen que el Estado tenga obligaciones o deberes de protección o de abstención; por lo anterior, la noción de derechos prestacionales constituye un *error categorial*. Ahora bien, la fundamentabilidad y la justiciabilidad de los derechos son aspectos diferentes, porque la primera tiene que ver con aquellos derechos que "se conectan de manera directa con los valores que los constituyentes quisieron elevar

democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución", mientras que la segunda consiste "en la posibilidad exigirlos judicialmente por la vía de la acción de tutela".

Actualmente, la posición dominante en la jurisprudencia constitucional es que no existe diferencia entre derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos fundamentales de aplicación progresiva.[6] Todos los derechos señalados en el Título II de la Constitución de 1991, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales, "realizan o concretan la dignidad humana en alguna medida"[7] y todos "requieren, para asegurar su protección, el cumplimiento de mandatos de abstención y de prestación inmediata".[8] En efecto, los derechos fundamentales "poseen una estructura compleja […] por lo que su satisfacción acarrea el cumplimiento de un haz de obligaciones tanto positivas como negativas para el Estado". Por ello, catalogar un derecho como "prestacional"[9] no es preciso, pues todos los derechos fundamentales –unos más que otros– tienen facetas negativas y positivas; lo "prestacional" es una característica que se predica de la faceta positiva del derecho y no del derecho considerado como un todo.

Este es pues el estado del arte en la actualidad, en lo relativo a la comprensión de la noción de derecho constitucional a la luz de la Constitución.

Nuevos derechos que han sido estimados fundamentales a raíz de esta nueva noción de derecho fundamental: al amparo de esta nueva noción de derecho fundamental que acaba de explicarse, la Corte ha detectado nuevos derechos, por considerarlos relacionados con el principio de dignidad humana y resultar de consensos dogmáticos, jurisprudenciales o de derecho internacional, sobre su fundamentalidad; entre ellos cabe mencionar el derecho al aborto en determinadas circunstancias y el derecho a la muerte digna. Este consenso, no obstante, es deducido por la Corte misma, no a partir de datos provenientes de sistemas de medición de la opinión pública, como encuestas o métodos similares, sino como fruto del estudio de la doctrina jurídica en boga, de la jurisprudencia de los tribunales internacionales y de interpretaciones evolutivas de los textos constitucionales.

Derechos de las comunidades indígenas, afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras, y de las comunidades rom: finalmente, no puede dejar de mencionarse

---

[6] "La perspectiva actualmente dominante en la Corte Constitucional sobre los derechos fundamentales se articula en torno a tres premisas: (i) la existencia de una pluralidad de criterios para determinar el carácter fundamental de un derecho ('fundamentalidad'), partiendo sin embargo de la relación con la dignidad humana como elemento central de identificación; (ii) la concepción de los derechos como un amplio conjunto de posiciones jurídicas, de las cuales se desprende también una pluralidad de obligaciones para el Estado y, en ocasiones, para los particulares; y (iii) la independencia entre la fundamentalidad y justiciabilidad de los derechos" (Sentencia T-428 de 2012, citada por las sentencias SU-074 de 2020 y SU-092 de 2021).

[7] Corte Constitucional, Sentencia SU-092 de 2021.

[8] Corte Constitucional, Sentencia SU-092 de 2021.

[9] Corte constitucional, Sentencia T-235 de 2011.

que, en la jurisprudencia que desarrolla los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras, y de la comunidad rom, la Corte Constitucional ha señalado que las dichas comunidades étnicas son sujetos colectivos titulares de derechos fundamentales, en especial el derecho a la consulta previa.[10] Así por ejemplo, la Corte ha afirmado que

> … no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es [en sí misma] un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos. En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes.[11]

2. Perspectivas y criterios jurisprudenciales para el reconocimiento de nuevos sujetos de derechos

Alejándose de una perspectiva antropocéntrica del derecho, la jurisprudencia constitucional ha avanzado en el reconocimiento de nuevos sujetos de derechos. Este reconocimiento se ha dado, por un lado, en el desarrollo de la figura de los animales como seres sintientes y, por el otro, en la noción de la naturaleza como titular de derechos. Pues, según la Corte Constitucional, "la protección al medio ambiente no solo se desprende a partir de su relación con los individuos, sino que se trata de bienes que inclusive pueden resultar objeto de salvaguarda por sí mismos".[12] En esta línea se encuentra la jurisprudencia que se aborda a continuación.

2.1. Sentencia C-666 de 2010 (Tauromaquia)[13]

En la Sentencia C-666 de 2010, la Corte Constitucional resolvió el caso de una acción de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 7º de la Ley 84 de 1989 según el cual no se considera crueldad para con los animales "el rejoneo, coleo, las corridas de toros, las novilladas, corralejas, becerradas y tientas, así como las riñas

---

[10] Véase Corte Constitucional, sentencias SU-383 de 2003, T-568 de 2017, T-011 de 2018 y T-115 de 2021. Sobre la comunidad raizal como sujeto colectivo véanse las sentencias C-086 de 1994, C-454 de 1999, T-411 de 2014 y SU-097 de 2017.

[11] Corte Constitucional, Sentencia T-601 de 2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[12] Corte Constitucional, Sentencia C-032 de 2019, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[13] Esta postura fue reiterada por la Corte en la Sentencia C-889 de 2012 en la que se demanda por inconstitucional el artículo 14 de la Ley 916 de 2004 según el cual "para la celebración de espectáculos taurinos en plazas permanentes bastará únicamente, en todo caso, con la mera comunicación por escrito. En las plazas no permanentes será necesaria la autorización previa del órgano administrativo competente".

de gallos y los procedimientos utilizados en estos espectáculos". Allí, la Corte resaltó que la protección a la fauna que establece la Constitución

> … supera la anacrónica visión de los animales como cosas animadas, para reconocer la importancia que éstos tienen dentro del entorno en que habitan las personas, no simplemente como fuentes de recursos útiles al hombre, sino en cuanto *seres sintientes* que forman parte del contexto en que se desarrolla la vida de los principales sujetos del ordenamiento jurídico: los seres humanos. [En este sentido] la posibilidad de que se vean afectados por tratos crueles, por acciones que comportan maltrato, por hechos que los torturen o angustien obliga a que las acciones que respecto de ellos se realicen por parte de los seres humanos sean expresión del comportamiento digno que hacia ellos deben tener seres dignos. (Énfasis agregado)

Sin embargo, la Corte planteó que existen límites legítimos al deber de protección animal, como lo son: i) la libertad religiosa, ii) los hábitos alimenticios de los seres humanos, iii) la investigación y experimentación médica, iv) la cultura. Todo esto, respetando unos mínimos que permitan disminuir el sufrimiento animal.[14]

2.2. Sentencia C-283 de 2014 (Prohibición de uso de animales en los circos)

En la Sentencia C-283 de 2014, la Corte Constitucional resolvió un caso de una acción de inconstitucionalidad presentada contra los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 1638 de 2013 según los cuales está prohibido usar animales silvestres en espectáculos de circos. Al respecto, la Corte señaló:

---

[14] En consecuencia, la Corte declaró la exequibilidad de la norma, en el entendido de que: "1) la excepción allí planteada permite, hasta determinación legislativa en contrario, si ello llegare a ocurrir, la práctica de las actividades de entretenimiento y de expresión cultural con animales allí contenidas, siempre y cuando se entienda que estos deben, en todo caso, recibir protección especial contra el sufrimiento y el dolor durante el transcurso de esas actividades. En particular, la excepción del artículo 7 de la Ley 84 de 1989 permite la continuación de expresiones humanas culturales y de entretenimiento con animales, siempre y cuando se eliminen o morigeren en el futuro las conductas especialmente crueles contra ellos en un proceso de adecuación entre expresiones culturales y deberes de protección a la fauna. 2) Que únicamente podrán desarrollarse en aquellos municipios o distritos en los que las mismas sean manifestación de una tradición regular, periódica e ininterrumpida y que por tanto su realización responda a cierta periodicidad; 3) que sólo podrán desarrollarse en aquellas ocasiones en las que usualmente se han realizado en los respectivos municipios o distritos en que estén autorizadas; 4) que sean estas las únicas actividades que pueden ser excepcionadas del cumplimiento del deber constitucional de protección a los animales; y 5) que las autoridades municipales en ningún caso podrán destinar dinero público a la construcción de instalaciones para la realización exclusiva de estas actividades".

> … con fundamento en la protección de la cultura no pueden entenderse protegidas actividades que contradicen valores axiales de la Constitución, como el deber de cuidado a los animales. E indicó que el interés superior del medio ambiente implica también la protección de la fauna ante el padecimiento, el maltrato y la crueldad.

2.3. Sentencia C-467 de 2016 (Animales como seres sintientes en lugar de bienes)

En la Sentencia C-467 de 2016, la Corte Constitucional resolvió el caso de una acción de inconstitucionalidad presentada contra los artículos 655 y 658 del Código Civil que califican a los animales como bienes muebles o como bienes inmuebles por destinación. La Corte señaló que

> … en principio, el mandato constitucional de bienestar animal no envuelve una prohibición abstracta o general para el legislador de colocar a los animales dentro de la categoría de los bienes, sino únicamente en la medida en que dicha calificación, en el caso concreto y específico, promueva o alimente el fenómeno del maltrato animal.

2.4. Sentencia C-045 de 2019 (Caza deportiva)

En la Sentencia C-045 de 2019, la Corte Constitucional resolvió el caso de una acción de inconstitucionalidad presentada contra la disposición legal según la cual no se consideraba crueldad para con los animales la caza deportiva. La Corte señaló:

> … la prohibición del maltrato animal, como expresión de la obligación constitucional de protección a la diversidad e integridad del ambiente, constituye un límite al ejercicio de otros derechos constitucionales como los derechos a la cultura, a la recreación, al deporte, a la educación, al libre desarrollo de la personalidad y a la libre iniciativa privada.

Manifestó que existen excepciones a la prohibición de maltrato animal,

> … entre las que se encuentran: (i) la libertad religiosa; (ii) la alimentación; (iii) la investigación y experimentación médica o científica, el control; y, en algunos casos, (iv) las manifestaciones culturales arraigadas. Sin embargo, la Corte señaló que la caza deportiva no encuentra fundamento en ninguna de las excepciones reconocidas jurisprudencialmente a la prohibición del maltrato animal.

2.5. Sentencia C-148 de 2022 (Pesca deportiva)

En la Sentencia C-148 de 2022, la Corte Constitucional resolvió el caso de una acción de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 273 (parcial) del Decreto Ley 2811 de 1974, el artículo 8 (parcial) de la Ley 13 de 1990 y el artículo 8 (parcial) de la Ley 84 de 1989 según los cuales se permite la pesca deportiva. Al respecto, la Corte recordó que los animales son seres sintientes, y estableció que la finalidad recreativa de la pesca deportiva vulnera la prohibición de maltrato animal derivada de los mandatos de protección al medio ambiente, y no tiene sustento en las excepciones al maltrato animal avaladas constitucionalmente por razones religiosas, alimentarias, culturales o científicas.

2.6. Sentencia SU-016 de 2020 (Oso Chucho)

En la Sentencia SU-016 de 2020, la Corte Constitucional resolvió una acción de tutela instaurada por el apoderado de la Fundación Botánica y Zoológica de Barranquilla contra la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la que se reconoció la acción de *habeas corpus* a favor del oso Chucho, un oso de anteojos que fue movido de una reserva en Manizales a un zoológico en Barranquilla.

Al respecto, la Corte señaló:

> … el *habeas corpus* tiene como presupuesto ineludible la privación arbitraria, injusta e ilegal de la libertad personal, y persigue, fundamentalmente, la recuperación inmediata de la misma. En la hipótesis planteada, por el contrario, se presentan dos diferencias sustantivas: i) primero, el debate jurídico no apunta a obtener la libertad de una persona que se ha visto arbitrariamente privada de ella, sino a garantizar los estándares del bienestar animal de un individuo que se encuentra en cautiverio legal, y, en particular, que pueda manifestar el comportamiento natural propio de su especie; ii) y segundo, en este caso la controversia no se centra en la ilegalidad del cautiverio de Chucho en el Zoológico de Barranquilla, puesto que su estancia en dicho lugar se encuentra soportada jurídicamente y avalada por las instancias ambientales competentes, sino en sus actuales condiciones de vida de cara a los estándares del bienestar animal.

Y, en consecuencia, concluyó que "esta inconsistencia entre la naturaleza, el objeto y la estructura del *habeas corpus* y la problemática planteada en el proceso judicial, configura un defecto procedimental absoluto". Nótese que aquí la Corte se abstuvo de considerar a los animales como sujetos de derecho.

2.7. Sentencia C-632 de 2011 (Medidas compensatorias para restablecer los daños causados por una infracción ambiental)

En la Sentencia C-632 de 2011, la Corte Constitucional resolvió el caso de una acción de inconstitucionalidad presentada contra unas disposiciones que hablan de las medidas compensatorias para restablecer los daños causados por una infracción ambiental.

Al respecto, la Corte señaló:

> … las medidas compensatorias o de restitución son impuestas por autoridades administrativas y buscan *garantizar los derechos de la naturaleza* [pues] la naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un *sujeto con derechos propios, que, como tal, deben ser protegidos y garantizados.* En este sentido, la compensación ecosistémica comporta un tipo de restitución aplicada exclusivamente a la naturaleza. (Énfasis agregado)

2.8. Sentencia T-622 de 2016 (Río Atrato)

En la Sentencia T-622 de 2016, la Corte Constitucional resolvió una acción de tutela interpuesta por el Centro de Estudios para la Justicia Social "Tierra Digna"[15] contra la Presidencia de la República y otros,[16] en la que se solicitó al juez constitucional que se tutelaran los derechos fundamentales a la vida, la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas accionantes, y, en consecuencia, se emitieran una serie de órdenes y medidas que permitieran articular soluciones estructurales ante la grave crisis en materia

---

[15] En representación del Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato (Cocomopoca), el Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato (Cocomacia), la Asociación de Consejos Comunitarios del Bajo Atrato (Asocoba), el Foro Inter-étnico Solidaridad Chocó (FISCH) y otros.

[16] Ministerio de Interior, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Ministerio de Minas y Energía, Ministerio de Defensa Nacional, Ministerio de Salud y Protección Social, Ministerio de Agricultura, Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, Ministerio de Educación, Departamento para la Prosperidad Social, Departamento Nacional de Planeación (DNP), Agencia Nacional de Minería, Agencia Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), Instituto Nacional de Salud (INS), departamentos de Chocó y Antioquia, Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó (Codechocó), Corporación para el Desarrollo Sostenible del Urabá (Corpourabá), Policía Nacional – Unidad contra la Minería Ilegal, Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC), Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder), Registraduría Nacional del Estado Civil, Defensoría del Pueblo, Contraloría General de la República, Procuraduría General de la Nación, municipios de Acandí, Bojayá, Lloró, Medio Atrato, Riosucio, Quibdó, Río Quito, Unguía, Carmen del Darién, Bagadó, Carmen de Atrato y Yuto (Chocó), y Murindó, Vigía del Fuerte y Turbo (Antioquia).

de salud, socioambiental, ecológica y humanitaria que se vivía en la cuenca del río Atrato, sus afluentes y territorios aledaños.[17]

Al respecto, la Corte recordó que

> … el desafío más grande que tiene el constitucionalismo contemporáneo en materia ambiental, consiste en lograr la salvaguarda y protección efectiva de la naturaleza, las culturas y formas de vida asociadas a ella y la biodiversidad, no por la simple utilidad material, genética o productiva que estos puedan representar para el ser humano, sino porque *al tratarse de una entidad viviente compuesta por otras múltiples formas de vida y representaciones culturales, son sujetos de derechos individualizables, lo que los convierte en un nuevo imperativo de protección integral y respeto por parte de los Estados y las sociedades*. (Énfasis agregado)

Manifestó que,

> …en efecto, la naturaleza y el medio ambiente son un elemento transversal al ordenamiento constitucional colombiano. Su importancia recae por supuesto en atención a los seres humanos que la habitan y la necesidad de contar con un ambiente sano para llevar una vida digna y en condiciones de bienestar, pero también en relación con los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, entendidas como existencias merecedoras de protección en sí mismas. Se trata de ser conscientes de la interdependencia que nos conecta a todos los seres vivos de la tierra; esto es, reconocernos como partes integrantes del ecosistema global –biósfera–, antes que a partir de categorías normativas de dominación, simple explotación o utilidad.
>
> De hecho, resalta la importancia de un nuevo entendimiento sociojurídico en el que la naturaleza y su entorno deben ser tomados en serio y con plenitud de derechos. Esto es, como sujetos de derechos, [pues], la justicia con la naturaleza debe ser aplicada más allá del escenario humano y debe permitir que la naturaleza pueda ser sujeto de derechos.

Sobre el caso concreto,

> … la Corte encuentra que las entidades demandadas han vulnerado los derechos a la vida, a la salud y al medio ambiente sano de las comunidades

[17] Los accionantes buscaban "detener el uso intensivo y a gran escala de diversos métodos de extracción minera y de explotación forestal ilegales, que incluyen maquinaria pesada –dragas y retroexcavadoras– y sustancias altamente tóxicas –como el mercurio– en el río Atrato (Chocó), sus cuencas, ciénagas, humedales y afluentes, que, a su juicio, se han venido intensificando desde hace varios años y que están teniendo consecuencias nocivas e irreversibles en el medio ambiente, afectando con ello los derechos fundamentales de las comunidades étnicas y el equilibrio natural de los territorios que habitan".

> accionantes al permitir el vertimiento indiscriminado de mercurio y otras sustancias químicas tóxicas necesarias para la realización de actividades mineras ilegales en el río Atrato, sus afluentes y territorios aledaños, al no tomar medidas concretas y articuladas para evitarlo teniendo pleno conocimiento de la situación, esto es, por omisión en el cumplimiento de sus deberes legales y constitucionales. En consecuencia, la Corte declara *que el río Atrato es sujeto de derechos que implican su protección, conservación, mantenimiento y en el caso concreto, restauración*. Para el efectivo cumplimiento de esta declaratoria, la Corte dispondrá que el Estado colombiano ejerza la tutoría y representación legal de los derechos del río en conjunto con las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del río Atrato en Chocó; de esta forma, el río Atrato y su cuenca –en adelante– estarán representados por un miembro de las comunidades accionantes y un delegado del Estado colombiano. Adicionalmente y con el propósito de asegurar la protección, recuperación y debida conservación del río, ambas partes deberán diseñar y conformar una comisión de guardianes del río Atrato cuya integración y miembros se desarrollará en el acápite de órdenes a proferir en la presente sentencia. (Énfasis agregado)

Bibliografía

Parejo Alfonso, Luciano. "Constitución y valores del ordenamiento". En *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Entrerría.* Madrid: Civitas, 1991.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXVIII, BOGOTÁ, 2022, PP. 45-55, ISSN 2346-0849

José Ignacio Vásquez Márquez* **(Chile)**

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno y los nuevos principios, sujetos y derechos

The case law of the Chilean Constitutional Tribunal and the new principles, subjects and rights

Die Rechtsprechung des chilenischen Verfassungsgerichts und die neuen Prinzipien, Subjekte und Rechte

Antes de ilustrar la experiencia jurisprudencial del Tribunal Constitucional en el tema por abordar, y a fin de contextualizarla, quisiera destacar el hecho de que estamos viviendo un proceso de profundos cambios y transformaciones en diversas dimensiones del quehacer humano, a lo que no son ajenos en absoluto la política, el derecho ni la justicia, dimensiones en las cuales nos corresponde desenvolvernos como magistrados constitucionales. Advirtiendo, en todo caso, que no todos aquellos cambios o transformaciones, desde mi perspectiva de análisis, implican un avance o perfeccionamiento en el ámbito de la justicia en general o de la justicia constitucional en particular o, incluso, en el modelo del Estado de derecho.

La creencia de que el progreso es indefinido y constituye una línea de perfección es un grave error, derivado de visiones ideológicas o simplemente ingenuas. Ni los cambios o progresos científicos o tecnológicos, ni los cambios sociales o económicos ni las transformaciones culturales o del derecho constituyen de por sí un bien, menos aquellos que se realizan con falta de reflexión, o de forma radical, con rupturas en las formas del pensamiento o sin fundamentos ni racionalidad, por el riesgo posible de generar problemas mayores que los que se tienen en vistas para solucionar. Como lo ha señalado el filósofo del derecho español Pérez Luño, "la ciencia y la cultura no se desarrollan a partir de cambios epistemológicos radicales

* Magíster en Ciencia Política, Universidad de Chile; magíster en Derecho Público, Universidad de los Andes. Ministro del Tribunal Constitucional de Chile; profesor de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

que supongan hacer tabula rasa con el pasado; los hombres de ciencia y de cultura comparan, actualizan, revisan y mejoran teorías diversas y se apoyan en teorías anteriores para superarlas".[1] Ese proceso se realiza a través de reconstrucciones racionales y reflexivas constantes mediante la investigación y verificación.

El proceso de cambios que experimentamos se ha venido haciendo patente en el constitucionalismo contemporáneo. Desde mediados del siglo XX, con la posguerra mundial, Occidente ha avanzado primero en el desarrollo del Estado de derecho, en lo que algunos denominan el cambio de paradigma desde el Estado de derecho legal al Estado constitucional de derecho o Estado constitucional, paradigma que ha probado sus virtudes, especialmente en una mayor y más efectiva garantía de los derechos fundamentales.

Desde aquellos primeros tiempos del Estado constitucional, los derechos fundamentales de diversas generaciones y sus garantías son un elemento esencial y una condición *sine qua non* para comprender y definir un auténtico Estado de derecho. Asimismo, no puede negarse que el catálogo de derechos humanos está abierto a la incorporación de nuevos derechos a través del derecho, del reconocimiento jurídico nacional respecto de expectativas que en determinados momentos se requiera concretar ante las exigencias de dignidad, libertad, igualdad o solidaridad humanas, pero ello no puede ocurrir ni por simple capricho temporal ni por presiones de intereses particulares que pretendan imponerlo como valor de cambio del momento.

El riesgo o peligro de esto último es lo que se ha calificado con precisión como la "tiranía de los valores", la imposición de un valor contra otro por parte de un sector social, que termina derivando en una *jurisprudencia de los valores*, en expresión crítica de E. W. Böckenförde. Esa incorporación tampoco puede llevar al catálogo de derechos por decisión jurisprudencial, pues esta, como sabemos, tiene un efecto relativo en el caso particular, y los jueces constitucionales no son legisladores positivos.

La conceptualización de "nuevos principios, derechos o sujetos" no pasa por una creación jurisprudencial innovadora o creacionista, frívola e irresponsable, menos por la perspectiva de modas intelectuales o academicistas, de ideologismos o de artificiales epistemologías posmodernas, sean decoloniales o deconstruccionistas, a contracorriente de la realidad existente y de los principios jurídicos largamente asentados y desarrollados que les dan certeza y seguridad jurídica a las personas y las sociedades, o bien, por el *diktat* de agendas globales emanadas de organismos internacionales demoledoras de la identidad de comunidades históricas concretas. De aquí que resulte contraproducente la teoría del pluralismo jurídico, pues, so pretexto de garantizar derechos especiales, de dar reconocimiento a supuestos nuevos sujetos, se arrasa con el más democrático de todos los derechos, la igualdad ante la ley, y se retorna a los tiempos pretéritos estamentales o de privilegios de minorías, grupos, castas o nacionalidades de última hora, hasta el punto de anteponerlas a los

[1] Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución* (Madrid: Tecnos, 2005), 600.

valores comunes propios de todos los ciudadanos, como si el bien general pudiera subordinarse al bien particular de una minoría.

Considerar lo anterior resulta relevante a la hora de ejercer nuestra función jurisdiccional, esto es, conocer, decidir, juzgar y persuadir. Estas dimensiones o etapas, especialmente a la hora de resolver sobre derechos fundamentales, deben ejercerse sobre la base de una seria y honesta argumentación racional que no pierda de vista el sentido de justicia, alejada de cualquier emotivismo, emocionalidad o de fundamentos utilitaristas que convierten intereses particulares, grupales o corporativos, de minorías, en derechos humanos o fundamentales, con lo cual, estos "quedan degradados de fines a medios; es decir, a meros instrumentos oportunistas y coyunturales para la defensa de intereses contingentes",[2] tal como afirma Pérez Luño.

A continuación, se analizará la jurisprudencia constitucional alusiva al reconocimiento de nuevos sujetos, principios y derechos dentro de la jurisdicción constitucional chilena, describiendo tres sentencias recaídas en conflictos constitucionales originados en controversias medioambientales, de aplicación diferenciada de la ley penal para los naturales de Rapa Nui y de regulación de la inmigración para ciudadanos haitianos. Se debe advertir que las pocas causas sobre el tema que se analiza revelan que la importancia que se la ha dado al mismo, al menos en Chile y probablemente también más allá, obedece a la relevancia y la publicidad que le dan los grupos interesados en forzar su desarrollo y consideración, más que en ser una realidad social y jurídica.

1. STC Rol 9418-20 (Conflicto medioambiental)

En este caso se planteó un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (acción constitucional que pueden interponer jueces y personas en una gestión judicial a fin de que no se aplique un precepto legal que pueda resultar contrario a la Constitución) respecto del artículo 8° inciso primero de la Ley 19.300, sobre Bases del Medio Ambiente, precepto legal que contempla la exigencia de someter a evaluación de impacto ambiental ciertos proyectos o actividades con efectos medioambientales, siendo cuestionada en tal sentido la autorización que la Superintendencia del Medio Ambiente entregó a la municipalidad de Ancud para la operación de un relleno sanitario que no contaba con dicha autorización.

Al respecto, la sentencia en comento hizo una acabada revisión del fundamento constitucional del derecho a la protección medioambiental y su vinculación con los derechos fundamentales de las personas.

En dicho contexto, se hace presente que el reconocimiento constitucional del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, a que se refiere el artículo 19 numeral 8, constituye el núcleo que sustenta el mandato que recae

[2] Pérez Luño, *Derechos humanos*…, 603.

en el Estado para dar cumplimiento a esta garantía. En tal sentido, la Ley 19.300, cuerpo legal en que se encuentra inserta la disposición cuestionada, constituye fiel expresión de esta protección y, como tal, no puede ser desconocida, ni aun a pretexto de una circunstancia fáctica como el retardo en las autorizaciones necesarias para la operación del relleno sanitario.

Al respecto, esta magistratura razonó indicando que "la garantía de vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sólo constituye un derecho fundamental de naturaleza individual y social a la vez, sino, además, un deber de protección, en vistas a la necesidad de hacerlo efectivo, no quedando como un mero enunciado *flatus vocis*" (considerando octavo).

Continuando con el análisis del fundamento constitucional del bien jurídico medioambiental, se resaltó que el mismo es manifestación del deber del Estado de respetar y promover los derechos esenciales del ser humano y, como tal, presenta un origen común con las restantes garantías que la carta fundamental asegura a todas las personas. Por ello se precisó:

> … lo anterior no viene a ser más que una manifestación del mandato constitucional del artículo 5º, el cual dispone el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales de la naturaleza humana garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

El razonamiento de este tribunal añade que "este mandato es imperativo y viene a configurar una dimensión avanzada del propio Estado de derecho, bajo la expresión que se ha venido acuñando en la doctrina comparada, de *Estado medioambiental de derecho* (en expresión de Montoro Chiner)" (considerando décimo).

Y, a propósito de este deber estatal, se expresó que el mismo encuentra sustento en "el bien común, como causa final u objetivo esencial del Estado", en los términos del inciso cuarto del artículo 1º de la Constitución, agregando que

> … el territorio nacional, que es uno de los elementos esenciales del Estado, junto al pueblo, la soberanía y el derecho, no sólo debe ser protegido o cautelado en cuanto a su integridad física ante amenazas externas, sino, también, respecto a los peligros o riesgos de daños, debiendo accionar en pro de la preservación, cautela y conservación de sus componentes y recursos naturales, que constituyen un patrimonio de la comunidad nacional o un auténtico bien común general. (Considerando décimo segundo)

A partir de los razonamientos reseñados es posible apreciar cómo el mandato de protección medioambiental se concreta en el cuerpo legal objetado y, específicamente, en el precepto legal reprochado, de modo que omitir en el caso concreto la exigencia de sometimiento al sistema de evaluación de impacto ambiental supone

transgredir el mandato constitucional y afectar los derechos de la comunidad en que se emplaza el relleno sanitario, decisión que no es tolerable, pues supondría desamparar un derecho fundamental que se expresa en su manifestación de protección al medio ambiente y que merece la misma protección que las restantes garantías constitucionales. Por ello, como fue señalado por el Tribunal en esta decisión, se entiende que existe "un auténtico orden público ambiental, esto es, un conjunto de principios, reglas e instituciones fundamentales que amparan y regulan el bien jurídico medioambiental y la naturaleza, sobre los cuales existe además un verdadero interés público general" (concepto en la línea de autores como Planiol, Rippert o Capitant).

A partir de lo descrito cabe preguntarse si efectivamente las temáticas medioambientales que en los últimos años se han manifestado con fuerza y han obligado a la institucionalidad de los países a recogerla y explicitarla en los distintos instrumentos del ordenamiento jurídico constituyen efectivamente nuevos derechos o más bien son manifestaciones de aquellas garantías esenciales de raigambre constitucional que son parte de la naturaleza humana y que las circunstancias y la evolución las han puesto de relieve. Pareciera que la respuesta se inclina más bien por la segunda opción y, en dicho contexto, la actividad jurisdiccional de este órgano aparece como determinante para –a través de su jurisprudencia– ir explicitando y resaltando estos derechos fundamentales.

2. STC Rol 4757-18 (Exigencia de visto consular a ciudadanos de Haití)

Este requerimiento fue presentado por un grupo de diputados respecto del Decreto Supremo 776, de 9 de abril de 2018, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que establecía la exigencia de un visto consular de turismo a nacionales de Haití, planteándose un cuestionamiento a las regulaciones migratorias y a la ponderación de factores como la nacionalidad para fundar una decisión legislativa.

En este caso, la decisión de mayoría de esta magistratura fue rechazar el requerimiento, reconociendo que la regulación legislativa en materia de inmigración es legítima en la medida que se funde en argumentos que no importen un tratamiento discriminatorio o carente de razonabilidad. En tal sentido, el reconocimiento de los derechos fundamentales alcanza a todo individuo, nacional o extranjero y, en la búsqueda del necesario balance, corresponde al Estado efectuar las regulaciones que permitan que los procesos de inmigración se realicen de manera ordenada y respetuosa de las garantías de todos quienes habiten el territorio chileno, sin distinción.

Así, se hizo presente que nuestro Código Civil reconoce que "son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición", y luego el mismo precepto legal señala: "Divídanse en chilenos y extranjeros" (art. 55), lo que evidencia que la distinción existe, está vigente en nuestro ordenamiento jurídico y, como tal, habilita al Estado a efectuar las regulaciones que

estime necesarias, valiéndose de estas categorías, pero en caso alguno vulnerando el reconocimiento principal y que trasciende a dicha distinción, y que está contenido en el encabezado de la misma disposición como es la calidad de persona, titular de derechos fundamentales.

Por ello, el razonamiento de la sentencia en comento precisó:

> Es natural que tal diferencia se manifieste –entre otras materias– en la necesidad de un estatuto legal que module el ingreso de los extranjeros al país, cuyo es el caso del DL N° 1.094. Contemplando a este efecto las categorías de turistas, residentes e inmigrantes, nítidamente diferenciadas entre sí por factores objetivos e impersonales, que *nada tienen que ver con el odio, la xenofobia ni con ningún otro sentimiento espurio o ánimo de hostilidad*. (Considerando decimoquinto)

De este modo, el razonamiento de la decisión de mayoría considera tolerable la regulación cuestionada, en la medida que responda a fundamentos ajenos a toda forma de discriminación o arbitrariedad, pues ello importaría vulnerar derechos que son inherentes a la persona, lo que no es aceptable desde la lógica constitucional. Así, se evidencia que más que establecer un nuevo derecho, lo que hace este Tribunal es reconocer, una vez más, las garantías fundamentales inherentes a todo ser humano, trascendiendo a cualquier diferenciación, a fin de llevarlas a la concreción de una situación fáctica en la cual se pretende conciliar una regulación migratoria con el respeto y la observancia de las garantías constitucionales.

En atención a ello es que la decisión de la mayoría en el pronunciamiento en análisis expresa que "lo dicho, no puede interpretarse en el sentido de que el Estado chileno –al dictar sus leyes o decretos– pueda comportarse 'arbitrariamente' con los extranjeros". El que se le conceda un espacio de discrecionalidad para regular el ingreso, la estadía y permanencia de los extranjeros en el país, en ejercicio de la soberanía, tal como apuntan acá los diputados requirentes, no significa que las autoridades de caso queden investidas de un poder que, por libérrimo, pueda llegar al extremo de abolir principios tan caros al orden institucional como son los de racionalidad e imparcialidad, antes explicados.

Nada más consecuente con el derecho público chileno que entender la proscripción de la arbitrariedad –formulada además en la prohibición de que "Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias"– como parte integrante de las bases de la institucionalidad (considerando decimosexto)

En la misma línea argumental, el razonamiento descarta la consideración de una determinada nacionalidad de manera discrecional como elemento que sustente una discriminación legislativa, desde que

> … la queja del requerimiento (fs. 9), de que no existiría simetría entre los haitianos con relación a las personas peruanas o colombianas que forman las

> comunidades más grandes en Chile, carece de pertinencia, puesto que se está en presencia aquí de un decreto presidencial que, por su propia naturaleza y por mandato legal, debe efectuar diferencias en razón justamente de la nacionalidad de sus destinatarios. Si el problema que el Decreto objetado trata de remediar se ha producido en relación con los turistas haitianos, es obvio que el mismo tratamiento no se puede hacer extensivo a cualquier posibilidad de trato discriminatorio o carente de razonabilidad y reforzando a los turistas provenientes de otro país, *sin riesgo de incurrir en una indebida equiparación entre desiguales*. (Considerando decimoséptimo)

Y de este modo, la decisión de esta judicatura vuelve a razonar sobre la base del respeto a los derechos fundamentales como eje rector de su decisión, proscribiendo el principio de supremacía constitucional como parámetro de ponderación de las decisiones legislativas sometidas a su conocimiento.

3. STC Rol 8792-20 (Inconstitucionalidad de ley penal diferenciada para naturales de Rapa Nui)

Este requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad fue presentado por el juez del juzgado mixto de Rapa Nui respecto de los artículos 13 y 14 de la Ley 16.441, que crea el departamento de Isla de Pascua. El primer artículo establecía que frente a uno de los delitos que la norma consigna, cometido por una persona natural de la isla se le aplicaría una pena inferior en un grado a aquella que correspondería a cualquier persona por la comisión del mismo ilícito. Por su parte, el artículo 14 otorgaba a estas mismas personas, por el solo hecho de ser "naturales" de la isla, el derecho a cumplir hasta dos tercios de la penalidad fuera de establecimientos carcelarios.

Planteado el cuestionamiento respecto a la valoración y el reconocimiento de las costumbres, tradiciones y cultura de los pueblos originarios como elemento fundante de un tratamiento penal diferenciado, el tribunal se manifestó por acoger el requerimiento y declarar la inconstitucionalidad de ambas disposiciones, planteando que establecían un verdadero "privilegio" en favor de las personas naturales de Rapa Nui, que no resultaba concordante con el orden constitucional; al respecto, esta magistratura señaló que "el privilegio del artículo 13 en materia sexual supone una determinada supremacía de género incompatible con la igualdad ante la ley y la dignidad de las personas" (considerando decimocuarto).

De este modo, se hizo hincapié en la preeminencia de las garantías constitucionales enfrentadas a las costumbres de pueblos originarios, indicándose al efecto que "en el plano de los principios en Chile, las costumbres indígenas no rigen si son contrarias a la ley y a la Constitución", añadiéndose que este estándar ha sido recogido por instrumentos internacionales que han dispuesto expresamente que

> … tratándose de costumbres indígenas penales, estas no pueden ser incompatibles con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, incluyendo por cierto el principio de legalidad penal (artículo 9.1 del Convenio N° 169 de la OIT). Además, se exige la conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (art. 34 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas). (Considerando vigesimosegundo)

Junto a lo anterior se efectuó un reconocimiento de la realidad de las mujeres que eran víctimas de ataques sexuales al verificarse la precariedad de la protección con que cuentan y lo contraproducente de regulaciones legales que, lejos de resolver dicha problemática, favorecen este trato vejatorio. Por ello, la decisión de mayoría del Tribunal planteó que "la sanción penal por delitos sexuales cometidos contra la mujer constituye una herramienta más para la erradicación de todas las formas de violencia contra la mujer, tanto desde la perspectiva de la disuasión de la conducta delictiva, así como de la del reproche penal que merece". En este sentido, las estadísticas oficiales sobre tasa de denuncias por delitos de violación y por violencia intrafamiliar en Isla de Pascua alertan sobre una situación deficitaria en materia de protección de la mujer y, particularmente, de la mujer indígena frente a la violencia de género.

"Esta dimensión se agudiza tratándose de espacios geográficos tan limitados y concentrados como una isla, los que en aplicación del artículo 14 de la Ley 16.441, en un cumplimiento penal prácticamente en medio libre, supone una inmanencia del agresor sobre su víctima" (considerando cuadragesimocuarto).

La posición de reproche constitucional efectuada en este requerimiento encuentra otro argumento en la prevención particular que también se manifestó por acoger el requerimiento, al indicar que "el legislador de los años sesenta, al dictar la Ley N° 16.441 que 'Crea el Departamento de Isla de Pascua' instauró un *privilegio* en materia penal respecto de los chilenos, naturales de Isla de Pascua que cometan delitos contra la propiedad o de índole sexual" (considerando 2° prevención por acoger de los ministros Aróstica, Letelier y Vásquez).

En definitiva, la decisión de este Tribunal recoge un aspecto inherente a la evolución del tiempo, al tener que resolver respecto de una regulación cuyo origen databa de muchas décadas y que en los tiempos presentes resultaba inconciliable con las garantías constitucionales.

En este sentido, el problema reseñado no nos muestra un nuevo "sujeto de derecho", ni un nuevo ámbito de protección, sino que recoge la necesidad de concretar garantías que forman parte del orden constitucional en igualdad de condiciones para todas las personas, y que por la evolución inherente de las sociedades muchas veces han quedado relegadas o invisibilizadas, en este caso, con énfasis en la situación de las mujeres que eran víctimas de delitos sexuales y que junto con el vejamen que de ello derivaba, se veían enfrentadas, además, a una respuesta legislativa que establecía un tratamiento diferenciado para el agresor, fundado en una "costumbre" o modo

de relacionarse con el entorno propio de su origen. Así las cosas, esta magistratura señala que no puede existir una justificación para tolerar abusos o infracciones a las garantías esenciales del ser humano, ni aun bajo el pretexto del origen del infractor, pues frente a tales consideraciones existe una barrera que es infranqueable y está representada por la Constitución.

Como corolario de esta problemática, huelga indicar que, con posterioridad a la decisión de este requerimiento, esta magistratura inició de oficio un proceso de inconstitucionalidad tendiente a excluir definitivamente estas normas del orden jurídico nacional, decisión que se concretó en la STC 12415-21, que señaló expresamente que la existencia y aplicación de estas normas "configuran un privilegio injustificado para el hechor y un menoscabo inmerecido para las víctimas, sino que, además, desvirtúan la función jurisdiccional, consistente en adjudicar la sanción proporcionada a la ilicitud cometida" (considerando decimonoveno).

Conclusiones

1. La jurisprudencia reseñada da cuenta de cómo esta magistratura, a partir del conjunto de derechos y garantías que forman parte del catálogo de la Constitución, da respuesta a problemáticas que se manifiestan a partir de los cambios que ha experimentado el mundo y nuestra sociedad en particular.

   Fenómenos como la migración, la protección medioambiental o el amparo de personas cuyos derechos han sido invisibilizados, no constituyen en esencia problemas que requieran crear nuevos derechos constitucionales o fundamentales, sino que son expresiones de conflictos de constitucionalidad que, como se ha ilustrado con los casos expuestos, a partir de los derechos y las garantías reconocidas en la carta fundamental, han podido ser objeto de una adecuada respuesta jurisdiccional de parte de este Tribunal Constitucional.
2. Hablar de nuevos principios, nuevos derechos o sujetos de derecho, en caso alguno puede entenderse como una realidad desprendida de aquella construcción de principios y normas que conforman la Constitución. Y bajo esa premisa, la labor de esta magistratura se orienta a la concreción del principio de supremacía constitucional, a velar por el respeto y la observancia plena de los derechos fundamentales, y a preservar la debida armonía que debe existir entre la aplicación de la ley y la carta fundamental. Esto no debe ser entendido como expresión de un rol exclusivo y excluyente del juez constitucional. Por el contrario, si bien la labor jurisdiccional juega un rol preponderante en acoger las demandas de las personas que estiman transgredidas sus garantías y derechos, y buscan una solución acorde al texto constitucional, sin duda que el respeto de los lineamientos constitucionales y, a través de este, el fortalecimiento de la Constitución, es una labor que involucra a todas las instituciones públicas en su conjunto.

3. Siguiendo las palabras de Otto Bachof, "naturalmente, la defensa y protección de la Constitución y de su sistema de valores constituye la labor y el deber más nobles de todos los órganos estatales y sobre todo, del legislador. Pero en caso de duda, es el juez el que tiene de hecho, la última palabra".[3]
4. Por tanto, corresponde que el ejercicio de la función jurisdiccional que desempeñan los magistrados constitucionales sea desarrollado con la mayor rigurosidad argumentativa y sin perder de vista el lineamiento que delimita su accionar: la observancia del texto constitucional, pues, al ceñirse a su preceptiva no existe posibilidad alguna de desconocer un principio perteneciente al orden constitucional, tampoco, tolerar la vulneración de un derecho inherente a la naturaleza humana ni menos aun dejar sin amparo ni protección a un sujeto de derecho.
5. En definitiva, conviene tener presente que la conceptualización de "nuevos principios, derechos o sujetos" se circunscribe al reconocimiento de nuevas expresiones de unos derechos preexistentes, de larga data y tradición, a través de la labor hermenéutica que realizan los órganos garantes de la Constitución, y que se expresa en sus sentencias, fuente prístina del verdadero propósito de aquella norma fundamental.
6. En fin, no es rol de una corte o tribunal constitucional el creacionismo o voluntarismo jurídico o de derechos fundamentales, tampoco su recepción incondicional, es decir, la promoción de una jurisprudencia creadora de principios, derechos o sujetos, porque tal activismo judicial constituye una desnaturalización no solo de aquel rol, sino, también, de la actividad legislativa y de la ley, como norma destinada a desarrollar los mandatos constitucionales, sobre la base de la discusión pública racional y razonable, sin exceder, por cierto, los límites y contenidos que tales mandatos establecen.
7. La función jurisdiccional se legitima, como lo ha señalado Pierre Rosanvallon, por su carácter imparcial y de terceros reflexivos: "hacen justicia al pueblo-principio", similar a la expresión de Ronald Dworkin al calificarla como "foro de principios", esto es, porque tienen como función esencial recordar que el soberano no se reduce a su expresión electoral mayoritaria y obliga a estas a tomar en cuenta a aquel en la confrontación permanente entre las urnas y los principios. Lejos de conformarse con juzgar, participan en el enriquecimiento del corazón de la deliberación democrática: la determinación y el fortalecimiento del ser-juntos. Por ello, el mismo autor se permite hacer una diferencia que conviene poner de relieve aquí a propósito de lo que se ha expresado en relación con el reconocimiento de derechos, principios y sujetos, no porque no se sepa, sino porque suele no recordarse que "el derecho constitucional surge de una larga temporalidad de la democracia, mientras que las decisiones del Poder Ejecutivo o las formulaciones del Legislativo se inscriben en

[3] Otto Bachof, *Jueces y constitución* (Madrid: Civitas, 1985), p. 47.

ciclos más cortos".[4] La misma observación corresponde hacer respecto de la justicia constitucional, como foro reflexivo y racional, indispensable para los efectos de generar una jurisprudencia seria y de largo alcance y no al gusto de modas académicas o de ideologías.

Termina Rosanvallon con una sentencia sobre la legitimidad de la jurisdicción constitucional:

> Esas cortes, al dedicarse muy en particular a los derechos y a los principios fundamentales, cumplen un papel de activación de la memoria colectiva. Incluso se puede considerar que su vigilancia tiene en esta medida, una función de orden representativo. Es una representación de memoria, que consiste en mantener y darle vida a los valores fundamentales de la democracia.[5]

Bibliografía

Bachof, Otto. *Jueces y constitución*. Madrid: Civitas, 1985.

Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 2005.

Rosanvallon, Pierre. *La legitimidad democrática*. Buenos Aires: Manantial, 2009.

[4] Bachof, *Jueces y constitución*, 208.

[5] Pierre Rosanvallon, *La legitimidad democrática* (Buenos Aires: Manantial, 2009), p. 207.

Nancy Yáñez Fuenzalida* **(Chile)**

Aplicación del pluralismo jurídico en la jurisdicción constitucional

Application of Legal Pluralism in the constitutional jurisdiction

Anwendung des Rechtspluralismus in der Verfassungsgerichtsbarkeit

1. Estatus jurídico del Convenio 169 de la OIT: la recepción del derecho internacional convencional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico chileno

El Tribunal Constitucional (TC) ha tenido pocas oportunidades para pronunciarse sobre casos que involucren a pueblos indígenas y su derecho propio. Dos ideas recorren la mayoría de las sentencias del TC en la materia, a saber: i) el carácter "programático" de gran parte de las normas del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); y ii) el rango infraconstitucional de este Convenio.

Es interesante hacer el contraste con lo que ha ocurrido con los tribunales superiores de justicia que integran el Poder Judicial (PJUD), que han reconocido que el Convenio 169 hace parte del bloque de constitucionalidad y han aplicado directamente las normas que, a juicio de algunas sentencias del TC, tienen carácter de "programáticas".

1.1. El carácter "programático" de gran parte de las normas del Convenio

La discusión previa a la aprobación del Convenio 169 se redujo a las cuestiones planteadas por el Tribunal Constitucional en el año 2000, al resolver el requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de parlamentarios de oposición al gobierno de la época. Si bien el Tribunal Constitucional rechazó la acción, limitó

* Presidenta del Tribunal Constitucional de Chile. nyanez@tcchile.cl.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

severamente su contenido, al señalar que solo sus disposiciones sobre consulta y participación –contenidas en sus artículos 6 y 7, respectivamente– eran autoejecutables (*self-executing*), por tener el contenido y la precisión necesarias que las habilitaban para ser aplicadas sin otro trámite como fuentes de derecho interno (STC 309, c. 7° y 8°). Como contrapartida, el resto de las disposiciones del Convenio no serían autoejecutables y, por tanto, tendrían un carácter programático. Este es el caso, por ejemplo, del reconocimiento del derecho sancionatorio indígena (Convenio 169, art. 9), el cual, además, fue declarado incompatible con nuestro ordenamiento jurídico por parte del TC (STC 309, cc. 52-53), el derecho de propiedad indígena (Convenio 169, art. 14; STC 309, cc. 62-66) y los derechos sobre los recursos naturales existentes en los territorios indígenas (Convenio 169, art. 15; STC 309, cc. 67-73).

En relación con el estatus jurídico del Convenio 169 de la OIT, por mucho tiempo y en variadas sentencias, el TC sostuvo que los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen un rango normativo inferior a la CPR:

> La Constitución chilena no ha señalado de modo explícito cuál es el rango normativo de los tratados internacionales, ni siquiera cuando éstos versan sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana; sin embargo, se puede entender que en todo caso tienen rango inferior a la Constitución, toda vez que están sometidos a control preventivo obligatorio cuando versan sobre materias propias de ley orgánica constitucional. La mención del inciso segundo del art. 5 CPR lo que hace es reiterar el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, pero no por ello eleva a los tratados que versan sobre dicha materia a rango constitucional. (STC 2387 cc. 11 y 12) (En el mismo sentido, STC 2699 c. 13, STC 2703 c. 11, STC 4948 c. 13, STC 4963 c. 13, STC 3329 c. 13, STC 4446 c. 19, STC 7760 c. 10).

Esta idea también ha estado detrás de la mayoría de las sentencias recaídas sobre casos que refieren a derechos de los pueblos indígenas. En uno de los últimos casos que llegaron al TC, en los que se planteó que un precepto legal contravenía disposiciones del Convenio 169 y con ello al artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República (CPR), el TC sostuvo:

> 5°. Que, al respecto, cabe señalar que este Tribunal ha sostenido en su jurisprudencia que los tratados internacionales de derechos humanos, no tienen rango constitucional, sino que un rango supra-legal e infra-constitucional. (STC 2387 y 2388, acumuladas, c. 22; en idéntico sentido, STC 346) (STC 3492: Requerimiento presentado por la concejala de la comuna de Chol Chol, doña Francisca Huirilef, solicitando la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 75 c) de la LOCM, en la causa por cese de cargo de concejal, sustanciada ante el Tribunal Electoral Regional de la Araucanía).

Sin embargo, sobre este punto, es importante hacer notar dos cuestiones. La primera, es que no fue pacífica la postura dentro del TC que sostenía que los tratados tenían un rango infraconstitucional. Así, en la Sentencia 2874-15, que discutía acerca de la recepción de los estándares fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el Caso Palamara *vs.* Chile, respecto a la justicia militar, se desarrollan con nitidez las tres posturas del TC sobre la recepción de estos estándares. La segunda es que, en estos últimos años, el TC ha recurrido a los tratados para resolver los conflictos de constitucionalidad. Así, en una de las sentencias más recientes señaló:

> Que, refuerza todo lo hasta aquí declarado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El artículo 5 de nuestra Constitución Política de la República establece como deber del Estado respetar y promover aquellos derechos esenciales de la naturaleza humana que estén consagrados en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. De esta manera, se incorporan una serie de instrumentos internacionales que se deben tener en cuenta para determinar si la norma impugnada produce o no efectos inconstitucionales en este caso concreto. En este sentido, encontramos que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos impone a los Estados parte, entre los cuales se incluye Chile, el deber de garantizar los derechos fundamentales consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros instrumentos internacionales (STC 13011, c. 17).

2. Aplicación del Convenio 169 por el Tribunal Constitucional

Ahora bien, el TC ha sido particularmente reticente a aplicar el Convenio 169 en su jurisprudencia y ha tendido a desarrollar criterios interpretativos que limitan el alcance de sus disposiciones.

1. La expresión "pueblos indígenas" del Convenio 169 refiere a un conjunto de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen derecho a participar y a ser consultadas en materias que les conciernan con sujeción a la Constitución, sin constituir un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado (STC 309).
2. Existen una serie de preceptos del Convenio 169 que no son autoejecutables (arts. 14, 15, 17) (STC 309).
3. La propiedad indígena se encuentra amparada por el artículo 19, numeral 24 de la CPR, la que, por su propia naturaleza, tiene características específicas que han llevado al legislador históricamente a regular las materias indígenas por medio de la ley (STC 309).

4. La participación de los pueblos indígenas no pugna con el principio de igualdad de oportunidades de participación en la vida nacional: la posibilidad de participación que las normas del Convenio 169 de la OIT entregan a los pueblos indígenas no pugna con el principio de participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional, que consagra el artículo 1° CPR, toda vez que las normas del Convenio disponen, para un grupo socioeconómicamente vulnerable, con la especificidad histórica cultural que le es propia, un mecanismo de participación que no tiene carácter vinculante (STC 1050, c. 15).
5. La participación consultiva de los pueblos indígenas no puede adoptar la modalidad de plebiscito o de una consulta popular vinculante: la forma de participación consultiva de los pueblos indígenas, de conformidad con lo expuesto en el Convenio, no podrá adoptar la modalidad de plebiscito o de una consulta popular vinculante, pues la Constitución regula estos modos de participación, de manera incompatible con tal posibilidad, en los artículos 118 y 128 CPR (STC 1050, c. 13).
6. La consulta a los pueblos indígenas no puede entenderse como ejercicio de la soberanía: la consulta a los pueblos indígenas, contemplada en el Convenio, no puede entenderse como el ejercicio de soberanía, pues ella, conforme a lo expuesto en el artículo 5° CPR, reside esencialmente en la nación y se ejerce por el pueblo a través de plebiscitos y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que la propia Constitución establece. (STC 1050, cc. 13 y 15).
7. El TC carece de competencia para pronunciarse sobre la omisión del trámite de consulta indígena durante el proceso de formación de una ley (STC 1988-11 sobre "Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales"; 2387-12 sobre Ley General de Pesca y Acuicultura;[1] 2523-13 sobre el D.S. 40 RSEIA;[2] LOC Municipalidades[3]).

---

[1] "Que los motivos precedentes son suficientes para desechar los requerimientos acumulados, en lo que respecta a la presunta inconstitucionalidad formal del proyecto de ley reclamado, por infracción al Convenio 169 de la OIT, y así se declarará. Resulta claro que, descartada la tesis originalmente sustentada por los requirentes en orden a que el Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, tenga rango constitucional, podrían simplemente rechazarse los requerimientos deducidos por la imposibilidad de declarar una inconstitucionalidad de forma contrastando normas de un proyecto de ley con otra –artículo 6° del aludido Convenio– que no tiene rango constitucional".

[2] "Que este Tribunal, como ya se indicó, ha sustentado la doctrina de que los tratados internacionales no tienen rango constitucional (STC 2387 y 2388/2013). Por lo mismo, una eventual contradicción entre las normas del reglamento y dichos tratados, tanto por acción como por omisión, no constituye un vicio de constitucionalidad. No está, por tanto, entre sus competencias resolver este reproche. La médula de la objeción que se formula a ambas categorías de normas del D. S. 40, es una eventual contradicción entre estas y lo establecido en las convenciones internacionales recién señaladas".

[3] "Que, en consecuencia, no se produce la vulneración denunciada al artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, en lo que dice relación con el incumplimiento de la obligación de respeto de los derechos garantizados en el artículo 2° del Convenio 169; no teniendo este

8. Los pueblos indígenas forman parte de "grupos desaventajados" respecto de los cuales es válido que el legislador establezca mecanismos de afirmación positiva cuyo propósito es hacer efectiva la igualdad ante la ley, puesto que los ha considerado como grupo "socioeconómicamente vulnerable, con la especificidad cultural que le es propia" (STC 2552-13).
9. La sustitución del procedimiento sumario por el consignado en la Ley 19.253 no vulnera la igualdad ante la ley, ni el derecho a la defensa ni el derecho de propiedad (STC 2552-13).

En una mención especial en relación con el derecho de consulta, el TC ha señalado que:

> … en cuanto a la obligación de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes –según lo dispone el inciso segundo del artículo 5° constitucional–, cabe señalar que en lo que se refiere a la consulta a los pueblos originarios consagrada en el artículo 6° del Convenio 169, este Tribunal ha declarado que no tiene competencia para determinar los criterios que permitan indicar si una medida específica –legislativa o administrativa– afecta o no a los pueblos originarios. Por ello se ha sentenciado que "corresponde al Gobierno, al Congreso Nacional y a los Municipios y demás órganos autónomos del Estado establecer los mecanismos apropiados para realizar las consultas debidas y fijar, hasta donde sea posible, los criterios con el propósito de determinar si una medida administrativa o legislativa afecta directamente o no a los pueblos originarios". (STC 3.988, c.3.9; en el mismo sentido, STC 2387, c. 24°)

La consulta previa, como baremo de constitucionalidad a la luz del Convenio 169 busca habilitar la participación colectiva de los pueblos indígenas desde su especificidad, como un medio para la protección de sus derechos colectivos en contextos de diversidad cultural, lo que requiere espacios especiales de diálogo para hacer visibles los impactos que podrían no ser transparentes para la cultura dominante. Desde esta perspectiva, la consulta indígena se erige como un dispositivo procedimental cuyo objetivo es remediar (hasta cierto punto) un tipo particular de lo que Miranda Fricker ha denominado como "injusticia epistémica", que ocurre cuando determinados sujetos o grupos son excluidos de participar como agentes de conocimiento potenciales en las prácticas de indagación epistémica, por su pertenencia a una o más identidades sociales marginadas ("marginación hermenéutica"). Así, los derechos de participación indígena pueden ser comprendidos como mecanismos que buscan corregir las fallas de reconocimiento y acceso en las prácticas cognoscitivas de los

---

Tribunal competencia para pronunciarse sobre el incumplimiento de la obligación de consulta a los pueblos indígenas que consagra el artículo 6° del mismo Convenio".

procesos de toma de decisiones estatales que, en este caso, anulan la capacidad de los pueblos indígenas de incidir como participantes con conocimientos válidos y sistemas normativos propios.

Por otra parte, especial mención requieren las STC 8729-20 y 12415-21, la primera de ellas recaída sobre la inaplicabilidad de los artículos 13 y 14 de la Ley 16.441 (también conocida como "Ley Pascua") que crea el Departamento de Isla de Pascua, y la segunda sobre la inconstitucionalidad de dichos preceptos. Ambos preceptos contemplaban beneficios penales excepcionales en caso de determinados delitos (incluidos los que atentan contra la indemnidad sexual) cometidos por naturales de la isla en su territorio. Dichos beneficios configuran una "afectación de la dignidad humana (art. 1°, inc. primero de la Constitución), la igualdad ante la ley (art. 19, numeral 2° de la Constitución) y la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (artículo 19, núm. 3° de la Constitución)", particularmente de las mujeres rapa nui. Una de las cuestiones que el TC debió zanjar es si dichas disposiciones obedecen a una costumbre indígena, arribándose a la conclusión de que ello no era así, sino que, por el contrario, da un beneficio a una conducta que es abiertamente reprochada por las autoridades ancestrales del pueblo Rapa Nui.

Resulta interesante ver cómo el TC realiza un juicio de ponderación y declara la inconstitucionalidad de una norma que fue elaborada sin la participación del pueblo indígena interesado (el pueblo Rapa Nui). El Tribunal constató que en la elaboración de esa norma

> … no hay una participación de ningún nativo de la Isla de Pascua, ni de autoridad a nombre de ella ni de algún académico con conocimientos sobre la misma […] En síntesis, la extensa historia de la ley relatada revela que el legislador desarrolló un conjunto de beneficios penales y de ejecución de la pena, basado en criterios genéricos y respecto de los cuales no existe ninguna referencia al tipo de delitos sexuales que está presente en este caso. La única referencia a un derecho consuetudinario no se vincula a una noción que supere la dimensión que pareciera propia del ámbito de los derechos contra la propiedad. Es sistemática la noción de una legislación "a tientas", con decisiones que parecieran fundarse en una dimensión ancestral. Pero como nada de eso está refrendado bajo la autoridad tradicional, cabe entender que se trata de una legislación que carece de la motivación suficiente y donde no es posible sostener que el legislador haya recogido una tradición o una costumbre pascuense.

Las consideraciones tenidas a la vista por el TC para declarar la inconstitucionalidad de la preceptiva mencionada abren la puerta al control, por parte de la judicatura constitucional, de la falta de consulta indígena o de los estándares del Convenio 169 en la elaboración de leyes o reglamentos.

Reflexiones finales

- El TC tradicionalmente se ha abstenido de pronunciamientos sustantivos sobre el Convenio 169 y la consulta indígena, bajo el argumento del rango infra-constitucional y carácter programático del tratado internacional, lo que contrasta con lo ocurrido con tribunales que conforman el PJUD chileno. Sin embargo, aunque sigue siendo un tema debatido, en recientes sentencias, el TC se ha abierto al control de convencionalidad.
- El Caso de la Ley Pascua revela los resultados contrarios a la Constitución de una norma elaborada sin la participación de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por ella. Este caso abre las puertas a que el TC pueda controlar la falta de procesos de consulta indígena (PCI) en la elaboración de una ley o reglamento, y realizar un juicio de constitucionalidad en el contexto de un requerimiento de inaplicabilidad de un precepto legal susceptible de afectar a pueblos indígenas, pero que ha sido aprobado sin PCI.
- Hasta el reciente Caso de la Ley Pascua, en general, el TC ha sido reticente a aplicar el Convenio 169 en su jurisprudencia y ha tendido a desarrollar criterios interpretativos que limitan el alcance de sus disposiciones.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXVIII, BOGOTÁ, 2022, PP. 65-76, ISSN 2346-0849

Paul Enrique Franco Zamora* **(Bolivia)**

Aportes desde la jurisdicción constitucional boliviana para una interpretación y para un ejercicio del pluralismo jurídico

Contributions from the Bolivian constitutional jurisdiction for a practical interpretation and exercise of legal pluralism

Beiträge der bolivianischen Verfassungsgerichtsbarkeit zur praktischen Auslegung und Ausübung des Rechtspluralismus

Introducción

Durante la gestión 2009, Bolivia aprobó su Constitución Política del Estado (CPE) cambiando de paradigma. El monismo jurídico, que en la etapa de construcción republicana boliviana se encontraba consolidado, quedó relegado para dar paso al llamado pluralismo jurídico.

Si bien el concepto plural se encuentra en diferentes apartados del texto constitucional boliviano, tanto en el campo económico como en la esfera cultural, la justicia no ha quedado al margen de su tratamiento. El modelo jurídico estatal, según lo establecido por el artículo 179 de la Ley Fundamental, reconoce a la jurisdicción indígena originario campesina (JIOC) y le otorga una igualdad jerárquica con la jurisdicción ordinaria, pues la armonía entre ambos sistemas de justicia –reconocidos por la Constitución– fortalece una administración judicial incluyente, plural y al servicio de la población.

En el marco de las atribuciones cumplidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) de Bolivia, fueron pronunciadas resoluciones constitucionales plurinacionales (RPC), esenciales en el pluralismo jurídico y que guardan relación con la justicia indígena originario campesina.

* Magíster en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar. Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

En este contexto, las líneas jurisprudenciales emanadas de la justicia constitucional boliviana buscan un equilibrio sostenido entre ambas jurisdicciones, pero también sirven de guía para la aplicabilidad de los conceptos inherentes al pluralismo jurídico, en especial durante la tramitación de procesos constitucionales de orden tutelar, normativo o competencial.

1. Análisis y desarrollo

La CPE de Bolivia, a través de sus artículos 190 a 192, hace referencia a la jurisdicción indígena originaria campesina describiendo que las naciones y pueblos indígena originario campesinos (NPIOC) tienen la potestad de ejercer sus funciones (jurisdiccionales y de competencia) mediante sus autoridades; con esta finalidad, constitucionalmente se reconoce la aplicación de sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.

Bajo este reconocimiento efectuado por el constituyente boliviano, dicha jurisdicción comprende los ámbitos de vigencia personal (aplicables a los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino), material (conoce los asuntos indígena originario campesinos) y territorial (prevista para las relaciones y los hechos jurídicos realizados o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino), aspecto que determinó la posterior promulgación de la Ley de Deslinde Jurisdiccional (LDJ), Ley 073 de 29 de diciembre de 2010.

Muchos juristas, al explicar la naturaleza del pluralismo jurídico en el Estado boliviano, enfocan sus estudios solamente a la aplicabilidad de normas y procedimientos propios por parte de las NPIOC, asociándolo a la solución de conflictos acaecidos en una determinada comunidad. Dicha apreciación resulta equívoca, dado que el pluralismo jurídico también se encuentra relacionado con el ejercicio de los derechos colectivos de las NPIOC, que fueran recogidos por el artículo 30 de la CPE; asimismo, el pluralismo jurídico tiene incidencia en la construcción del modelo autonómico boliviano, por intermedio de la denominada autonomía indígena originaria campesina.

Acorde a lo expresado, las tres vertientes en las que el TCP desarrolla labores jurisdiccionales aportan a la interpretación y el ejercicio del pluralismo jurídico en territorio boliviano, situación que deriva de analizar, por una parte, los derechos de las NPIOC (acciones tutelares), así como el control previo de constitucionalidad de sus proyectos de estatutos para adoptar la autonomía indígena originario campesina (control normativo) y, por otra, abordar los conflictos de competencias emergentes con otras jurisdicciones (control competencial).

No obstante, es prudente mencionar que, dentro de las atribuciones conferidas a la jurisdicción constitucional boliviana, es posible realizar consultas de autoridades indígena originaria campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas a un caso concreto, lo que permite que, desde una perspectiva integral, pueda enfocarse el

pluralismo jurídico en sede constitucional según estos cuatro pilares fundamentales, que coadyuvan a la consolidación de una justicia plural.

Finalmente, corresponde afirmar que el máximo guardián y defensor de la norma suprema boliviana debe resolver los asuntos puestos en su conocimiento y fallar en sus veredictos acogiendo los principios contemplados en el artículo 3 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional (LTCP), Ley 027 de 6 de julio de 2010, de cuya transcripción se colige que la justicia constitucional se rige por tres principios:

a) **Plurinacionalidad.** Es la existencia de naciones y pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales y afrobolivianas, así como bolivianas y bolivianos que en su conjunto constituyen el pueblo boliviano.
b) **Pluralismo jurídico.** Proclama la coexistencia de varios sistemas jurídicos en el marco del Estado Plurinacional.
c) **Interculturalidad.** Reconoce la expresión y convivencia de la diversidad cultural, institucional, normativa y lingüística, y el ejercicio de los derechos individuales y colectivos en busca del vivir bien.[1]

En estricto apego a los principios rectores de la jurisdicción constitucional, el TCP ha generado jurisprudencia respecto al pluralismo jurídico con una interpretación incluyente de la Constitución, garantizando así un sistema de justicia al servicio del pueblo boliviano y para beneficio común de todas las colectividades.

2. La tutela constitucional de derechos en las NPIOC

En el catálogo de derechos enumerados por la CPE de Bolivia puede considerarse el reconocimiento específico de los derechos que corresponden a las NPIOC.

Dentro de los ejes fundacionales del Estado Plurinacional, según lo previsto por la Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 0698/2013 de 3 de junio, precisamente se encuentran descritas la plurinacionalidad, la interculturalidad y el pluralismo, en sus diferentes dimensiones; estos tres elementos, además de representar principios que guían a la jurisdicción constitucional, se articulan para garantizar el llamado "vivir bien".

Uno de los grandes retos del país andino, según indica esta resolución del TCP, corresponde también a la implementación de un Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario, como fundamento para que, en el interior de la justicia constitucional boliviana, puedan resolverse los problemas jurídicos que atingen a las NPIOC, en particular, cuando se advierta la lesión de sus derechos colectivos.

---

[1] Estado Plurinacional de Bolivia, Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, Ley 027 de 6 de julio de 2010, *Gaceta Oficial de Bolivia*, 2010, http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/descargarPdf/126017.

El artículo 30, parágrafo II, del texto constitucional boliviano enumera al menos dieciocho derechos que, por su configuración jurídica, adquieren la categoría de derechos colectivos, entre los cuales pueden destacarse el derecho a vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas; el ejercicio de sus sistemas (políticos, jurídicos y económicos) según su cosmovisión; la gestión territorial indígena autónoma, y una serie de derechos que el propio Estado garantiza, respeta y protege.

En las labores del TCP se presentaron situaciones derivadas de la lesión de los derechos de las NPIOC, lo que repercutió en la interposición de ciertas garantías jurisdiccionales. A través de la jurisprudencia constitucional desarrollada se estableció el tipo de acción tutelar que resultaba eficaz en este cometido.

En el momento de explicar el mecanismo jurídico especial de la tutela de derechos colectivos, el TCP de Bolivia, mediante su SCP 0487/2014 de 25 de febrero, dispuso que la acción popular (AP) se constituía en la vía idónea para solicitar la protección de derechos de las NPIOC:

> En ese ámbito, debe señalarse que dentro de las acciones tutelares se encuentra la acción popular, prevista en el art. 135 de la CPE, como un mecanismo de defensa de los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza consagrados por la Ley Fundamental, tales como los derechos establecidos por el art. 30 de la CPE, cuyos titulares son las naciones y pueblos indígena originario campesinos.
>
> Efectivamente, conforme interpretó la SC 1018/2011 de 22 de junio, la acción popular protege: "además de derechos e intereses colectivos, derechos e intereses difusos –ambos contenidos bajo el *nomen iuris* 'Derechos Colectivos'– y, en ese sentido, cualquier persona perteneciente a colectividad o comunidad afectada puede presentar esta acción que, como su nombre indica, es popular" y en ese sentido, las Sentencias Constitucionales Plurinacionales 0176/2012, 0300/2012 y 0645/2012, entre otras, señalaron que la tutela de los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos debía ser efectuada a través de la acción popular.[2]

Entonces, uno de los aportes de la jurisdicción constitucional boliviana para aplicar adecuadamente el concepto de pluralismo jurídico implica la diferenciación de la clase de acción constitucional que se halla reservada en la tutela de derechos de las NPIOC que, por voluntad del constituyente, recae en la AP. Por consiguiente, en su vertiente protectora de derechos fundamentales y de resguardo de las garantías

[2] Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional Plurinacional 0487/2014 de 25 de febrero, *Gaceta Constitucional Plurinacional*, 2014, https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/FichaResultado/10557.

jurisdiccionales, el TCP ha brindado luces de cómo deben interpretarse los derechos de las NPIOC, toda vez que, desde una visión plural del derecho, estos priman sobre los derechos individuales.

El reconocimiento de los derechos colectivos es, sin lugar a dudas, una conquista del pluralismo jurídico, pero su materialización o libre ejercicio resultaría compleja de no existir un recurso constitucional específico que pueda activarse frente a una posible vulneración.

Desde la jurisdicción constitucional boliviana, las líneas jurisprudenciales han trazado un nuevo horizonte en el entendimiento de los derechos a la libre determinación, de territorialidad y a la titulación colectiva de tierras y territorios (SCP 0487/2014 de 25 de febrero), el derecho al medio ambiente sano (SCP 0762/2014 de 15 de abril), entre otros que tienen por titular a las NPIOC y, gracias a su configuración especial, son catalogados como derechos de naturaleza colectiva.

2.1. La construcción de la autonomía indígena originaria campesina a través del pluralismo jurídico

Otro factor relativo a la aplicabilidad del pluralismo jurídico en sede constitucional comprende el proceso de construcción y consolidación de la autonomía indígena originaria campesina.

En la categoría de entidades territoriales autónomas (ETA), prevista por la CPE de Bolivia y la Ley Marco de Autonomías y Descentralización "Andrés Ibáñez", Ley 031 de 19 de julio de 2010, es reconocida la autonomía indígena originaria campesina, aspecto que mantiene concordancia con el artículo constitucional 30, parágrafo II, numeral 17, en cuyo listado de derechos colectivos de las NPIOC hace énfasis en la gestión territorial indígena autónoma.

Según el tenor literal del artículo 289 de la Constitución boliviana, la autonomía indígena originaria campesina consiste "en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias".[3]

Como quedó explicado en el acápite anterior, la libre determinación y autogobierno de las NPIOC son la base fundamental para el acceso a su autonomía; sin embargo, no solamente el orden jurídico boliviano hace referencia a estos derechos, sino las normas del derecho internacional, tales como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), junto a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, que reafirman la necesidad de que los Estados parte puedan ser garantes de la libre determinación, la autonomía

[3] Estado Plurinacional de Bolivia, Constitución Política del Estado, de 7 de febrero de 2009, *Gaceta Oficial de Bolivia*, 2009, http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/app/webroot/archivos/CONSTITUCION.pdf.

o el autogobierno, en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.

Por este motivo, Bolivia, mediante sus instancias de derecho público (entre ellas el TCP), debe aunar esfuerzos en el acompañamiento y la supervisión hacia las NPIOC para que, previo cumplimiento de las formalidades exigibles por la Constitución y la Ley 031, procedan a la conformación de la autonomía indígena originaria campesina.

La jurisdicción constitucional boliviana, de acuerdo con los lineamientos generales del pluralismo jurídico, colabora en dos momentos trascendentales durante la construcción de la autonomía indígena originaria campesina: en la conversión de un territorio indígena originario campesino (TIOC) o de un municipio a una autonomía indígena originaria campesina, el TCP de Bolivia interviene en el control de constitucionalidad del Estatuto Autonómico y de la pregunta del posterior referendo.

La Declaración Constitucional Plurinacional (DCP) 0064/2018 de 3 de agosto, explicando la relevancia del control previo de constitucionalidad como parte de las atribuciones de control normativo del TCP, señala:

> … se hace necesario garantizar el equilibrio entre la especial legitimidad que tienen los estatutos y cartas orgánicas como norma institucional básica de las ETA, en cuya aprobación interviene la población y sus instancias respectivas; por lo que, resulta necesario que dichos instrumentos normativos estén construidos conforme la Constitución como Norma Suprema del Estado y de nuestro ordenamiento jurídico.
>
> […] Lo descrito precedentemente, demuestra que la tarea otorgada al Tribunal Constitucional Plurinacional sobre el control previo de constitucionalidad de los proyectos de estatutos y cartas orgánicas de las ETA, es de suma importancia, toda vez que se trata de la única instancia de revisión previa al sometimiento de aprobación vía referendo por parte del soberano, para luego entrar en vigencia, por ello la labor de control previo de constitucionalidad por parte de este Tribunal sigue un riguroso proceso que se encuentra normado en el Capítulo Cuarto del Título V del Código Procesal Constitucional.[4]

Por encargo de la Constitución y de las leyes 027 y 031, el TCP debe pronunciarse sobre la constitucionalidad de los instrumentos normativos que regularán la conformación de la autonomía indígena originaria campesina, habida cuenta de que, al constituirse como intérprete máximo de la Ley Fundamental boliviana, realiza una minuciosa labor de confrontar cada uno de los artículos proyectados en el Estatuto Autonómico con los preceptos de la CPE, dictando así una DCP.

---

[4] Tribunal Constitucional Plurinacional, Declaración Constitucional Plurinacional 0064/2018 de 3 de agosto, *Gaceta Constitucional Plurinacional*, 2018, https://buscador.tcpbolivia.bo/servicios/(S(0cg3wvcnqo54i5pujbqx3twg))/WfrMostrarResolucion.aspx?b=154431.

Siguiendo los parámetros del pluralismo jurídico andino, el TCP de Bolivia efectuará el test de constitucionalidad enmarcándose en los principios, valores y fines que recoge la Norma Suprema.

El personal que integra la judicatura constitucional, con una óptica plural del derecho y precautelando los derechos colectivos de las NPIOC, toma en cuenta que estos documentos deben contener, de manera clara, la estructura organizacional de gobierno, autoridades propias, o todo lo relacionado con la gestión de las formas políticas, culturales, sociales, institucionales y económicas propias, en el marco de las cuales ejercerán su autogobierno.

Por último, cabe detallar que, desde la justicia constitucional boliviana, se da curso al control previo de constitucionalidad de la pregunta para el referendo aprobatorio. El propósito de que el TCP confronte el contenido o texto literal de la pregunta del referendo implica determinar su compatibilidad con la CPE, actividad jurisdiccional desarrollada conforme se describe en el Código Procesal Constitucional (CPCo), Ley 254 de 5 de julio de 2012, y que concluye con la emisión de una DCP, determinando su constitucionalidad o inconstitucionalidad.

Respecto a las características principales de este tipo de preguntas, que ingresan a revisión constitucional por parte de la máxima instancia de control de constitucionalidad en territorio boliviano, la DCP 0001/2014 de 7 de enero indicó:

> … a través del referendo –mecanismo constitucional de democracia directa y participativa– el Estado, representado por el Órgano Electoral, consultará a los ciudadanos y las ciudadanas mediante una pregunta sobre normas, políticas o asuntos de interés público […]; o sea, deberá necesariamente tratarse de una pregunta cerrada y directa, cuyo contenido tendrá que formularse en términos claros a efectos de no generar dudas o confusiones –preguntas de fácil comprensión–, breves y concretas sin utilizar palabras ambiguas o confusas considerando que el propósito que se persigue también radica en una respuesta concreta a una pregunta precisa; y, finalmente imparcial porque no debe evidenciar un interés dirigido o inducir a una respuesta predeterminada que por supuesto dicha característica también excluye a aquellas que sean de contenido capcioso.[5]

Mediante estas dos fases de la composición de la autonomía indígena originaria campesina que conciernen al control previo de constitucionalidad, Bolivia y su Tribunal Constitucional Plurinacional coadyuvan en el ejercicio del pluralismo jurídico, desde una óptica democrática y participativa.

---

[5] Tribunal Constitucional Plurinacional, Declaración Constitucional Plurinacional 0001/2014 de 7 de enero, *Gaceta Constitucional Plurinacional*, 2014, https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion?idFicha=24368.

2.2. Los conflictos de competencias suscitados en la JIOC

El artículo 202, numeral 11, de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia establece como una de las atribuciones del TCP, el conocimiento y la resolución de causas que involucren los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental.

Recordemos que el artículo constitucional 179, parágrafo II, otorga la misma jerarquía a la jurisdicción ordinaria y a la JIOC. De esta forma, ejerciendo sus atribuciones jurisdiccionales de orden competencial, el TCP, mediante una SCP, se pronuncia para resolver un problema jurídico entre jurisdicciones que ingresan en conflicto respecto a las competencias que les corresponde.

En este tipo de procesos, cuando la autoridad de la JIOC estima que alguna autoridad de la jurisdicción ordinaria y agroambiental se encuentra ejerciendo jurisdicción en el ámbito de vigencia personal, territorial o material que le correspondería, está facultada para interponer un conflicto de competencias jurisdiccionales (CCJ). A partir del diálogo jurídico-plural y sentando precedentes que permiten la aplicación del pluralismo jurídico en el Estado boliviano, el TCP, conforme la SCP 0026/2013 de 4 de enero, explica que la Constitución ejerce control sobre las jurisdicciones reconocidas por la Norma Suprema, prioritariamente utilizando su control plural competencial, verbigracia:

> El art. 179.I de la CPE, determina que: "La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley". En este sentido, la jurisdicción indígena originario campesina es anterior a la jurisdicción ordinaria (art. 2 de la CPE).
>
> Respecto a la relación entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción indígena originaria campesina, el art. 179.II de la CPE, establece que: "La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía", es decir, en una dinámica de cooperación y coordinación (art. 192 de la CPE) y no de paternalismo.
>
> […] Ahora bien, respecto a los ámbitos de aplicación de la jurisdicción indígena originaria campesina el art. 191.II de la CPE, determina que: "La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los […] ámbitos de vigencia personal, material y territorial […]" correspondiendo efectuar una interpretación desde y conforme a la Constitución y los Tratados del Derecho Internacional de Derechos Humanos (arts. 13. IV y 256 de la CPE) del art. 8 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional.[6]

[6] Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional Plurinacional 0026/2013 de 4 de enero, *Gaceta Constitucional Plurinacional,* 2013. https://jurisprudencia.

Con lo detallado por la jurisprudencia nacional, en materia de conflictos de competencias, las resoluciones del TCP se circunscriben a establecer la autoridad indígena originaria campesina, agroambiental u ordinaria en su caso, competente para conocer un determinado asunto y, si bien a través de este recurso constitucional se intenta un resguardo de la garantía jurisdiccional de juez natural, no por ello se analiza si los estándares de la jurisdicción competente respetan o no el debido proceso, dado que esas valoraciones requieren la activación de otras acciones constitucionales, como los casos de la acción de amparo constitucional o la acción de libertad.

Por los motivos expuestos, al momento de realizar el control plural competencial, la jurisdicción constitucional debe valorar la coexistencia de varios sistemas jurídicos en Bolivia, pero también debe apreciarse que la interpretación constitucional ha cambiado de paradigma para ahora considerar la existencia del razonamiento constitucional plural.

Siguiendo esta tendencia, los conflictos de competencias entre la JIOC y el resto de jurisdicciones establecidas en la Norma Fundamental, hoy por hoy, obedecen al paradigma de interpretación intercultural y, con fines de resguardar los derechos de las NPIOC, han de aplicar diferentes dimensiones.

Por esta razón, la SCP 0487/2014 de 25 de febrero, reflexionando sobre la importancia del componente intercultural en la interpretación efectuada por el TCP ante situaciones de conflictos jurídicos que involucran a las NPIOC, señaló:

> … el pluralismo jurídico supone redimensionar el sistema jurídico ius positivista, a partir de la experiencia y prácticas de los sistemas jurídicos indígenas, pero también implica considerar las prácticas, los principios y los valores de las naciones y pueblos indígena originario campesinos cuando se les vaya a aplicar el derecho occidental, así como asumir interpretaciones interculturales de los derechos y garantías cuando se denuncie su lesión en los supuestos en los que las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejerzan sus sistemas de justicia, y, finalmente, efectuar ponderaciones cuando dichos derechos o garantías se encuentren en conflicto.[7]

2.3. Las consultas de autoridades indígena originaria campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas a un caso concreto

El artículo 202, numeral 8, de la CPE indica que el TCP de Bolivia tiene la facultad de conocer y resolver las consultas efectuadas por las autoridades indígena originaria campesinas respecto a la aplicabilidad de sus normas a un determinado

---

tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion?idFicha=14229.

[7] Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional Plurinacional 0487/2014 de 25 de febrero, *Gaceta Constitucional Plurinacional*, 2014, https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/FichaResultado/10557.

problema jurídico, siendo obligatoria la decisión emanada de la institución constitucional.

En la estructura orgánica del TCP, según manda el artículo 32 de la LTCP, se prevé que una de sus salas, en forma exclusiva y adicionalmente a la revisión de oficio de las acciones tutelares, conozca y resuelva las consultas de las autoridades indígena originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas a un caso concreto (CAI).

Cumplidas las formalidades consignadas por el CPCo, el TCP resolverá –dicha consulta– declarando la aplicabilidad o no de la norma consultada; asimismo, con relación a los efectos de la resolución cabe destacar que, la DCP tendrá solo carácter vinculante y obligatorio para las autoridades de la NPIOC consultante.

La atribución que le compete a una de las salas del TCP es determinante en las etapas de construcción del pluralismo jurídico en el Estado boliviano, gracias al mecanismo de control de constitucionalidad, dado que la DCP 0008/2014 de 25 de febrero expresa:

> … la Consulta de una autoridad indígena originaria campesina, versa sobre la aplicación de normas a un caso concreto, debe comprenderse que dicho mecanismo constitucional podrá plantearse en cualquier momento sea antes de emplearse al caso concreto o después de haberlo hecho, en razón a que la norma de desarrollo no establece de manera expresa el momento en que podrá efectuarse y porque no se encuentra dentro del ámbito de control previo de constitucionalidad. Finalmente, tendrá que considerarse que se trata de una jurisdicción cuyo sistema jurídico, en su generalidad, no es escrito y su ejercicio se sustenta en su propia cosmovisión a través de sus normas, instituciones y procedimientos propios, que no cuenta con etapas procesales claramente definidas y tampoco concluye con determinaciones que tengan carácter definitivo, sino de decisiones que en busca del equilibrio y armonía son susceptibles de modificarse en cualquier momento, de ahí su carácter dinámico, por ser una jurisdicción con una producción normativa constante.[8]

Entonces, utilizando esta herramienta constitucional, se verifica la compatibilidad y concordancia de la norma consultada en una cuestión jurisdiccional con los principios, valores y fines establecidos por la Ley Fundamental de Bolivia, pues mediante este control previo de constitucionalidad es garantizado el ejercicio de la JIOC y, en consecuencia, son protegidos –jurisdiccionalmente– los derechos colectivos de las NPIOC.

---

[8] Tribunal Constitucional Plurinacional, Declaración Constitucional Plurinacional 0008/2014 de 25 de febrero, *Gaceta Constitucional Plurinacional*, 2014, https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion?idFicha=24101.

Conclusiones y recomendaciones

Con los cuatro ejes desarrollados, que abarcan desde la tutela de derechos colectivos de las NPIOC a través de la acción popular, la construcción de la autonomía indígena originaria campesina verificando la compatibilidad de su Estatuto Autonómico y la pregunta del referendo aprobatorio, los conflictos de competencias entre la JIOC y el resto de jurisdicciones, hasta la concordancia de sus normas propias con los preceptos de la CPE, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha generado jurisprudencia que coadyuva a la implementación de los conceptos plural, plurinacionalidad e interculturalidad.

En síntesis, conforme a su vertiente de trabajo (tutelar, normativa y competencial), la jurisdicción constitucional brinda aportes para una práctica interpretación y ejercicio del pluralismo jurídico, derivando en la consolidación del Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario.

Por último, como parte de las recomendaciones, corresponde sugerir que las experiencias surgidas en la jurisdicción constitucional se compartan con las NPIOC, para recoger sus percepciones, dudas e interrogantes y, en un futuro, resolver las causas con mayor interacción con la población, que se constituye en la principal beneficiaria del reconocimiento del pluralismo jurídico.

Bibliografía

Estado Plurinacional de Bolivia. Constitución Política del Estado de 7 de febrero de 2009. *Gaceta Oficial de Bolivia*, 2009. http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/app/webroot/archivos/CONSTITUCION.pdf.

Estado Plurinacional de Bolivia. Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, Ley 027 de 6 de julio de 2010. *Gaceta Oficial de Bolivia*, 2010. http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/descargarPdf/126017.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0026/2013 de 4 de enero. *Gaceta Constitucional Plurinacional,* 2013. https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion?idFicha=14229.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Declaración Constitucional Plurinacional 0001/2014 de 7 de enero. *Gaceta Constitucional Plurinacional*, 2014. https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion?idFicha=24368.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Declaración Constitucional Plurinacional 0008/2014 de 25 de febrero. *Gaceta Constitucional Plurinacional*, 2014. https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion?idFicha=24101.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0487/2014 de 25 de febrero. *Gaceta Constitucional Plurinacional*, 2014. https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/FichaResultado/10557.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Declaración Constitucional Plurinacional 0064/2018 de 3 de agosto. *Gaceta Constitucional Plurinacional*, 2018. https://buscador.tcpbolivia.bo/servicios/(S(0cg3wvcnq054i5pujbqx3twg))/WfrMostrarResolucion.aspx?b=154431.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXVIII, BOGOTÁ, 2022, PP. 77-87, ISSN 2346-0849

María Pía Silva Gallinato* **(Chile)**

Las reformas sobre la justicia constitucional y su incidencia en el Tribunal Constitucional de Chile

Reforms on constitutional justice and its impact in the Constitutional Tribunal of Chile

Reformen der Verfassungsgerichtsbarkeit und ihre Auswirkungen auf das Verfassungsgericht von Chile

Introducción

Desde que en Chile se estableciera un Tribunal Constitucional, las reglas sobre su funcionamiento, composición y atribuciones han sufrido diversas modificaciones.

Antes de examinar la forma en que dicha magistratura ha reaccionado frente a tales cambios, cabe recordar que el pueblo soberano se expresa directamente a través del poder constituyente y su voluntad se objetiva jurídicamente en la Constitución, la cual es su máxima expresión, ya que la soberanía es "la capacidad o facultad para positivizar las normas jurídicas de más alto rango de la comunidad", según señala Heller.[1]

Entonces, para cumplir con su tarea de velar por la supremacía de la Constitución a través del control que ejerce sobre los actos de diversos órganos instituidos, el Tribunal Constitucional ha de emplear el texto supremo como parámetro de validez del resto del ordenamiento jurídico, sin que le corresponda enjuiciar el contenido que le asigne el poder constituyente, sea este originario o derivado.

En efecto, el poder constituyente busca hacer realidad una determinada concepción de la soberanía, que se traduce en el bien común mirado desde un punto de vista subjetivo, el cual consiste en "la idea de derecho que prevalece en una sociedad

* Magíster en Derecho LLM-UC. Profesora, Pontificia Universidad Católica de Chile; ministra del Tribunal Constitucional de Chile. mpsilva@tcchile.cl.

[1] Herman Heller, *La Soberanía* (México: Editorial Universidad Autónoma de México, 1965), 141.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

política en un momento determinado de su devenir histórico"[2] y que, como dice Peter Häberle, constituye

> … un concepto guía abierto al desarrollo [y] se revela como una fórmula que constituye la convivencia humana. Sus contenidos históricos cambiantes remiten a contextos de legitimación últimos y penúltimos, como la concepción del Estado y la forma de gobierno ("república", "democracia"), la ética social y la justicia, y tiene que ser transformado en la práctica en el caso particular del derecho positivo, a pesar de la tensión que pueda haber entre el bien común como postulado ideal y su realidad (no pocas veces deficiente).[3]

No obstante lo anterior, cabe recordar que el Tribunal Constitucional chileno puede conocer y resolver las cuestiones de constitucionalidad que surjan durante la tramitación de una reforma constitucional y que le sean sometidas a su conocimiento por el presidente de la República, las cámaras o una parte de sus miembros.[4]

Pero siendo un órgano instituido, y por ello subordinado al ordenamiento constitucional, no le corresponde ejercer un control político, de mérito o de oportunidad respecto del contenido de tales reformas. Por ello es que, en esa esfera, debe autorrestringirse para actuar estrictamente en el ámbito jurídico-normativo que le compete.

Sin embargo, la deferencia hacia el constituyente no puede llevarle a "negar a la nación su guía en los problemas básicos de la democracia, que su situación sin igual le permite prever".[5] Por lo tanto, aprovechando la experiencia acumulada, las particularidades de la interpretación y argumentación constitucionales que emplea y la labor especializada que desarrollan sus magistrados dentro del Estado constitucional y democrático de derecho, parece lógico que, ante las modificaciones que se persiga introducir a la normativa vinculada a su función, el Tribunal pueda dar a conocer su opinión durante discusiones que se abran al efecto. En este campo, el Tribunal actúa como "promotor de la constitucionalización del Derecho y de la política".[6]

Teniendo presente lo anterior, quiero detenerme en analizar la forma en que el Tribunal Constitucional de Chile ha reaccionado frente a esas reformas y cómo ellas han incidido en su funcionamiento. Lo anterior me lleva a distinguir diversas etapas en la vida de tal judicatura.

---

[2] Alejandro Silva Bascuñán, "El Tribunal Constitucional", en *La Reforma Constitucional de 1970* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970), 199-200.

[3] Peter Häberle, "El Estado constitucional" (Buenos Aires: Astrea, 2007), 379-380.

[4] Artículo 93, n.° 3 e inciso 4° de la Constitución Política de la República de Chile.

[5] C. Herman Pritchett, *La Constitución americana* (Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1965), 208-209.

[6] Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, *Sobre los límites del juez constitucional* (Lima: Zela Grupo Editorial, 2020), 106.

1. Establecimiento del Tribunal Constitucional en Chile, efectos de su disolución en 1973 y restauración del Tribunal Constitucional por el constituyente de 1980

Cabe recordar, en primer lugar, que la práctica de la Constitución de 1925 en torno a su correcta interpretación y los problemas que había acarreado la falta de existencia de un órgano que resolviera las discrepancias surgidas entre los poderes colegisladores llevó al presidente Eduardo Frei Montalva a proponer la creación de un tribunal constitucional, lo cual se concretó en la Ley reforma 17.284 de 1970. Tal órgano se pronunciaba especialmente sobre las cuestiones de constitucionalidad suscitadas en la tramitación de los proyectos de ley y, mediante autos acordados de noviembre de 1971, fijó libremente el estatuto de su organización, funcionamiento, régimen de su personal y el procedimiento que se siguiera ante él. Sin embargo, tuvo una breve existencia (entre el 10 de septiembre de 1971 y el 11 de septiembre de 1973), tiempo en que alcanzó a dictar 15 sentencias.[7]

La Junta Militar que asumió el gobierno el 11 de septiembre de 1973 se autoconfirió el ejercicio de los poderes constituyente y legislativo, por lo que el Parlamento dejó de funcionar y también el Tribunal Constitucional, este último explícitamente disuelto el 10 de noviembre de ese año. Ello condujo a que la llamada Comisión Ortúzar, encargada de elaborar un anteproyecto de nueva Constitución para Chile por encargo del régimen militar, y el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno que lo revisaron no consultaran la opinión de quienes habían integrado la Judicatura Constitucional, algunos de los cuales incluso fueron perseguidos políticamente. No obstante, quienes intervinieron en la redacción de la propuesta, que fue plebiscitada en septiembre de 1980, no tuvieron dudas sobre la necesidad de restaurar el Tribunal Constitucional, considerándose que era "un soporte esencial de la integridad del ordenamiento jurídico fundamental".[8]

2. Funcionamiento del actual Tribunal Constitucional desde 1981

La Constitución de 1980 llama a la expedición de una ley orgánica constitucional sobre la organización y el funcionamiento del Tribunal Constitucional. Al ser sometido el proyecto de su ley orgánica en 1981, en forma preventiva y obligatoria, al control de constitucionalidad del mismo órgano ya restaurado, este lo conoció cuando dictó su primera sentencia. Dicho fallo no contiene argumentación alguna relacionada con el texto propuesto por el régimen militar, sino solo declara su

---

7 Silva Bascuñán, "El Tribunal Constitucional", 199-276.

8 Anteproyecto de la Comisión Ortúzar.

constitucionalidad. A partir de entonces comenzó a operar nueva y continuamente en Chile un Tribunal Constitucional.

3. Reforma de la Ley 20.050 de 2005

Varios años después de restaurada la democracia y de que la Constitución fuese reformada en diversas oportunidades, en pleno funcionamiento del Tribunal, durante el gobierno de Ricardo Lagos se expidió la Ley 20.050 de 2005, que introdujo diversas modificaciones a la carta fundamental, entre la que se incluyen reformas al Tribunal Constitucional que alteraron su sistema de integración y ampliaron su competencia.

Cabe destacar que tal reforma le entregó el control concentrado de la ley porque, aun cuando siguió conociendo en forma preventiva de los requerimientos formulados por órganos legitimados durante la tramitación de la ley y controlando obligatoriamente las leyes interpretativas de la Constitución y orgánicas constitucionales ya despachadas por el Congreso y antes de su promulgación, le confió asimismo la resolución sobre la inaplicabilidad de la ley y sobre la inconstitucionalidad de preceptos legales previamente declarados inaplicables.[9] Esa reforma, que le quitó el conocimiento de las inaplicabilidades a la Corte Suprema, se explica por el prestigio que adquirió el Tribunal por el gravitante rol que cumplió en la vuelta pacífica a la democracia, mientras el país aún se mantenía bajo el régimen militar. En efecto, entre 1985 y 1988 dictó una serie de emblemáticas sentencias recaídas en diversos proyectos de leyes orgánicas constitucionales de carácter electoral y político[10] en las que, aplicando distintos criterios interpretativos y, en especial, el sistemático y finalista, contribuyó a posibilitar una transición ordenada hacia el régimen libre, permitiendo que el plebiscito de 1988 y las elecciones presidencial y parlamentarias de 1990 se desarrollaran bajo condiciones de legitimidad democrática.

En la discusión parlamentaria se escuchó la opinión del entonces presidente del Tribunal Constitucional, don Juan Colombo, y del ministro Eugenio Valenzuela Somarriva, quienes participaron activamente en los debates parlamentarios argumentando con base en las ideas de un informe que el propio Tribunal hizo llegar al efecto. Sus opiniones fueron determinantes para modificar la integración del Tribunal, impedir que se le confiara el conocimiento de una acción de amparo de derechos que llevara a la revisión de las sentencias de los tribunales ordinarios para mantener el conocimiento de dichas acciones en estos, entregarle la resolución de acciones de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad, el control

9 Constitución Política, artículo 93, n.° 6 y 7.

10 STC Roles 33 de 1985, 38 y 39 de 1986, 43, 44 y 48 de 1987, y 53 de 1988.

constitucional de los autos acordados de los tribunales superiores de justicia y la resolución de ciertas contiendas de competencia.[11]

4. Proceso constituyente encabezado por la presidenta Michelle Bachelet

Aun cuando –como ya dijimos– las reformas constitucionales de 2005 buscaron fortalecer el rol que, como garante de la carta, le corresponde al Tribunal Constitucional, poco a poco surgieron críticas por la forma de designación de sus integrantes y por las atribuciones que se le confiaban, en especial la relativa al control preventivo de la ley, lo cual llevó a que, desde distintos sectores ciudadanos, se instara a cambiar el modelo de justicia constitucional.

Sucedió, además, que parte importante de la ciudadanía no consideraba a la Constitución como propia, por no tener un origen democrático y no reflejar los cambios culturales y económicos producidos en los últimos años, y por contener vacíos, sobre todo en materia de igualdad sustancial, derechos sociales y participación democrática. Ello condujo a movimientos políticos y sociales por establecer una nueva carta, nacida esta vez en democracia.

Buscando canalizar esa inquietud, durante la presidencia de Michelle Bachelet se abrió un proceso constituyente que llamó a los ciudadanos a participar en encuentros y cabildos ciudadanos para proponer contenidos para una nueva constitución, recogiéndose un material cuyos resultados fueron sistematizados y que sirvió de insumo para elaborar un proyecto de nueva constitución enviado al Congreso al final de su periodo (2017), sin que este fuera tramitado. Tal proyecto contenía algunos cambios en materia de justicia constitucional.

5. Estallido social de 2019 y proceso de elaboración de una nueva constitución por una Convención Constitucional

Dentro de un ambiente de desafección y escasa valoración de la política y de sus instituciones, a cuyos integrantes se les acusaba de actuar en forma abusiva sin hacerse cargo oportunamente de las demandas colectivas, con baja participación y asociatividad, y una percepción ciudadana de la existencia y persistencia de la discriminación y la desigualdad en el ejercicio de los derechos,[12] en 2019 surgió con fuerza la idea de acordar un texto constitucional para salir de la aguda crisis política creada a partir del estallido social de octubre de ese año.

---

[11] Emilio Pfeffer Urquiaga, *Reformas constitucionales 2005* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005), 340-386.

[12] Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Auditoría a la democracia. Más y mejor democracia para un Chile inclusivo* (Santiago: PNUD, 2014), 29-42.

Ello condujo al Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución, suscrito el 15 de noviembre de ese año, por la mayoría de las fuerzas políticas con representación en el Parlamento, para luego, el 24 de diciembre, publicar la reforma constitucional de la Ley 21.200 que, agregando un párrafo especial al Capítulo XV, sobre Reforma a la Constitución, establece un procedimiento especial para elaborar una nueva Constitución Política. Los recelos del constituyente hacia el Tribunal Constitucional lo llevaron a no confiarle tarea alguna vinculada al control del proceso, atribuyendo a la Corte Suprema la resolución de los reclamos por incumplimiento de las reglas del reglamento en caso de que se diera una eventual convención constitucional.

Postergado el cronograma original del proceso constituyente debido a los efectos producidos por la pandemia del covid-19, en plebiscito de octubre de 2020, el 78% de los electores que acudieron voluntariamente a las urnas decidieron que Chile debía tener una nueva Constitución redactada y propuesta por una Convención cien por ciento electa. Después de elegidos los convencionales, con paridad entre hombres y mujeres, escaños reservados para los pueblos originarios y facilitando la incorporación de independientes, elegidos popularmente sus 155 integrantes e instalada la Convención en julio de 2021, el texto que elaboró fue sometido a plebiscito, con voto obligatorio, el 4 de septiembre del año en curso (2022). Como se sabe, la referida propuesta fue rechazada por el 62% de los 13 millones que votaron.

6. Actuación del Tribunal Constitucional en el proceso constituyente

Ahora bien, ¿qué papel desempeñó el Tribunal Constitucional desde que surgiera la idea de elaborar una nueva Constitución? ¿Cómo ha enfrentado las diferentes propuestas que inciden en su organización y funcionamiento?

A partir del anuncio del acuerdo político de noviembre de 2019, el Tribunal adoptó diferentes medidas. En primer lugar, valoró dicho acuerdo a través de una vocería conjunta con las máximas autoridades de la Corte Suprema y el Tribunal Calificador de Elecciones. En segundo lugar, buscó aportar a la reflexión por medio de la difusión, a través de su página web, de antecedentes y documentos útiles para la discusión constitucional, incluyendo la elaboración de un análisis empírico del *Control de constitucionalidad en el derecho comparado y las constituciones del mundo*, de cuatro tomos, que fueron repartidos entre los convencionales. En tercer lugar, organizó diversos seminarios y conversatorios, transmitidos *online* y publicados en la página web del Tribunal, sobre temas vinculados al valor de la justicia constitucional, invitando a connotados expertos nacionales y extranjeros.

Para efectuar un análisis interno, supervisó de modo permanente el avance del proceso constitucional a través de un seguimiento semanal de la prensa; celebró una reunión con expresidentes y ministros del Tribunal Constitucional; elaboró un documento de reflexión interno sobre el rol de este tribunal; tuvo encuentros con

algunos invitados extranjeros, como el que celebró, en febrero de este año, con la delegación de la Comisión de Venecia que visitó Chile para informar acerca de las inquietudes que les hizo llegar el Senado de la República sobre temas vinculados al trabajo hasta entonces efectuado por la Convención, entre los que se encontraba la eliminación del Tribunal Constitucional.[13] Además, intervino en dos oportunidades ante la Convención Constitucional.

Ahora bien, ¿qué sostuvo el Tribunal ante las diferentes propuestas de la Convención que buscaban incidir en su organización y funcionamiento?

En primer lugar, y con motivo de la invitación que le hiciera la Mesa de la Convención para escuchar sus planteamientos en una sesión especial realizada en noviembre de 2021, el entonces presidente del Tribunal, Juan José Romero,[14] y el ministro Gonzalo García explicaron las funciones que ha desarrollado el Tribunal Constitucional de Chile desde su creación hace más de 50 años, expusieron datos empíricos sobre las causas de que conoce, sus aportes a la dogmática constitucional y cómo esta magistratura ha acercado la justicia constitucional a las personas a través de los requerimientos de inaplicabilidad presentados por partes interesadas ante ella. Asimismo, se destacó la importancia de mantener un órgano de justicia constitucional especializado y, en especial, las dificultades que acarrearía su eliminación tanto para el adecuado control de constitucionalidad de las leyes que deberían dictarse para hacer cumplir la nueva Carta, como para la debida resolución de conflictos de competencia que surgieran entre órganos, incluyendo los de carácter regional que la Constitución crearía.

Pese a lo anterior, por iniciativa fechada el 30 de diciembre de 2021, un grupo de convencionales propuso eliminar al Tribunal Constitucional para confiarle únicamente a la Corte Suprema el conocimiento de las acciones de inaplicabilidad de preceptos legales, deducidas por los jueces que conocieran de una gestión pendiente de resolver. La propuesta se fundó en un diagnóstico crítico de las funciones ejercidas por el Tribunal, acusándolo de actuar como una tercera cámara legislativa cuando controla en forma previa la ley, de carecer de legitimidad democrática y de permitir que el mecanismo de las inaplicabilidades sea utilizado para retrasar la acción de la justicia.

Sin embargo, más adelante, la Convención, desechando esa indicación, propuso la creación de una Corte Constitucional en reemplazo del Tribunal Constitucional.

---

[13] En informe de 18 de marzo de 2022, la Comisión de Venecia se inclina por un tribunal constitucional separado y especializado porque, a su juicio, ofrece una protección más eficaz a los derechos humanos, al principio de separación de funciones y a la supremacía constitucional (Council of Europe, "Opinión sobre la redacción y adopción de una nueva Constitución, adoptado por la Comisión de Venecia en su 130a sesión plenaria [Venecia, 18-19 de marzo de 2022]", https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2022)004-spa.

[14] Juan José Romero Guzmán, "Minuta presentación de Juan José Romero, presidente del Tribunal Constitucional", https://www.cconstituyente.cl/comisiones/verDoc.aspx?prmID=601&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION.

7. Informe del Tribunal Constitucional de 16 de mayo de 2022

Esta magistratura, valorando la idea de mantener una judicatura constitucional especializada, y pese a que las normas respectivas contenidas en el texto permanente sobre la Corte Constitucional ya habían sido aprobadas por el pleno de la Convención, consideró igualmente necesario dar a conocer su opinión sobre la materia en informe que enviara a la Comisión de Normas Transitorias de la Convención el 16 de mayo de 2022. Tal documento fue expuesto en forma presencial tres días después, por las ministras Marzi y por quien aquí escribe, en sesión de la Convención realizada en la ciudad nortina de Antofagasta.[15]

En el mencionado documento, el Tribunal constató vacíos y problemas en cuanto a las atribuciones confiadas a la nueva Corte Constitucional, a saber:

a) En primer lugar, en relación con la inaplicabilidad de preceptos legales, hizo ver que, como en la práctica ella se funda en la infracción de derechos que afectan a las partes de una gestión judicial y ese mecanismo no alcanza a cubrir otras hipótesis de inconstitucionalidad, como se exigía una declaración previa de inaplicabilidad para posteriormente decidir su inconstitucionalidad, la ley en abstracto no podía declararse inconstitucional si vulneraba principios o reglas orgánicas de la Constitución. El modelo produciría, entonces, una "privatización" de la justicia constitucional, porque esta recaería solo en asuntos que afectaran intereses de particulares, quedando muchos conflictos entre órganos sin solución.

   También constató una regresión en el derecho de las personas a acceder a la justicia constitucional, al restringirse la solicitud de inaplicabilidad al juez de la gestión, sin que a las partes se les reconociera legitimidad activa.

   Además, advirtió que los vicios de forma de la ley, como no pueden dar origen a una inaplicabilidad por plantear un problema sobre la existencia misma de la ley, al producir la sentencia efecto *erga omnes* y no solo en el caso, quedarían irresolutos. Más aún cuando la facultad de resolver los conflictos de competencia suscitados entre los órganos colegisladores, que se confiaba a la Corte Constitucional, no alcanzaba a cubrir los defectos meramente procedimentales. También hizo ver que se le privaba a la nueva Corte de resolver cuestiones vinculadas a tratados internacionales y a reformas constitucionales.

---

[15] Tribunal Constitucional, "Consideraciones del Tribunal Constitucional en relación con las normas sobre la Corte Constitucional y las propuestas de normas transitorias", 16 de mayo de 2022, https://www.cconstituyente.cl/comisiones/verDoc.aspx?prmID=2793&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION.

b) En relación con la propuesta de disposiciones transitorias que permitieran una gradualidad en la forma en que comenzaran a regir las nuevas reglas constitucionales, el mismo informe de 16 de mayo observó varios problemas.

Así, luego de dar a conocer el marco constitucional vinculado a dichas disposiciones transitorias, incluyendo la regla sobre entrada en vigencia de una eventual nueva constitución, observó que una de las dificultades era que la Corte quedaría instalada dentro de los cuatro meses siguientes a la entrada en vigencia de la carta –la que regiría desde que se publicara en el *Diario Oficial* el texto aprobado en plebiscito–, lo cual suponía además que estuviera ya vigente la ley que regulara su organización. Este problema fue salvado, en parte, por la regla que expresó que la Corte debía estar instalada en un plazo no mayor de 6 meses y que el primer proyecto de ley que debía enviarse al Congreso por el Ejecutivo sería el relacionado con su organización.

También observó que la propuesta señalaba, por una parte, que el Tribunal Constitucional conocería de las causas radicadas en él de acuerdo con las normas legales que le fueran aplicables y no con las constitucionales –sin hacer alusión a la ultractividad de las normas sustantivas de la Constitución actual que lo rige– y, por otra parte, que la Corte terminaría con las causas pendientes de resolución cuando el Tribunal dejara de funcionar, traspaso de causas que vulneraba la regla de radicación o fijeza en materia de competencia, lo que fue corregido por el texto definitivo.

Lo más complejo resultó constatar que, como el Tribunal Constitucional continuaría conociendo solo de las causas radicadas en él hasta su sentencia de término a partir de la entrada en vigencia de la nueva carta, mientras la Corte no entrara en funcionamiento no habría órgano alguno que pudiera conocer nuevos conflictos de constitucionalidad surgidos en el tiempo intermedio, por lo que la Constitución pasaría a ser una simple ley, al no existir un órgano que resolviera la contradicción que surgiera especialmente entre las normas legales y la nueva carta fundamental. Con ello se produciría una verdadera "desconstitucionalización" de la carta, especialmente frente al legislador.

Ante la regla que indicaba que los actuales ministros no podrían ser elegidos para integrar la Corte Constitucional, se observó que no existían razones justificadas para impedir esa postulación, como sí sucedía en el texto propuesto con titulares de otros órganos públicos que también dejaban de funcionar para ser reemplazados por otros, por cuanto a ellos se les reconocía el derecho de opción. En definitiva, se permitió que los ministros que al cese de los seis meses de funcionamiento del Tribunal hubiesen cumplido menos de la mitad de su periodo, postularan a la nueva Corte, aunque igualmente con ello se impedía que cinco de estos pudieran hacerlo.

Por último, se señaló que debía determinarse la situación laboral de los funcionarios que en ese momento prestaran funciones en el Tribunal para ser todos

traspasados con sus derechos laborales y previsionales, lo cual también fue recogido en el texto definitivo.

En síntesis, si bien el Tribunal fue escuchado en tal sesión en relación con ciertos temas, derribando barreras que permitieron a las ministras contestar preguntas de los convencionales y precisar conceptos e ideas en un diálogo que rindió algunos frutos recogidos en las normas transitorias, igualmente, no se subsanó el mayor de los problemas planteados: habría al menos seis meses desde la entrada en vigencia de la nueva Constitución sin órgano alguno que resolviera los conflictos de constitucionalidad que surgieran durante ese periodo. A ello, por cierto, se agregan las falencias detectadas en las reglas permanentes relacionadas con las atribuciones confiadas a la nueva Corte Constitucional y al hecho –que fue puesto de relieve por las ministras– de que no hay precedentes de la eliminación de un Tribunal Constitucional y su reemplazo por otro órgano especializado diverso en constituciones democráticas que sustituyen a otras de ese mismo carácter.

Ahora bien, como consecuencia del rechazo por la ciudadanía del texto redactado por la Convención, y en momentos en que las fuerzas políticas buscan un mecanismo que permita elaborar una nueva propuesta –lo cual obligará a reformar la Constitución actual para posibilitar un nuevo proceso–, como miembros del Tribunal Constitucional, y en aras de la garantía del Estado constitucional y democrático de derecho, seguiremos dispuestos a colaborar para la construcción de nuevas reglas para el sistema de justicia constitucional que Chile busque para los próximos años. Como intérpretes auténticos de la Constitución, y desde nuestra experiencia, pondremos todo de nuestra parte para contribuir a esa noble tarea.

Bibliografía

Council of Europe. "Opinión sobre la redacción y adopción de una nueva Constitución, adoptado por la Comisión de Venecia en su 130a sesión plenaria (Venecia, 18-19 de marzo de 2022)". https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2022)004-spa.

Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy. *Sobre los límites del juez constitucional*. Lima: Zela Grupo Editorial, 2020.

Häberle, Peter. *El Estado constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2007.

Heller, Herman. *La soberanía*. México: Editorial Universidad Autónoma de México, 1965.

Pfeffer Urquiaga, Emilio. *Reformas constitucionales 2005*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

Pritchett, C. Herman. *La Constitución americana*. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1965.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Auditoría a la democracia. Más y mejor democracia para un Chile inclusivo*. Santiago: PNUD, 2014.

Romero Guzmán, Juan José. "Minuta presentación de Juan José Romero, presidente del Tribunal Constitucional", s. f. https://www.cconstituyente.cl/comisiones/verDoc.aspx?prmID=601&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION.

Silva Bascuñán, Alejandro. "El Tribunal Constitucional", en *La Reforma Constitucional de 1970*, 199-274. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970.

Silva Bascuñán, Alejandro. *Tratado de derecho constitucional*, Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

Tribunal Constitucional de Chile. "Consideraciones del Tribunal Constitucional en relación con las normas sobre la Corte Constitucional y las propuestas de normas transitorias", https://www.cconstituyente.cl/comisiones/verDoc.aspx?prmID=2793&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXVIII, BOGOTÁ, 2022, PP. 89-108, ISSN 2346-0849

César Ochoa Cardich* **(Perú)**

La reforma constitucional del sistema de justicia en el Perú de 2018

The constitutional reform to the Peruvian justice system in 2018

Die Verfassungsreform des Justizsystems in Peru im Jahr 2018

Introducción

La reforma del sistema de justicia en América Latina ha sido calificada como el mito del eterno retorno. Destaca, entre otros enfoques críticos, el del peruano Luis Pásara, que la denominó como *la reforma imposible*.

En el presente texto se analizan las propuestas de reforma al sistema de justicia incorporadas en el referéndum del año 2018, impulsado durante el gobierno del expresidente Martín Vizcarra (2018-2020). Con esa finalidad, esta ponencia parte de un recuento general sobre los intentos de reforma constitucional del sistema de justicia, tras el regreso a la democracia en el Perú en el año 2000.

Las falencias del sistema de justicia afectan a todos los ciudadanos y son de gran impacto en la sociedad: desde la madre que demanda por alimentos al padre de sus hijos, el propietario que no consigue desalojar al inquilino que dejó de pagar el arrendamiento de su casa o del local comercial, hasta la víctima de un crimen que ve la impunidad del responsable.

Así, tanto en periodos de regímenes autoritarios como de vigencia de la democracia, se han propuesto reformas integrales del sistema de justicia. Se ha asumido como diagnóstico que el Poder Judicial no es capaz de autorreformarse y que es

* Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional, Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú.

Esta ponencia fue realizada con la colaboración de la abogada Sofía Janett Donaires Vega, asesora del Tribunal Constitucional del Perú.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

indispensable regular cuál es el órgano constitucionalmente habilitado para la designación, evaluación y separación del cargo de los jueces y fiscales en el sistema de justicia. De este modo, se considera que se garantizará una eficiente administración de justicia.

1. Antecedentes: creación del Consejo Nacional de la Magistratura y su reforma

Un primer antecedente de reforma constitucional se encuentra en la Constitución peruana de 1979, que creó el Consejo Nacional de Magistratura. Este órgano estaba integrado por...

> El Fiscal de la Nación que lo preside,
> Dos representantes de la Corte Suprema.
> Un representante de la Federación Nacional del Colegio de Abogados del Perú.
> Y un representante del Colegio de Abogados de Lima.
> Dos representantes de las Facultades de Derecho de la República.

Conforme al artículo 245 de la carta de 1979, el presidente de la República nombraba a los magistrados según propuesta del Consejo Nacional de la Magistratura; y, asimismo, el Senado ratificaba a los magistrados de la Corte Suprema.[1]

Como el sistema mantuvo la injerencia de los políticos de los poderes Ejecutivo y Legislativo, siempre fue objeto de críticas. Así se asumió que la politización de la justicia se consagró con el retorno a la democracia en la década de los ochenta, ya que, en esos años, destacados magistrados fueron separados de sus cargos por el régimen democrático.

Con la Constitución de 1993, por reacción a la politización de la justicia, se estableció una nueva integración del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) con atribuciones de selección, nombramiento, evaluación, ratificación y destitución de los jueces y fiscales. En este contexto, el CNM –como órgano colegiado– fue creado con el propósito de atenuar –si no eliminar– la injerencia política en ellos. Por eso es que, al menos en retrospectiva, los comentarios en torno a esta institución parecen ser mayoritariamente positivos, pues se habría superado un modelo de designación política de jueces y fiscales, para establecer un modelo de designación por concurso técnico.[2]

---

[1] Francisco José Eguiguren, "El Consejo Nacional de la Magistratura", *Derecho & Sociedad* 16 (2001): 49.

[2] Víctor García Toma, "El Consejo Nacional de la Magistratura", *Ius et Veritas* 24, n.º 53 (2016): 305; David Lovatón, *Sistema de justicia en el Perú* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2017), 115-116.

Sin embargo, la experiencia en diversos países de la región de estos órganos colegiados evidencia que también han sido capturados por la influencia del poder político:

> Algunos autores sostienen que en ciertos países, las conexiones políticas de los candidatos pesan más que sus méritos y que esto sigue afectando el nivel de independencia judicial. En un informe sobre el funcionamiento de los consejos se cita los casos de Argentina y Paraguay como ilustrativos de la penetración partidaria en ellos, y se ha argumentado que quienes controlaban las cortes ahora controlan los consejos a través de sus "representantes" en esos nuevos órganos. En otras palabras, "los consejos han sido tan permeables a las influencias políticas en el manejo de las carreras judiciales como antes lo eran los otros poderes del Estado", tesis que llevaría a pensar que no se han producido mejoras.[3]

Con la caída del régimen autoritario en noviembre de 2000, asumió la presidencia Valentín Paniagua, quien presidió un gobierno de transición hasta las elecciones políticas generales del 8 de abril de 2001. El gobierno de transición del presidente Paniagua tuvo como uno de sus ejes la reforma de la Constitución de 1993.[4] En ese contexto, mediante el Decreto Supremo 018-2001-JUS se creó la denominada Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional (la Comisión), comisión *ad hoc* formada por destacados juristas para la elaboración de tres productos concretos:[5]

1. Las normas constitucionales que podrían ser reformadas, a partir de la evaluación de su contenido, de su análisis sistemático y de la regulación de las instituciones políticas.
2. Las opciones sobre el contenido de las reformas propuestas.
3. El procedimiento para desarrollar las reformas constitucionales propuestas.

Este dato resulta importante pues el Informe Final de la Comisión fue uno de los primeros ensayos de reforma del servicio de justicia, en el marco de nuestra actual Constitución. Al respecto, las propuestas de la mencionada Comisión estaban centralmente orientadas a: i) el robustecimiento de la autonomía e independencia

---

[3] Luis Pásara, *Una reforma imposible. La justicia latinoamericana en el banquillo* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2014), 152.

[4] César Landa, *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, 3.ª ed. (Lima: Palestra, 2007), 91.

[5] Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS), Decreto Supremo 018-2001-JUS por medio del cual se crea la Comisión de Estudio de las Bases para la Reforma Constitucional en el Perú.

en la administración de justicia y ii) el diseño de un marco orgánico para el mejor "gobierno" de los órganos de justicia.[6]

En este segundo eje resalta la propuesta de crear un consejo de gobierno del Poder Judicial con la idea de tener un "órgano de gobierno" externo al ejercicio de la función jurisdiccional. Mientras que sobre el CNM se planteó que conserve sus funciones de nombramiento, promociones y sanciones de jueces y fiscales. Sin embargo, más allá de estas propuestas, como puede advertirse, no había una visión integral de la "reforma de justicia",[7] sino, más bien, la indicación de ciertas modificaciones puntuales al texto constitucional.

La discusión en torno a la reforma de la administración de justicia también tuvo sustento en el denominado Foro del Acuerdo Nacional del año 2002, aunque sin mucho éxito, razón por la que un año después se planteó un "Acuerdo Nacional por la Justicia", con la característica de que esta iniciativa era impulsada desde el propio Poder Judicial, representado por el presidente de la Corte Suprema.[8] Este Acuerdo puso en agenda temas relevantes que no necesariamente habían sido muy discutidos en las propuestas anteriores, como el problema de la corrupción.

Pero el acuerdo más importante para la reforma de la administración de justicia llegaría en el año 2003. En aquel año se aprobaría la Ley 28083, que creó la denominada Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (Ceriajus), Comisión que estuvo integrada por 16 de miembros representantes de todas las instituciones del sistema de justicia y de la sociedad civil.[9]

Como rasgo que la distingue, la Ceriajus adoptó un enfoque "integral" de reforma a la justicia. En otras palabras, sostuvo la tesis de que una reforma del sistema de justicia[10] no podía agotarse en el Poder Judicial o partir de una visión fragmentada del sector justicia. Por el contrario, sus miembros adoptaron la posición de que "es indispensable e impostergable para mantener las bases de nuestra organización

---

[6] Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS), Decreto Supremo 018-2001-JUS, cit.

[7] Incluso, en el informe se precisa que "se ha optado –a diferencia de lo previsto en otros países– por no diseñar un Sistema de Impartición o Administración de Justicia único o centralizado, pues se considera que ello en el contexto nacional podría facilitar más adelante nuevos intentos de atentar contra la autonomía judicial".

[8] Landa, *Tribunal Constitucional*…, 91.

[9] Por un lado, representantes del Poder Judicial, Ministerio Público, Consejo Nacional de la Magistratura, Tribunal Constitucional, Academia de la Magistratura, Defensoría del Pueblo, Ministerio de Justicia y dos representantes de la Comisión de Justicia del Congreso de la República. Mientras que, respecto a la sociedad civil, cinco representantes elegidos por el Acuerdo Nacional, un representante de los colegios de abogados y uno de las facultades de derecho.

[10] Lovatón recuerda el debate que hubo debido al uso del término "sistema de justicia". En particular, algunos representantes del Poder Judicial expresaban su preocupación de que esta lógica sistémica pretendiera "licuar" al Poder Judicial en una pléyade de instituciones (David Lovatón y Lilia Ramírez, "A cinco años del informe Ceriajus: la reforma judicial esquiva", *Themis. Revista de Derecho* 57 [2009]: 133-142).

política democrática, la 'refundación' del sistema de justicia, […] para lo cual resulta necesario impulsar cambios profundos en todo el sistema de justicia y no solo en el Poder Judicial o el Ministerio Público".

Resulta relevante revisar las propuestas que se hicieron en torno al CNM, que en proyectos anteriores no había sido objeto de mucha discusión. Al respecto, la Ceriajus propuso: i) eliminar el sistema de control interno, para constituir al CNM como el principal órgano de control (externo) de jueces y fiscales y ii) eliminar la "ratificación" de jueces y fiscales cada siete años.[11] Estas iniciativas, sin embargo, no fueron acogidas.

Asimismo, hubo varias otras iniciativas de reforma constitucional que venían anunciándose en años pasados, como la creación del Consejo de Gobierno del Poder Judicial, que sería el órgano encargado de la gestión del Poder Judicial y estaría integrado por magistrados y representantes de universidades y colegios profesionales de abogados. Así como propuestas de política jurisdiccional, como el establecimiento de una suerte de *certiorari* en el Tribunal Constitucional.[12] Estas propuestas de reforma constitucional tampoco tuvieron oportunidad de concretarse.

Mayor suerte tuvieron las iniciativas legislativas. Un importante ejemplo de ello es que, transcurridos cuatro años del informe final, el 7 de noviembre de 2008 se promulgó la primera Ley de Carrera Judicial del Perú (Ley 29277), hecho histórico que se elaboró sobre la base de las propuestas y los señalamientos de la Ceriajus.[13]

En este punto, sin embargo, es pertinente hacer una mención especial a los cambios ocasionados a raíz de los graves problemas de motivación de los que inicialmente adolecían las decisiones del CNM. En efecto, uno de los principales problemas a inicios de la primera década de 2000 es que el CNM no motivaba sus decisiones; lo que suponía en la práctica que varios jueces/fiscales fueran no ratificados sin expresión de causa. Ello generó, no solo sendas demandas de amparo, sino también peticiones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).[14]

---

[11] Vale precisar que la propuesta de eliminar la "ratificación" de jueces y fiscales ha sido un lugar común en adelante al hablar la reforma del CNM. No obstante, como veremos, el legislador ha insistido en incorporar tal función de "ratificación" al diseñar la actual Junta Nacional de Justicia.

[12] Esta propuesta consistía en específico en permitir que el Tribunal Constitucional pueda escoger discrecionalmente los procesos de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y de cumplimiento resueltos por el Poder Judicial que considere necesario revisar.

[13] Lovatón y Ramírez, "A cinco años del informe Ceriajus…", 137.

[14] Al respecto se pronunció en su oportunidad la Defensoría del Pueblo, a través de la Resolución Defensorial 038-2002/DP, publicada el 30 de noviembre de 2002, en que manifestó su preocupación sobre esta y otras irregularidades procedimentales, como la evaluación de magistrados que no habían cumplido aún siete años en ejercicio de sus funciones y la negativa a entregar información relativa a los procesos de ratificación, las cuales vulneraban los principios de dignidad de la persona, interdicción de la arbitrariedad y de publicidad. Ver también, para impulsar el debate sobre la reforma de la justicia en el Perú, Comisión de Profesores, *Selección, nombramiento, evaluación, ratificación y destitución de jueces y fiscales por el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM). Breve balance y algunas propuestas* (Lima: PUCP, 2014).

A raíz de ello, el Estado peruano celebró numerosos acuerdos de solución amistosa con exmagistrados que recurrían a la CIDH a denunciar que, al no haber sido ratificados por decisión sin expresión de causa del CNM, se afectaba su derecho a la motivación de las resoluciones.

En estos acuerdos, el Estado peruano reconoció que "no incorporó ciertas garantías de la Tutela Procesal Efectiva, particularmente la exigencia de resolución motivada, que debe ser observada en todo tipo de procedimiento".[15] Dichos acuerdos fueron homologados por la CIDH y, entre otros aspectos, incluyó lo relativo a la reincorporación de los magistrados no ratificados que recurrieron a dicha instancia supranacional.

A la par, el Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, fue adoptando una interpretación más garantista sobre el proceso de ratificación de jueces/fiscales, por ejemplo, interpretando que los magistrados no ratificados no estaban impedidos de postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público, al contrario de lo que podría interpretarse de una lectura literal del artículo 154, inciso 2 de la Constitución.[16] En esa línea jurisprudencial, en la sentencia del Caso Álvarez Guillén (STC Exp. 3361-2004-AA/TC), el Tribunal Constitucional reconoció que el CNM tenía el deber de motivar sus decisiones de ratificación de jueces/fiscales y, además, que los funcionarios evaluados tienen derecho a acceder a información referida a su procedimiento de ratificación; sin embargo, estos criterios fueron adoptados a través de un *prospective overruling*, lo que implicaba que dicha interpretación del Tribunal Constitucional solo aplicaría a casos posteriores a la publicación de su sentencia.

A raíz de ello se produjeron otra serie de demandas de amparo, de casos anteriores al precedente, en que los recurrentes reclamaban que se reconocieran sus derechos a la debida motivación de las resoluciones del CNM. Estos casos inspiraron la Sentencia Lara Contreras (STC Exp. 01412-2007-PA/TC) del 27 de abril de 2009, en que se dejó sin efectos el precedente Álvarez Guillén, para establecer como nuevo precedente que "todas las resoluciones evacuadas por el Consejo Nacional de la Magistratura, en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales deben ser

---

[15] CIDH, Informe 22/11, Petición 71-06 y otras, Solución Amistosa Gloria José Yaquetto Paredes y otros *vs.* Perú.

[16] En la sentencia recaída sobre el expediente 1941-2002-AA/TC, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el extremo del artículo 154, inciso 2 de la Constitución, que señalaba que los jueces/fiscales no ratificados "no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público". Al respecto, este Alto Tribunal sostuvo que "'La no ratificación no implica una sanción, por lo que la posibilidad de aplicar la prohibición de reingresar a la carrera judicial, en principio, es incongruente, no sólo con relación a la naturaleza de la institución de la ratificación, sino también con el ordinal 'd' inciso 24), del artículo 2.° de la Constitución, según el cual 'Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley'".

motivadas, *sin importar el tiempo en que se hayan emitido*" (tercer punto resolutivo) (énfasis agregado).[17]

Esa ha sido la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, aunque vale añadir que en el marco convencional ha resultado relevante la reciente sentencia de la Corte IDH en el Caso Lavy y otros *vs*. Perú. A este caso se hará referencia más adelante.

Ahora bien, volviendo a nuestro recuento, habría que indicar que esta discusión sobre las decisiones del CNM estuvo acompañada de una mayor preocupación por la idoneidad profesional, pero además moral, de los miembros de este órgano encargado de controlar precisamente las faltas de jueces y fiscales, y nombrarlos y ratificarlos en sus puestos. Así, por ejemplo, en un informe de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú sobre el CNM, se señalaba:

> … luego de casi dos décadas de funcionamiento del CNM, esta fórmula constitucional no solo no ha alejado la ilícita injerencia partidaria, sino que le ha sumado otra distorsión igual de grave: la ilícita influencia de redes de corrupción representadas, en ocasiones, por ciertos estudios de abogados.
>
> Según la información recibida, estas redes ilícitas inclusive han extendido su influencia a algunas facultades de Derecho y colegios profesionales. Muestra de ello es el mercado de títulos profesionales y grados académicos que se ha formado alrededor de los concursos de selección y nombramiento y de evaluación y ratificación.[18]

Estas denuncias se vieron agravadas ante casos mediáticos como sucedió, por ejemplo, cuando un conocido diario nacional difundió unos audios en que se podía oír a un miembro electo del CNM para el periodo 2015-2020, quien se jactaba de haber ganado "millones" en una universidad otorgando a los alumnos becas y recategorizaciones a cambio de dinero,[19] hecho que se sumaba a la progresiva pérdida

---

[17] En esta sentencia se sostuvo que el precedente Álvarez Guillen dejaba en desprotección a varios magistrados, sin ninguna justificación. Asimismo, que esto ya había sido reconocido incluso con anterioridad a dicho precedente por la Corte IDH. En contrapartida, merece la pena hacer referencia al voto singular de los magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos. Estos magistrados ratificaron la resolución del Caso Álvarez Guillén, y sostuvieron que tal sentencia "consideró pertinente por cuestiones de índole de política jurisdiccional (plazas para los jueces, o actualización de los mismos luego de su alejamiento) o económica (el desembolso por parte del Estado), que no pudiera darse el retorno inmediato de las personas y el pago de las remuneraciones devengadas, como se pretende en el proyecto en cuestión".

[18] Comisión de Profesores, *Selección, nombramiento, evaluación, ratificación y destitución*…

[19] Véase "Miembro electo del CNM no podrá jurar hasta que aclare denuncia", *El Comercio*, https://elcomercio.pe/politica/justicia/miembro-electo-cnm-podra-jurar-aclare-denuncia-386284-noticia/; "Defensoría pide a CNM anular decisión sobre Quispe Pariona", *El Comercio*, https://elcomercio.pe/politica/justicia/defensoria-pide-cnm-anular-decision-quispe-pariona-388946-noticia/.

de legitimidad del Poder Judicial y el Ministerio Público. Todo esto generaba un debilitamiento de la legitimidad institucional del CNM cada vez mayor, que terminó por detonar a la luz del conocido caso de los "CNM audios".

2. Crisis institucional: Caso "Cuellos Blancos del Puerto"

El 28 de julio de 2016 inició el mandato presidencial de Pedro Pablo Kuczynski, tras obtener una victoria en segunda vuelta contra la lideresa del partido político Fuerza Popular, Keiko Fujimori, quien obtuvo, sin embargo, mayoría en el Congreso.

Dadas las condiciones, el ambiente político era de una constante tensión entre el Poder Ejecutivo y el Congreso, lo que se tradujo en la negación de confianza al presidente del Consejo de Ministros Fernando Zavala y dos mociones de vacancia contra el presidente Kuczynski, por la causal de permanente incapacidad moral, la segunda de las cuales dio pie a la renuncia de este.

Ante esta dimisión, el ingeniero Martín Vizcarra asumió el cargo presidencial el 23 de marzo de 2018. No obstante, las tensiones entre el Congreso y el ahora gobierno de Vizcarra persistieron, con la singularidad de que ya se había producido una primera "crisis de gabinete" con la denegatoria de confianza al premier Zavala,[20] razón por la que una segunda denegatoria o censura que generara la crisis total del gabinete habilitaría al presidente para disolver el Congreso, conforme al artículo 134 de la Constitución.

Aparentemente, esta sería la razón por la cual pocos días antes de que Martín Vizcarra asumiera la presidencia, se realizó una reforma al artículo 86 del Reglamento del Congreso mediante la Resolución Legislativa 007-2017-2018-CR, que restringió fuertemente los alcances de la cuestión de confianza, dificultando así que se produzca una eventual disolución del Congreso.[21] Contra la precitada resolución se impulsó un proceso de inconstitucionalidad que culminó con una sentencia estimatoria que declaró la inconstitucionalidad de la Resolución 007-2017-2018-CR 0006-2018-PI/TC. Sobre estos hechos volveremos más adelante.

Ahora bien, es en este ambiente de conflictividad que con fecha 7 de julio de 2018, el conocido portal periodístico IDL-Reporteros hizo públicos una serie de audios que involucraban a un magistrado de la Corte Suprema, al presidente de la Corte

---

[20] Conforme al artículo 133 de la Constitución, el rechazo de confianza o censura al presidente del Consejo de Ministros produce la "crisis total del gabinete", lo que implica que el presidente de la República deberá designar un nuevo gabinete que lo reemplace (Francisco José Eguiguren, "La cuestión de confianza y la reciente sentencia del Tribunal Constitucional", *Ius et veritas* 57 (2019): 190-197). La consecuencia de dos crisis totales de gabinete abre la posibilidad de que el presidente pueda disolver constitucionalmente el Congreso (art. 134).

[21] Eguiguren, "La cuestión de confianza y la reciente sentencia del Tribunal Constitucional", 190-197; César Landa, "La cuestión de confianza y la disolución del Congreso peruano", *Parlamento y Constitución* 21 (2020): 41-82.

Superior del Callao y a tres miembros del CNM. Esta nota fue publicada bajo el título "Corte y corrupción" y recogía diferentes audios en que se podía evidenciar cómo miembros del Consejo Nacional de la Magistratura "cobraban" favores a distintos jueces.[22]

La revelación de este sonado caso de corrupción denominado mediáticamente como caso "CNM audios" o caso "Cuellos Blancos del Puerto"[23] demostraba la existencia de redes de corrupción en la administración de justicia, incluyendo al CNM, es decir, la existencia de una práctica organizada que involucraba a funcionarios de altas cortes del Poder Judicial; a miembros del CNM encargados de nombrar, ratificar y destituir a los jueces de dichas cortes; e incluso a empresarios, que concertaban reuniones de coordinación entre estos funcionarios.[24]

Este escenario, al que se sumaba el malestar debido al conocido caso de megacorrupción de la constructora brasileña Odebrecht, originó que el presidente Vizcarra anunciara en su mensaje a la nación el día 28 de julio de 2018, que presentaría una serie de proyectos de ley y de reforma constitucional destinados a realizar mejoras en el sistema de justicia y combatir la corrupción.[25] Uno de estos proyectos estaría concretamente dirigido a reformar la regulación constitucional del CNM.

Estas iniciativas, sin embargo, no fueron inmediatamente tramitadas por el Congreso, lo que ocasionó que el presidente Vizcarra anunciara la presentación de una cuestión de confianza de su gabinete para la aprobación de cuatro de las reformas que había presentado, una de ellas, la relativa a la reforma del CNM. En este punto, vale recordar que el gabinete Zavala ya registraba un primer rechazo de confianza, por lo que trascendía en medios que un rechazo a este gabinete podría ocasionar la disolución del Congreso.[26]

Sin embargo, pese a su dudosa constitucionalidad, la cuestión de confianza fue otorgada y el Congreso tramitó las reformas del Ejecutivo y, tras aprobarlas, las

---

[22] Puede leerse en "Corte y corrupción", *IDL-Reporteros*, https://www.idl-reporteros.pe/corte-y-corrupcion/.

[23] La Fiscalía denominó el caso como el de los "Cuellos Blancos del Puerto" haciendo referencia a los denominados *White Collar Crimes* (crímenes de cuello blanco), término acuñado por el criminólogo Edwin H. Sutherland para referirse a los crímenes cometidos por personas de alto estatus social; mientras que la alusión al "puerto" indica la asociación del caso con la Corte Superior del Callao, https://elcomercio.pe/politica/llama-cuellos-blancos-puerto-callao-noticia-ecpm-653419-noticia/.

[24] Instituto de Democracia y Derechos Humanos (IDEHPUCP), "Observatorio anticorrupción. Casos emblemáticos. CNM audios (Cuellos blancos del puerto)", 2020.

[25] "Gobierno presentó proyectos de ley para la reforma judicial", *El Comercio*, acceso el 4 de octubre de 2022, https://elcomercio.pe/politica/gobierno-presento-proyectos-ley-reforma-judicial-noticia-542796-noticia/?ref=ecr.

[26] "Vizcarra plantea cuestión de confianza por las cuatro reformas", *La República*, acceso el 4 de octubre de 2022, https://larepublica.pe/politica/1319849-vizcarra-plantea-cuestion-confianza-cuatro-reformas/.

sometió a referéndum, donde tres de los cuatro proyectos de reforma constitucional sometidos a consulta obtuvieron ratificación ciudadana.

No obstante, vale precisar que en el proceso de tramitación estos proyectos fueron sometidos a cambios considerables, ello al punto de que, a iniciativa del propio Ejecutivo, se llevó a cabo una campaña para votar en contra de uno de sus proyectos de reforma (sobre el retorno a la bicameralidad) por haber sido desnaturalizado.[27]

Estos proyectos fueron elaborados por la Comisión de Reforma del Sistema de Justicia, creada mediante la Resolución Suprema 142-2018-PCM, la cual estuvo conformada por destacados profesionales, composición que, sin embargo, fue cuestionada por no garantizar la representación institucional de ninguno de los órganos del sistema de justicia.[28] Fue esta Comisión la que elaboró el proyecto de reforma al Consejo Nacional de la Magistratura, que incorporaba cambios a los artículos 155 y 156 (sin nombrar a la posteriormente denominada Junta Nacional de Justicia). Algunas de las modificaciones propuestas y que no fueron acogidas por el Congreso, o fueron modificadas, son las siguientes:

1. Los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura son elegidos por concurso público de méritos por una Comisión Especial conformada por el presidente del Poder Judicial, quien la preside, el fiscal de la nación, el presidente del Tribunal Constitucional, el defensor del pueblo y el contralor general de la República (el proyecto del Congreso añade a esta propuesta la participación de un representante de las universidades públicas y otro representante de las universidades privadas).
2. Los miembros titulares del Consejo Nacional de la Magistratura son cinco (el proyecto del Congreso establece que los miembros serán siete).
3. La elección de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura garantiza una participación equilibrada de consejeros hombres y mujeres (disposición no acogida por el Congreso).

Otras reformas sí fueron acogidas integralmente, sin perjuicio de las que se añadieron, y fue a raíz de ello que se realizó el referéndum que se detalla en el siguiente apartado.

---

[27] "Referéndum en Perú: por qué el presidente Martín Vizcarra rechaza una reforma que él mismo propuso", *BBC News Mundo*, 7 de diciembre de 2018, acceso el 4 de octubre de 2022, https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-46460016.

[28] La precitada resolución suprema nombró como miembros de la Comisión a: Allan Wagner Tizón (quien la presidió), Delia Revoredo Marsano (exmagistrada del Tribunal Constitucional), Hugo Sivina Hurtado (expresidente de la Corte Suprema y del Jurado Nacional de Elecciones), Samuel Abad Yupanqui, Eduardo Vega Luna (exdefensor del Pueblo), Ana Teresa Revilla Vergara y Walter Albán Peralta (exdefensor del Pueblo). No obstante, ninguno de los mencionados profesionales era actual representante de estas instituciones.

3. La reforma constitucional del CNM. A tres años de la Junta Nacional de Justicia

Ante los sonados casos de corrupción antes comentados, se impulsó una célere reforma constitucional que empezó por crear un nuevo organismo que supliría las mismas funciones del antiguo CNM: la Junta Nacional de Justicia (JNJ). En el cuadro que se muestra a continuación presentamos las principales reformas realizadas.[29]

CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA (CNM)	JUNTA NACIONAL DE JUSTICIA (JNJ)
Artículo 150 El Consejo Nacional de la Magistratura se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando estos provengan de elección popular. El Consejo Nacional de la Magistratura es independiente y se rige por su Ley Orgánica.	**Artículo 150** La Junta Nacional de Justicia se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando estos provengan de elección popular. La Junta Nacional de Justicia es independiente y se rige por su Ley Orgánica.
Artículo 154 Son funciones del Consejo Nacional de la Magistratura: 1. Nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles. Dichos nombramientos requieren el voto conforme de los dos tercios del número legal de sus miembros. 2. Ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años. Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público. El proceso de ratificación es independiente de las medidas disciplinarias. 3. Aplicar la sanción de destitución a los vocales de la Corte Suprema y Fiscales Supremos y, a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias. La resolución final, motivada y con previa audiencia del interesado, es inimpugnable. 4. Extender a los jueces y fiscales el título oficial que los acredita.	**Artículo 154** Son funciones de la Junta Nacional de Justicia: 1. Nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles. Dichos nombramientos requieren el voto público y motivado conforme de los dos tercios del número legal de sus miembros. 2. Ratificar, con voto público y motivado, a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años y ejecutar, conjuntamente con la Academia de la Magistratura, la evaluación parcial de desempeño de los jueces y fiscales de todos los niveles cada tres años y seis meses. Los no ratificados o destituidos no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público. 3. Aplicar la sanción de destitución a los jueces de la Corte Suprema y fiscales supremos; y, de oficio o a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias. En el caso de los jueces supremos y fiscales supremos también será posible la aplicación de amonestación o suspensión de 120 días calendario, aplicando

[29] En el cuadro pueden apreciarse solamente aquellos artículos que tienen una modificación. Ello a excepción del artículo 150, que solo se transcribe para que el lector aprecie que las atribuciones del CNM y la JNJ son fundamentalmente las mismas.

CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA (CNM)	JUNTA NACIONAL DE JUSTICIA (JNJ)
	criterios de razonabilidad y proporcionalidad. La resolución final debe ser motivada y con previa audiencia del interesado. Tiene naturaleza de inimpugnable. 4. Registrar, custodiar, mantener actualizado y publicar el Registro de Sanciones Disciplinarias de Jueces y Fiscales. 5. Extender a los jueces y fiscales el título oficial que los acredita. 6. Presentar un informe anual al Pleno del Congreso.
Artículo 155 Son miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, conforme a la ley de la materia: 1. Uno elegido por la Corte Suprema, en votación secreta en Sala Plena. 2. Uno elegido en votación secreta, por la Junta de Fiscales Supremos. 3. Uno elegido por los miembros de los Colegios de Abogados del país, en votación secreta. 4. Dos elegidos, en votación secreta, por los miembros de los demás Colegios Profesionales del país, conforme a ley. 5. Uno elegido, en votación secreta, por los rectores de las universidades nacionales. 6. Uno elegido, en votación secreta, por los rectores de las universidades particulares. El número de miembros del Consejo Nacional de la Magistratura puede ser ampliado por este a nueve, con dos miembros adicionales elegidos en votación secreta por el mismo Consejo, entre sendas listas propuestas por las instituciones representativas del sector laboral y del empresarial. Los miembros titulares del Consejo Nacional de la Magistratura son elegidos, conjuntamente con los suplentes, por un periodo de cinco años.	**Artículo 155** La Junta Nacional de Justicia está conformada por siete miembros titulares seleccionados mediante concurso público de méritos, por un periodo de cinco años. Está prohibida la reelección. Los suplentes son convocados por estricto orden de mérito obtenido en el concurso. El concurso público de méritos está a cargo de una Comisión Especial conformada por: 1. el defensor del pueblo, quien la preside; 2. el presidente del Poder Judicial; 3. el fiscal de la nación; 4. el presidente del Tribunal Constitucional; 5. el contralor general de la República; 6. un rector elegido en votación por los rectores de las universidades públicas licenciadas con más de cincuenta años de antigüedad; 7. un rector elegido en votación por los rectores de las universidades privadas licenciadas con más de cincuenta años de antigüedad. La Comisión Especial debe instalarse, a convocatoria del defensor del pueblo, seis meses antes del vencimiento del mandato de los miembros de la Junta Nacional de Justicia y cesa con la juramentación de los miembros elegidos. La selección de los miembros es realizada a través de un procedimiento de acuerdo con la ley, para lo cual, la Comisión Especial cuenta con el apoyo de una Secretaría Técnica Especializada. El procedimiento brinda las garantías de probidad, imparcialidad, publicidad y transparencia.

CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA (CNM)	JUNTA NACIONAL DE JUSTICIA (JNJ)
Artículo 156 Para ser miembro del Consejo Nacional de la Magistratura se requieren los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema, salvo lo previsto en el inciso 4 del artículo 147º. El miembro del Consejo Nacional de la Magistratura goza de los mismos beneficios y derechos y está sujeto a las mismas obligaciones e incompatibilidades.	**Artículo 156** Para ser miembro de la Junta Nacional de Justicia se requiere: 1. Ser peruano de nacimiento. 2. Ser ciudadano en ejercicio. 3. Ser mayor de 45 años, y menor de 75 años. 4. Ser abogado: a. Con experiencia profesional no menor de 25 años; o b. haber ejercido la cátedra universitaria por no menos de 25 años; o c. haber ejercido la labor de investigador en materia jurídica por lo menos durante 15 años. 5. No tener sentencia condenatoria firme por delito doloso. 6. Tener reconocida trayectoria profesional y solvencia e idoneidad moral. Los miembros de la Junta Nacional de Justicia gozan de los mismos beneficios y derechos, y están sujetos a las mismas obligaciones e incompatibilidades que los jueces supremos. Su función no debe incurrir en conflicto de intereses y es incompatible con cualquier otra actividad pública o privada fuera del horario de trabajo. Salvo la docencia universitaria

Fuente: Elaboración propia.

Vale precisar que, como se analizó anteriormente, el proyecto de reforma constitucional del Ejecutivo inicialmente solo contemplaba la modificación del mecanismo de selección de integrantes del CNM, así como encargarle la revisión excepcional de los actos de su anterior composición.[30] No obstante, en la tramitación de la reforma en el Congreso se incorporaron nuevas modificaciones.

Ahora bien, yendo al contenido de la reforma, una de las primeras críticas que recibió esta iniciativa fue que, pese a que la creación de la JNJ respondía a un intento por combatir las redes de corrupción que recorren el sistema de justicia peruano, las propuestas de cambio estuvieron enfocadas en el CNM. En otras palabras, nuevamente se habría omitido la lógica sistémica de la reforma de justicia (que sí

[30] Javier Alonso de Belaúnde de Cárdenas, "Informe sobre la Junta Nacional de Justicia y la Autoridad Nacional de Control del Poder Judicial", en Junta Nacional de Justicia (JNJ): nueva oportunidad para la justicia en el Perú, coord. por David Lovatón, 273-288. (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2021), 278.

estuvo presente, por ejemplo, en las propuestas de la Ceriajus) para centralizarla en un solo organismo.[31]

Otro aspecto que llamó la atención fue que la reforma del CNM mantuvo el denominado modelo de "control mixto", en el que la potestad sancionadora y fiscalizadora es realizada tanto por un órgano externo al Poder Judicial y Ministerio Público (en este caso, la JNJ) como por un órgano interno como lo sería, por ejemplo, la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA). Al respecto, se ha señalado que hubiera sido deseable establecer un modelo de control completamente externo, encabezado por la JNJ, como de hecho se había propuesto desde los primeros intentos de reforma del sector justicia,[32] como pudimos revisar al inicio de este texto.

Otra de las iniciativas que se pusieron en discusión en proyectos de reforma anteriores (como la Ceriajus), pero que no fueron acogidos en esta ocasión, fue la propuesta de eliminar la función de ratificación de jueces y fiscales, que se indicó que podría afectar, en la práctica, la independencia de estos funcionarios.

Por último, una propuesta controvertida, desde una perspectiva constitucional, ha sido la referida a la Décima Disposición Complementaria Transitoria de la Ley 30916, Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia (LOJNJ), que estableció:

> La Junta Nacional de Justicia tiene un plazo no mayor de dieciocho (18) meses a partir de su instalación para proceder a revisar, de oficio o por denuncia, los nombramientos, ratificaciones, evaluaciones y procedimientos disciplinarios efectuados por los consejeros removidos por el Congreso de la República, conforme a la Resolución Legislativa del Congreso 016-2017-2018-CR, en los casos que existan indicios de graves irregularidades.

Sin duda, a la luz de esta disposición surgen una serie de cuestionamientos a nivel constitucional, dado que el artículo 142 de la Constitución establece: "No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces".

En virtud de lo anterior, cabe señalar también que la creación de la JNJ ha coadyuvado en buena medida a la institucionalización de procedimientos más rigurosos y transparentes. El gran avance es que se acoge la propuesta de conformar una comisión (Comisión Especial), conformada por altos funcionarios públicos,[33] que estará a cargo del concurso público de méritos para la elección de cada composición de la

---

[31] César Landa, Abraham Siles y David Lovatón, *Informe. Proyecto de reforma constitucional del CNM presentado por el señor Presidente de la República* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018).

[32] De Belaúnde, "Informe sobre la Junta Nacional de Justicia…", 281.

[33] Como se precisó anteriormente, se acoge la propuesta del Ejecutivo casi integralmente. Salvo que se incorpora a la Comisión Especial, además, a un representante de las universidades públicas y otro representante de las universidades.

Junta Nacional de Justicia. Mientras que, también se ha incidido en la promoción de un procedimiento transparente. Así, ya desde su Título Preliminar, la Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia (Ley 30916) establece como principios rectores de la Junta Nacional de Justicia y de la Comisión Especial los principios de transparencia[34] y de publicidad.[35] Esto se ve traducido en su articulado, por ejemplo, en el artículo 8 que establece que los votos y las calificaciones que emiten los miembros de la Junta Nacional de Justicia en los procedimientos de selección, nombramiento, ratificación y evaluación parcial de desempeño, procedimiento disciplinario, tachas, inhibición o cualquier otro acto de decisión tienen carácter público y deben ser motivados.

4. El Caso Cuya Lavy y otros *vs*. Perú

Adicionalmente, vale la pena precisar que en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) del 28 de setiembre de 2021, en el Caso Cuya Lavy y otros *vs*. Perú,[36] la Corte IDH estableció una serie de criterios que deberán observarse precisamente en los procedimientos de evaluación y ratificación de jueces/fiscales del CNM. A la magistratura no se accede por tiempo indefinido, sino por un lapso de siete años y su permanencia en el cargo dependerá de su ratificación por la JNJ. Para el Tribunal Constitucional, el proceso de ratificación "es un procedimiento administrativo, en el que se analiza su actuación y calidad de juez o fiscal, así como su conducta e idoneidad en el cargo".[37] En esa dirección, en la STC Exp. 01525-2003-AA/TC, la Segunda Sala de ese Tribunal, en el amparo promovido por el señor Cuya Lavy, declaró:

> … el derecho de permanecer en el servicio no es cronológicamente infinito o hasta que se cumpla una determinada edad, sino que está prefijado en el tiempo; esto es, por 7 años, culminados los cuales la permanencia en el servicio se encuentra sujeta a la conclusión de que el evaluado sea ratificado.

---

[34] Sobre el principio, la ley establece: "Toda información que genere, produzca o custodie la Junta Nacional de Justicia, la Comisión Especial, la Secretaría Técnica Especializada tiene carácter público y es accesible al conocimiento de toda persona natural o jurídica, salvo las excepciones establecidas por ley".

[35] Sobre el principio, la ley establece: "Todas las actividades y disposiciones de los órganos comprendidos en la presente ley se difunden a través de las páginas web institucionales respectivas, así como la utilización de tecnologías de la información con la finalidad de lograr la mayor accesibilidad posible".

[36] Este es un proceso seguido por dos jueces, un fiscal y una fiscal, quienes denunciaron que en su proceso de ratificación no se les permitió conocer previamente los actuados que sustentaron su no ratificación, así como el hecho de que esta decisión (no ratificación) no estuvo motivada.

[37] Véase STC Exp. 1333-2006-PA/TC, fundamento 14.

> […] la no ratificación constituye un voto de no confianza sobre la manera de cómo se ha ejercido el cargo para el que se nombró el magistrado durante 7 años […] se sustenta en un conjunto de indicios que, a juicio de los Consejeros del CNM, tornan inconveniente que se renueve la confianza para el ejercicio del cargo. […] La que se construye […] a partir de una convicción de conciencia expresada en un voto secreto, aunque sustentada en determinados criterios (cfr. La Ley Orgánica del CNM y su Reglamento); sin embargo, no comporta la idea de una sanción, sino en el retiro de la confianza en el ejercicio del cargo. […] la decisión que se tome en ejercicio de dicha competencia no requiere ser motivada.

Naturalmente, dado que la interpretación de la Corte IDH se inspiró en funciones que ahora son competencia de la JNJ, estas reglas también le son aplicables y exigibles. Entre los puntos resaltantes sobre las consideraciones de fondo de la sentencia de la Corte IDH se destacan los siguientes:

1. De la independencia judicial se derivan las garantías de la estabilidad e inamovilidad de juezas y jueces dirigida a salvaguardar su independencia, la cual resulta aplicable también a las y los fiscales en razón de la naturaleza de las funciones que ejercen, así como las garantías a un adecuado proceso de nombramiento y a ser protegidos contra presiones externas que amparan tanto la labor de las juezas y los jueces como de las y los fiscales (párr. 123).
2. La garantía de estabilidad e inamovilidad en el cargo, para las juezas, los jueces y los y las fiscales implica, a su vez, i) que la separación de sus cargos deba obedecer exclusivamente a causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque han cumplido el término de su mandato; ii) que los jueces, las juezas, los y las fiscales solo pueden ser destituidos o destituidas por faltas de disciplina grave o incompetencia; y iii) que todo proceso deberá resolverse de acuerdo con las normas de comportamiento judicial establecidas y mediante procedimientos justos que aseguren la objetividad e imparcialidad según la Constitución o la ley (párr. 129).
3. En un proceso de evaluación o ratificación, en tanto involucra la posibilidad de destitución de los funcionarios evaluados en casos de incompetencia o bajo rendimiento, le son aplicables las garantías del debido proceso propias de los procesos disciplinarios (es materialmente sancionatorio), aunque su alcance pueda ser de diferente contenido o intensidad (párrs. 132 y 134).
4. El deber de motivar las decisiones es una garantía que se desprende del artículo 8.1 de la Convención, vinculada a la correcta administración de justicia. La argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos debe permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión (párrs. 136 y 137).

5. La *falta de motivación* en las resoluciones que dispongan la no ratificación de jueces/fiscales transgrede el derecho a la honra y dignidad de los agraviados, ya que, al no conocerse las razones de su desvinculación, estos podrían ser señalados como funcionarios que no fueron ratificados por su inconducta o incapacidad (párr. 149).
6. Los procedimientos de ratificación de jueces/fiscales deben respetar el "derecho a conocer previa y detalladamente la acusación formulada". Esto implica que antes del dictado de la resolución de ratificación, los jueces/fiscales deberán poder conocer el informe que será usado como fundamento para determinar su permanencia (o no) en el cargo (a efectos de que puedan ejercer su defensa oportunamente) (párr. 157).
7. La normativa aplicable en el caso al momento del dictado de las resoluciones de no ratificación del CNM contra las presuntas víctimas impedía la revisión judicial en materia de evaluaciones y ratificaciones de las juezas, los jueces y las y los fiscales, las decisiones eran inimpugnables en la sede administrativa e irrecurribles en sede judicial, lo que resultaba incompatible con la Convención Americana (párr. 182).

La Corte IDH, además, sostiene que aún se mantiene la prohibición de que los magistrados no ratificados puedan reingresar al Poder Judicial y al Ministerio Público,[38] pese a que el Estado peruano señaló reiteradamente que el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 8 de enero de 2006,[39] indicó que no se puede impedir el derecho de los magistrados no ratificados a postular nuevamente al Poder Judicial y al Ministerio Público. Por ello, dispuso como reparación en su modalidad de medida de no repetición que el Estado adopte las medidas legislativas o de otro carácter para adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en lo relativo a la reincorporación de los magistrados no ratificados al Poder Judicial o al Ministerio Público, y a la posibilidad de recurrir las decisiones mediante las cuales se determine la no ratificación de un magistrado.[40] Mientras ello no ocurra, señala la Corte IDH, el Estado debe ejercer un *control de convencionalidad ex officio* (párrs. 205-206):

> 206. Debido a lo anterior, la Corte considera que es necesario que el Estado adopte las medidas legislativas o de otro carácter para adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en la Convención Americana, de conformidad con lo resuelto en la presente sentencia en lo relativo a la reincorporación de los magistrados no ratificados al Poder Judicial o al Ministerio Público y a la posibilidad de recurrir las decisiones mediante las cuales se determine la no

[38] Establecido en el artículo 154, inciso 2, de la Constitución.

[39] STC Exp. 1333-2006-PA/TC.

[40] Establecido en el artículo 142 de la Constitución.

> ratificación de un magistrado. Ello implica que el Estado debe adoptar dichas medidas en un plazo razonable. Independientemente de las reformas que deba adoptar el Estado, mientras estas no se produzcan, las autoridades estatales están en la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, las autoridades internas deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Constitución.

En virtud de esta sentencia de la Corte IDH, con fecha 7 de enero de 2022, se hizo público un pronunciamiento del Pleno de la Corte Suprema de la República, en el marco de la convocatoria para el inicio de los procedimientos de evaluación y ratificación de jueces/fiscales de la JNJ. En este pronunciamiento, el pleno solicitó a la JNJ que "se *suspenda* el procedimiento de ratificación nacional, se adapten sus disposiciones a lo establecido por la Corte IDH y se proceda a los cambios normativos, a todo nivel, incluso constitucional y legal orgánico, a cargo del Congreso"[41]. A este llamado se sumaron los/las 35 presidentes/as de las Cortes Superiores de Justicia del Perú, con un comunicado del 10 de enero.[42]

Dentro de lo positivo habría que decir que este caso despierta un saludable interés en adecuar estos procedimientos institucionales, no solo al marco constitucional, sino también interamericano en atención a los pronunciamientos de la Corte IDH. Ello, pese a que una línea de opinión ha sostenido que muchos de los argumentos esgrimidos desde el Poder Judicial no justifican la suspensión del proceso de ratificaciones,[43] pues el Caso Cuya Lavy y otros *vs*. Perú ciertamente reconoce la legitimidad de las ratificaciones de jueces/fiscales, siempre que se respeten ciertas garantías, que parecen estar presentes en el Reglamento del JNJ. Mientras que, si bien es deseable o necesaria una reforma constitucional para adecuar ciertos artículos constitucionales a los estándares convencionales, corresponde resaltar que ya el Tribunal Constitucional, a través de sentencias interpretativas que son de observancia obligatoria, ha venido tratando de superar determinadas falencias vinculadas al deber de motivación de las resoluciones del anterior CNM.

---

[41] Poder Judicial del Perú, Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Plena, https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/38493c0045890f6f8615ce807c1f73f9/COMUNICADO+SALA+PLENA+CORTE+SUPREMA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=38493c0045890f6f8615ce807c1f73f9.

[42] Poder Judicial del Perú, Pronunciamiento de los/las 35 presidentes/as de las Cortes Superiores de Justicia del Perú, sobre los procedimientos de ratificación iniciados por la Junta Nacional de Justicia, https://www.rpa.pe/media/acctualidades-pdf/PRONUNCIAMIENTO_35_Presidente_de_Cortes.pdf.

[43] Véase Javier Alonso de Belaunde, "¿Suspender la ratificación de magistrados?", *Perú 21*, 19 de enero de 2022, https://peru21.pe/opinion/javier-alonso-de-belaunde-opinion-suspender-la-ratificacion-de-magistrados-noticia/.

Coincidimos con el planteamiento de que el procedimiento de ratificación debería ser sustituido por un proceso de evaluación que no tenga naturaleza sancionatoria.[44] De por medio se encuentra la obligación del Estado de cumplir con lo ordenado en la sentencia de la Corte IDH, así que el debate gira en torno a la necesidad de adecuar la normativa interna sobre la materia a los estándares plasmados en la sentencia (por ejemplo, el que los magistrados solo puedan ser destituidos por faltas de disciplina graves o incompetencia), más allá de las reparaciones propiamente dichas. Ello supone analizar en qué medida la regulación actual cumple o no con los mencionados estándares.

Finalmente, más allá de este debate –que aún persiste–, el caso Cuya Lavy nos lleva a reflexionar sobre la importancia de realizar una reforma integral y rigurosa del sistema de justicia, pues resulta bastante debatible que, pese a haberse realizado una reciente reforma constitucional con referéndum ciudadano, este proceso no haya servido para introducir cambios sustanciales en la institución concreta en la que se enfocó. ¿Se trata del mito del eterno retorno o de la reforma imposible?

Bibliografía

Castillo Córdova, Luis. "La inconstitucionalidad (e inconvencionalidad) del proceso de ratificación de jueces". *Gaceta Constitucional*, n.º 171 (2022): 32.

Comisión de Profesores. *Selección, nombramiento, evaluación, ratificación y destitución de jueces y fiscales por el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM). Breve balance y algunas propuestas*. Lima: PUCP, 2014.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe 22/11, Petición 71-06 y otras, Solución Amistosa Gloria José Yaquetto Paredes y otros *vs.* Perú.

"Corte y corrupción". *IDL-Reporteros.* https://www.idl-reporteros.pe/corte-y-corrupcion/.

De Belaúnde de Cárdenas, Javier Alonso. "Informe sobre la Junta Nacional de Justicia y la Autoridad Nacional de Control del Poder Judicial". En *Junta Nacional de Justicia (JNJ): nueva oportunidad para la justicia en el Perú*. Coordinado por David Lovatón, 273-288. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2021.

De Belaúnde, Javier Alonso. "¿Suspender la ratificación de magistrados?". *Perú 21*, 19 de enero de 2022. https://peru21.pe/opinion/javier-alonso-de-belaunde-opinion-suspender-la-ratificacion-de-magistrados-noticia/.

"Defensoría pide a CNM anular decisión sobre Quispe Pariona". *El Comercio.* https://elcomercio.pe/politica/justicia/defensoria-pide-cnm-anular-decision-quispe-pariona-388946-noticia/.

[44] Luis Castillo Córdova, "La inconstitucionalidad (e inconvencionalidad) del proceso de ratificación de jueces", *Gaceta Constitucional*, n.º 171 (2022): 32.

Eguiguren, Francisco José. "El Consejo Nacional de la Magistratura". *Derecho & Sociedad* 16 (2001): 49.

Eguiguren, Francisco José. "La cuestión de confianza y la reciente sentencia del Tribunal Constitucional". *Ius et veritas* 57 (2019): 190-197.

García Toma, Víctor. "El Consejo Nacional de la Magistratura". *Ius et Veritas* 24, n.º 53 (2016): 305.

"Gobierno presentó proyectos de ley para la reforma judicial". *El Comercio*, acceso el 4 de octubre de 2022. https://elcomercio.pe/politica/gobierno-presento-proyectos-ley-reforma-judicial-noticia-542796-noticia/?ref=ecr.

Instituto de Democracia y Derechos Humanos (IDEHPUCP). "Observatorio anticorrupción. Casos emblemáticos. CNM audios (Cuellos blancos del puerto)", 2020.

Landa, César. *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, 3.ª ed. Lima: Palestra, 2007.

Landa, César, Abraham Siles y David Lovatón, *Informe. Proyecto de reforma constitucional del CNM presentado por el señor Presidente de la República.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018.

Landa, César. "La cuestión de confianza y la disolución del Congreso peruano". *Parlamento y Constitución* 21 (2020): 41-82.

Lovatón, David y Lilia Ramírez. "A cinco años del informe Ceriajus: la reforma judicial.

Lovatón, David. *Sistema de justicia en el Perú*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2017.

"Miembro electo del CNM no podrá jurar hasta que aclare denuncia". *El Comercio.* https://elcomercio.pe/politica/justicia/miembro-electo-cnm-podra-jurar-aclare-denuncia-386284-noticia/.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Minjus). Decreto Supremo 018-2001-JUS por medio del cual se crea la Comisión de Estudio de las Bases para la Reforma Constitucional en el Perú.

Pásara, Luis. *Una reforma imposible. La justicia latinoamericana en el banquillo*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2014.

"Referéndum en Perú: por qué el presidente Martín Vizcarra rechaza una reforma que él mismo propuso". *BBC News Mundo*, 7 de diciembre de 2018. Acceso el 4 de octubre de 2022. https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-46460016.

"Vizcarra plantea cuestión de confianza por las cuatro reformas". *La República*, acceso el 4 de octubre de 2022. https://larepublica.pe/politica/1319849-vizcarra-plantea-cuestion-confianza-cuatro-reformas/.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXVIII, BOGOTÁ, 2022, PP. 109-120, ISSN 2346-0849

Diana Fajardo Rivera* **(Colombia)**

La Corte Constitucional colombiana: intervenciones y desafíos ante reformas constitucionales relevantes con impacto en la administración de justicia en Colombia

The Colombian Constitutional Court: interventions and challenges in the face of relevant constitutional reforms with an impact on the administration of justice in Colombia

Das kolumbianische Verfassungsgericht: Interventionen und Herausforderungen angesichts relevanter Verfassungsreformen mit Auswirkungen auf die Rechtspflege in Kolumbien

Introducción

En atención a los objetivos trazados para el eje sobre reformas constitucionales y su incidencia en los tribunales, cortes y salas constitucionales de la región, en esta ponencia comenzaré por presentar algunos datos relevantes, de orden sustantivo e institucional, que permiten una comprensión general del contexto constitucional colombiano. A continuación, introduciré de manera especial dos reformas constitucionales recientes que impactaron, desde diferentes perspectivas, el funcionamiento de la Rama Judicial, y describiré la intervención que la Corte Constitucional efectuó respecto de cada una de ellas. Por último, con fundamento en estos dos apartados iniciales, presentaré algunas ideas que, espero, contribuyan a mostrar caminos para la continuación de la discusión alrededor del asunto propuesto.

* Magistrada y vicepresidenta de la Corte Constitucional de Colombia (2021-2022).

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

1. Aspectos por destacar de la Constitución Política colombiana de 1991

La Constitución Política de 1991 pudo ser la sexagésima octava enmienda a la Constitución nacional de 1886.[1] No obstante, la existencia de un verdadero *momento constituyente*[2] favoreció la promulgación de una nueva carta fundamental, trazada como un pacto de paz, inspirada en la ética de los derechos humanos y promotora de una senda hacia la consolidación de una democracia participativa y pluralista.

En 1987, a pocos años de la cumbre de dicho *momento,* la comprensión que desde la academia se realizaba sobre nuestra historia normativa constitucional no podía ser más desalentadora. Las *constituciones* habían sido cartas de batalla, y sus *enmiendas* batallas por la carta, "El proceso de construcción nacional ha sido reducido y absorbido por la tradición constituyente, y la tradición constituyente no ha sido más que una batalla interminable entre élites y partidos, cartas y enmiendas", afirmaba el catedrático Hernando Valencia Villa.[3] El derecho, entonces, no parecía estar muy lejos de ser lo que algunos sentenciaron, un instrumento de dominación.

No obstante, de la profunda crisis política y social que asfixiaba y pretendía acallar a todo un país, emergió el constituyente primario; un movimiento del que las voces estudiantiles fueron su motor, y la *séptima papeleta* el punto de inflexión que condujo a la acción de una asamblea nacional constituyente. Los estudiantes convocaron a la ciudadanía a introducir, en las elecciones que se llevaron a cabo en el año 1990, un tarjetón adicional a los seis inicialmente programados, cuya significación fue la decidida voluntad por dibujar un nuevo rumbo constitucional. El estremecimiento de las urnas, que no fue cuantificado, rindió sus frutos. Ante una Constitución centenaria que enmudeció al llamado ciudadano, pues no preveía reglas para dicho momento, el Ejecutivo actuó. Paradójicamente, en ejercicio de las facultades propias del estado de sitio, reconoció mediante decretos legislativos lo dicho por el pueblo y dispuso la convocatoria de la asamblea, aunque limitada en su labor, dado que previó los temas sobre los que podía pronunciarse y los que le estaban vedados.

Para dicho momento, sin embargo, faltaba un actor clave. La Corte Suprema de Justicia en pleno, previa ponencia de su Sala Constitucional, consideró que el constituyente primario no podía tener demarcaciones, por lo cual declaró, por una mayoría bastante apretada, la inexequibilidad de los límites impuestos por el

---

[1] Para el año 1990, aunque se habían realizado 67 reformas a la Constitución nacional de 1886, las derogatorias de algunas de ellas y la declaratoria de inconstitucionalidad de dos adicionales por la Corte Suprema de Justicia, que entonces fungía como *tribunal constitucional*, es posible afirmar que permanecían algo más de 50 reformas vigentes.

[2] En el sentido expuesto por Bruce Ackerman, *We the people: Foundations* (Cambridge: Harvard University Press, 1991).

[3] Hernando Valencia Villa, *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano* (Bogotá: Cerec, 1987), 198.

Ejecutivo.[4] Así, lo que surgió como el preludio de una *reforma*, mutó a una nueva Constitución,[5] esta vez ajena a la idea de una *carta de batalla* y, por el contrario, cercana a una aspiración fundamental: materializar un pacto de paz.

El texto entregado por la Asamblea en 1991 incluyó i) una amplia carta de derechos, acompañada de sus garantías, entre ellas la acción de tutela; y ii) una institucionalidad que, bajo el principio de separación del ejercicio del poder, pero con controles recíprocos, pretendió robustecer la Rama Judicial. En este sentido, entre otros aspectos, creó la Corte Constitucional, como tribunal jurisdiccional, a la que se le concedió la misión de guardar la integridad y supremacía de la Constitución;[6] y diseñó un tribunal, el Consejo Superior de la Judicatura, con el objeto, en particular de su Sala Administrativa, de asumir el gobierno y la administración de la Rama Judicial con miras a garantizar su independencia y autonomía.

El ejercicio de la Corte Constitucional, no exento de críticas –por supuesto, bienvenidas en sociedades que transitan a una democracia cada vez más robusta–, inició con el sustrato democrático derivado de su origen, pero con la indudable necesidad de construir su propia legitimidad, a partir de sus decisiones. La Corte Constitucional, aunque no exclusivamente, tiene a su cargo honrar que este texto fundante

---

[4] Sentencia 138 del 9 de octubre de 1990, Revisión constitucional del Decreto Legislativo 1926 de 1990, https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30014406. Durante el periodo en que la Corte Suprema de Justicia actuó como guardiana de la Constitución, en vigencia de la Constitución de 1886 y, en particular, a partir de la reforma introducida en el año 1910, intervino en dos ocasiones fundamentales para declarar la inconstitucionalidad, por vicios de trámite, de actos que tenían por objeto realizar reformas constitucionales con impacto en la administración de justicia. i) El primer pronunciamiento recayó en el Acto Legislativo 02 de 1977, que creaba la *pequeña constituyente* y tenía por objeto crear una asamblea para, entre otros temas, reformar la jurisdicción constitucional. Este acto, sin embargo, fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 5 de mayo de 1978, decisión en la que por primera vez se asumió el control judicial de una reforma constitucional sin que, expresamente, la Constitución confiriera dicha atribución. ii) El segundo pronunciamiento se efectuó sobre el Acto Legislativo 1 de 1979, que incluyó una transformación de la administración de justicia a partir de la creación del Consejo Superior de la Judicatura y, entre otros temas más, el fortalecimiento de la Sala Constitucional que integraba la Corte Suprema de Justicia. No obstante, esta reforma también se declaró inexequible a través de la Sentencia 57 del 3 de noviembre de 1981. Al respecto, se ha sostenido que con esta decisión la Corte Suprema de Justicia "daba pie a que muchos percibieran que el país había caído en un *gobierno de los jueces*". Véase Mario Alberto Cajas Sarria, "La construcción de la justicia constitucional colombiana: una aproximación histórica y política, 1910-1999", *Precedente* 7 (2015): 109-152.

[5] Cuya redacción fue encargada a setenta personas elegidas popularmente –provenientes de una amplia gama de sectores– y cuatro personas, exintegrantes de grupos o movimientos que confrontaban con el Estado, que tuvieron voz, pero no voto.

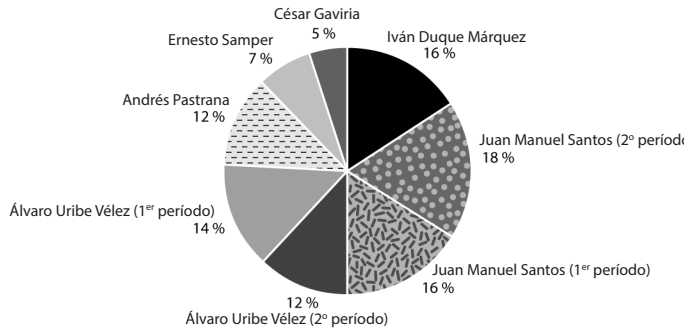
[6] Con la Constitución Política de 1991 se concretó lo que algunos académicos y voces políticas pedían, por lo menos, desde 1968: la creación de un *tribunal constitucional* independiente del *tribunal de casación*. Sobre los antecedentes de la Corte Constitucional en el constitucionalismo colombiano, véase Mario Alberto Cajas Sarria, *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991. Tomo II: Del Frente Nacional a la Asamblea Constituyente, 1958-1991* (Bogotá: Universidad de los Andes y Universidad Icesi, 2015).

no solo no fue expresión de quienes se esforzaron por contener el cambio, sino que, por el contrario, es testimonio de dicho cambio, del clamor de una sociedad diversa que se manifestó en contra de la exclusión y en favor de la imperiosa necesidad de ser cobijada, sin excepción, bajo el manto de la *dignidad* y la *justicia*.

Para ello, como bien lo anotaron algunos integrantes de la Corte Constitucional en el año 1992, el texto no es suficiente, pues, aunque "la Asamblea Nacional Constituyente […] hizo un esfuerzo sin precedentes por acercar la Constitución a los ciudadanos", su promulgación "no […] basta para cambiar la realidad, se necesita, además, que los jueces tengan la voluntad de aplicarla; que los jueces crean en ella".[7]

Ahora bien, durante estos más de 30 años es importante hacer notar que la Constitución Política ha sido enmendada o reformada en cincuenta y siete (57) oportunidades a través de actos legislativos proferidos por el Congreso.[8]

Gráfica 1. Actos legislativos aprobados por periodo presidencial: porcentaje



De estas reformas:

- En seis ocasiones la Corte Constitucional ha intervenido para declarar su inexequibilidad total, por ejemplo, ante la creación de un Tribunal de Garantías Penales para juzgar a miembros de la Fuerza Pública (Acto Legislativo 02 de 2012, Sentencia C-740 de 2013) o ante la previsión de la pena de prisión perpetua revisable para quienes afectaran la vida e integridad sexual de menores de 18 años (Acto Legislativo 01 de 2020, Sentencia C-294 de 2021).[9]

---

[7] Salvamento de voto suscrito, conjuntamente, por los magistrados Ciro Angarita Barón, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero, Sentencia C-543 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

[8] De los 57 que en total se han aprobado, uno de ellos, el Acto Legislativo 1 de 2004, fue consecuencia de un referendo constitucional. Los demás han tenido trámite integral en el Congreso de la República.

[9] Además de los mencionados, se declararon inexequibles los siguientes actos legislativos: 02 de 2003, reforma constitucional para enfrentar el terrorismo, Sentencia C-816 de 2004; 01 de 2008, reforma sobre la carrera administrativa de servidores públicos, Sentencia C-588 de

- En la segunda presidencia de Juan Manuel Santos Calderón se adoptó el mayor número de actos legislativos hasta ahora, un total de diez para un porcentaje del 18%; sin embargo, cinco reformas constitucionales son transitorias para la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, resultado de las negociaciones de paz sostenidas por el Gobierno nacional y la exguerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC).
- Así mismo, varias reformas, con mayor o menor intensidad, se han referido a asuntos relacionados con la justicia, desde aspectos sustanciales hasta institucionales. De estas se destacan por lo menos cuatro que recayeron sobre el sistema penal colombiano, para *adecuarlo* al modelo con tendencia acusatoria, *garantizar* la impugnación de la primera sentencia condenatoria e *incorporar* el sistema de justicia transicional –inicial– en el año 2012. En este contexto, las reformas a las que me referiré más adelante presentarán un panorama más amplio de este impacto.

También es importante destacar que, conforme a la base de datos del Congreso de la República, se han presentado 567 iniciativas de reforma constitucional desde el año 1991, las cuales, sin embargo, no han superado el trámite legislativo. De estas, entre los años 2010 y 2021 han existido aproximadamente 50 propuestas que se enfocan en diferentes medidas vinculadas a la Administración de Justicia, como la i) configuración del sistema de justicia transicional; ii) la estructura institucional de la Rama Judicial, con propuestas de reformar el sistema de gobierno y administración; y asuntos más centrados en iii) formas y requisitos para el nombramiento y ejercicio de algunos de los funcionarios de instituciones pertenecientes a la Rama Judicial, así como sus competencias propias y ajenas a la materia jurisdiccional (como las electorales).

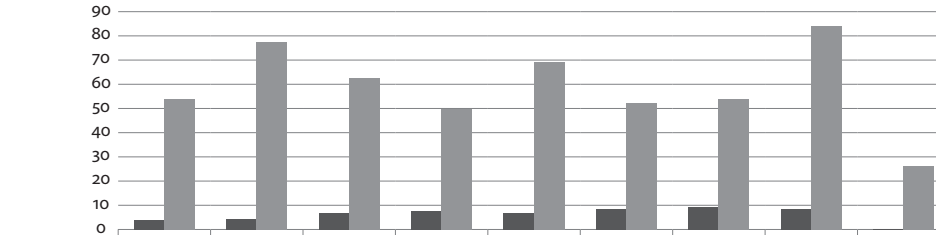
Teniendo en cuenta los intentos de reforma constitucional es importante advertir que solo aproximadamente el 10% de las propuestas han culminado con la expedición de un acto legislativo (57 reformas constitucionales de 567 intentos de reforma constitucional). En la gráfica 2 se esquematizan algunas de estas cifras.

Ahora bien, el control de constitucionalidad que la Corte ha asumido para reformas constitucionales ha encontrado en el *juicio de sustitución* una herramienta fundamental.[10] Para la Corte, salvo la asamblea constituyente con competencia general o absoluta, los mecanismos de reforma constitucional convocan al Congreso de la República o al Pueblo como poderes constituyentes derivados y, en particular, no como poder constituyente originario cuando quien actúa es el Pueblo mismo; por lo cual, su *competencia* no es la de *sustituir* o *suprimir o derogar* la Constitución, sino la de *reformarla.*

2009; 01 de 2011, reforma sobre el régimen de conflicto de intereses de los congresistas, Sentencia C-1056 de 2012; 04 de 2011, sobre carrera administrativa, Sentencia C-249 de 2012.

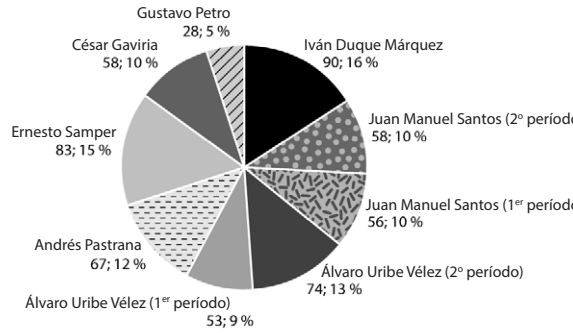
[10] Su construcción inició en la Sentencia C-551 de 2003.

Gráfica 2. Síntesis de actos legislativos aprobados y no aprobados por periodos presidenciales



	César Gaviria	Ernesto Samper	Andrés Pastrana	Álvaro Uribe 1er período	Álvaro Uribe 2o período	Juan Manuel Santos 1er período	Juan Manuel Santos 2o período	Iván Duque	Gustavo Petro
Actos legislativos aprobados	3	4	7	8	7	9	10	9	0
Propuestas de acto legislativo	58	83	67	53	74	56	58	90	28

Gráfica 3. Propuestas de acto legislativo no aprobadas: número/porcentaje



Nota: los datos sobre el número de reformas presentadas y no aprobadas se soportan en el listado realizado por el Senado de la República: https://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-de-acto-legislativo. Dentro de esta cifra se cuentan los proyectos archivados. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que algunos proyectos fueron retirados en una legislatura y presentados en la(s) próxima(s), por lo cual, por materia, el número total puede descender. Aunado a ello, algunos proyectos archivados fueron acumulados a otros que, incluso, sí se aprobaron como acto legislativo. Los números, entonces, hacen parte de un trabajo inicial que toma los datos *brutos* aportados por dicha página y que invitan a una reflexión y estudio más profundo.

A partir de esta idea fundamental, y pese a la inexistencia de cláusulas pétreas o de intangibilidad en términos axiológicos, y a que la Constitución asigna a la Corte Constitucional una competencia de revisar estos actos reformatorios solamente por vicios de procedimiento en su formación,[11] la Corte ha considerado que le corresponde examinar la existencia de vicios competenciales respecto del poder de reforma, a partir de afirmar la existencia de *ejes transversales* o *definitorios* que le dan identidad a la carta política, los cuales, de ser sustituidos integral o parcialmente, la afectan en sí misma, pues la convierten en algo completamente diferente a lo construido por el Constituyente de 1991. De verificarse esto último, en consecuencia, la

[11] Constitución Política, artículos 241, numerales 1 y 2, y 379.

Corte Constitucional está habilitada para expulsar del ordenamiento superior la pretendida reforma.

Este juicio es el que, precisamente, ha sido utilizado en las reformas a las que a continuación me referiré.

2. En defensa de la Constitución: la independencia y autonomía judicial puestas a prueba

El 1º de julio de 2015, el Congreso de la República adoptó el Acto Legislativo 02 de 2015 o reforma de *equilibrio de poderes y reajuste institucional*, que, entre otros cometidos, dispuso la supresión de la reelección presidencial y, en lo que es de nuestro mayor interés,[12] estableció un nuevo modelo de gobierno y administración de la justicia.

La reforma propuso suprimir el Consejo Superior de la Judicatura, en sus dos salas. En particular, *reemplazó* su *Sala Administrativa* por dos nuevos órganos: el *Consejo de Gobierno Judicial y la Gerencia de la Rama Judicial*, con la pretensión de superar los inconvenientes generados con el funcionamiento del anterior diseño.[13] Previó: primero, la integración del *Consejo de Gobierno* a partir de dos tipos de perfiles; de un lado, cinco personas provenientes de la Rama Judicial (los tres presidentes de las altas cortes, un representante de los magistrados de tribunales y juzgados, y un representante de los empleados de la Rama Judicial); y, del otro lado, cuatro personas con un perfil técnico (el gerente de la Rama Judicial, y tres miembros permanentes de dedicación exclusiva, nombrados por los demás integrantes del Consejo). Segundo, la consideración de la Gerencia de la Rama Judicial como

[12] Esa reforma, además, dispuso la creación de una Comisión de Aforados, que tenía por objeto sustraer de las cámaras del Congreso de la República la investigación y el juzgamiento de algunos altos funcionarios –en particular magistrados de altas cortes y el fiscal general de la nación–, para trasladarlos a una instancia integrada por cinco miembros elegidos por el Congreso en Pleno. En la Sentencia C-373 de 2018, la Corte Constitucional declaró su inexequibilidad, en razón de que sustituyó el eje de separación de poderes y la autonomía e independencia de la Rama Judicial, en tanto afectaba el sistema de controles interorgánicos delicadamente ponderado por el constituyente y que tenía por objeto armonizar funciones del Congreso de la República en relación, no solo con el presidente de la República como cabeza del Ejecutivo, sino con otros altos funcionarios.

[13] De acuerdo con lo explicado en la Sentencia C-285 de 2016, las siguientes fueron las falencias puestas de presente ante la Corte Constitucional: i) la ausencia de diálogo y de comunicación efectiva entre las instancias jurisdiccionales propiamente dichas, y las instancias de gobierno y administración de la Rama Judicial; ii) la presunta falta de transparencia en la conducción de la Rama Judicial porque, entre otros motivos, no contaba con un mecanismo de rendición de cuentas; y iii) la presunta incompetencia de la Sala Administrativa del Consejo Superior del Judicatura para asumir la misión constitucional asignada, entre otros motivos, porque sus integrantes eran magistrados –con perfil de abogados– sin las competencias requeridas para una instancia como esta.

un órgano subordinado del Consejo de Gobierno Judicial, a cargo de un gerente, nombrado por el mismo Consejo; y, tercero, la posibilidad de que, a través de una ley estatutaria, se estableciera la intervención en las reuniones del Consejo de Gobierno Judicial, respecto de temas específicos, de funcionarios pertenecientes, por ejemplo, al Poder Ejecutivo –como ministros de despacho– y del fiscal general de la nación.

Para la Corte Constitucional, el diseño propuesto no atendió a un elemento definitorio de la Constitución prevista en el año 1991: el autogobierno judicial, expresión y presupuesto del principio de separación del ejercicio del poder y de los principios de independencia y autonomía judicial. Para ello, recordó que i) la independencia en el caso de la Rama Judicial adquiere características especiales, pues no solo exige la *abstención de interferencias indebidas en la labor de administrar justicia,* sino que es predicable de cada operador de justicia y de la labor jurisdiccional en sí misma considerada, para cuyo ejercicio requiere garantías de neutralidad e imparcialidad; ii) la autonomía exige capacidad de *autogestión,* pero esta también se inscribe en un escenario especial, por la estructura orgánica de la Rama Judicial, ajena a las relaciones de jerarquía –salvo la funcional– y porque la dimensión de gobierno involucra el mandado de administración de justicia pronta y cumplida. Por las condiciones e implicaciones expuestas, agregó que iii) el modelo de autogobierno exigía una característica esencial: *ser endógeno*, esto es, que permitiera identificar y separar el ejercicio de la función jurisdiccional, de un lado, de la función de gobierno y administración, del otro.

Por oposición a dicho esquema la reforma introducida, entre otros aspectos, i) no mantenía la distinción entre función jurisdiccional y función de gobierno y administración, al estar integrado el Consejo de Gobierno Judicial por funcionarios y empleados de la Rama Judicial, representantes de sus intereses sectoriales o gremiales; ii) no garantizaba tampoco la prohibición de influencia externa de otras ramas u órganos, pues, sin establecer sus condiciones, permitía la intervención del Ejecutivo y de la Fiscalía General de la Nación en sus sesiones; y iii) finalmente, la institucionalidad propuesta no garantizaba la función estatal misma de administrar justicia, dado que privó a los órganos de la aptitud necesaria para cumplir su función. Ello en tanto más de la mitad de los integrantes del Consejo de Gobierno Judicial deberían cumplir alternativa, pero de manera principal, su función jurisdiccional, mientras el gerente no solo cumplía labores de ejecución sino de planificación.

Por lo anterior, en la Sentencia C-285 de 2016, la Corte declaró la inexequibilidad de este modelo de gobierno y administración de la Rama Judicial.

3. La Constitución de 1991 como un pacto de paz

La Constitución de 1991 inició un recorrido esperanzador, en el cual su apropiación gradual por parte de la sociedad, y la intervención de la Corte Constitucional

como su guardiana contribuían, sin duda, al logro de las promesas constituyentes. No obstante, el panorama político y social por el conflicto armado interno que de manera cruenta seguía azotando a nuestro país frustraba la aspiración más básica de la nueva carta política: la paz y, consecuentemente, la posibilidad de la plena realización de los derechos.

En este escenario, el Gobierno nacional y la, entonces, guerrilla de las FARC iniciaron un proceso de negociación dirigido a la suscripción de un acuerdo. Con el objeto de dar legitimidad a su actuación, el Gobierno nacional inició la promoción de una serie de reformas constitucionales y legislativas que tuvieron por objeto i) regular el mecanismo del *plebiscito* para refrendar lo acordado, mediante una reforma legislativa que fue avalada por la Corte en la Sentencia C-379 de 2016; ii) adoptar, mediante una reforma constitucional –el Acto Legislativo 01 de 2016–, los instrumentos jurídicos de implementación que se activarían *tras la refrendación* del Acuerdo por el Pueblo y que tenían que ver con la creación de un trámite legislativo rápido o ágil (*fast track*) que, durante un tiempo determinado, permitiría la expedición de actos reformatorios de la Constitución y de leyes por vías más cortas y menos exigentes, incluyendo el control automático y único de constitucionalidad a cargo de la Corte. Tras estos dos grupos de medidas, una precisión es importante.

En las votaciones populares del 2 de octubre de 2016, por un estrecho margen, la sociedad no aceptó el Acuerdo de Paz suscrito, con lo cual, para algunos sectores, se llegaba al final de dicho proceso. No obstante, el 13 de diciembre de 2016, la Corte Constitucional se pronunció sobre una demanda presentada contra el Acto Legislativo 01 del mismo año, a través de la Sentencia C-699. En esta oportunidad, fue preciso analizar si las disposiciones del citado acto tenían la potencialidad de entrar en vigencia. Para la Corte, dicha posibilidad existía, pues el sentido de la *refrendación* prevista en el acto reformatorio implicaba

> … (i) un proceso, (ii) en el cual haya participación ciudadana directa, (iii) cuyos resultados deben ser respetados, interpretados y desarrollados de buena fe, en un escenario de búsqueda de mayores consensos, (iv) proceso que puede concluir en virtud de una expresión libre y deliberativa de una autoridad revestida de legitimidad democrática, (v) sin perjuicio de eventuales espacios posibles de participación ciudadana para la revisión específica de aspectos concretos ulteriores.

Bajo esta perspectiva, el Acuerdo inicial fue sometido a un proceso de renegociación y aprobación final por el Congreso de la República, que culminó con su suscripción en un acto formal el 12 de noviembre de 2016.

Con la refrendación del Acuerdo iii) entró en vigencia la expedición normativa por la vía rápida, en virtud de la cual la Corte Constitucional revisó 5 actos legislativos, 6 leyes y 35 decretos leyes, para un total de 774 disposiciones

normativas.[14] En este grupo se incluyó el Acto Legislativo 1 de 2017, cuyo objeto consistió, a través de disposiciones transitorias, en crear el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, compuesto por i) dos órganos extrajudiciales: la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición, y la Unidad de Búsqueda de las Personas Dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; ii) un órgano judicial, la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), y iii) un grupo de medidas de reparación integral y no repetición.

En la Sentencia C-674 de 2017, la Corte Constitucional, en términos generales, avaló la configuración de la JEP. Para el estudio de este y otros actos de implementación del Acuerdo partió de la siguiente premisa: los momentos de transición exigen transformaciones relevantes de índole institucional, por lo cual, el análisis de *sustitución* debe flexibilizarse teniendo en cuenta que el objetivo fundamental recae en la consecución de la paz –presupuesto de todo orden social–. Lo anterior, sin perder de vista que no todo cambio es por sí mismo constitucional, pues debe ser ponderado en términos de aquello que se sacrifica.

Bajo esta perspectiva, la Corte Constitucional consideró que el constituyente podría crear, fuera de la institucionalidad de la Rama Judicial, un órgano llamado a ejercer jurisdicción, pero que debía hacerlo con sujeción a los principios de independencia y autonomía, así como de controles interorgánicos. Desde este punto de vista, ratificó que a cargo de la JEP estaría de manera preferente el conocimiento de las conductas cometidas con anterioridad al 1º de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado. Pero, con el objeto de garantizar la existencia de controles recíprocos, declaró la inexequibilidad de algunas previsiones, por ejemplo, la cláusula de veto por las autoridades de la JEP frente a la selección de tutelas proferidas por sus autoridades, competencia ordinaria de la Corte Constitucional, y la existencia del control disciplinario de los magistrados de la JEP a la misma entidad.

Algunas conclusiones

- La Constitución de 1991 fue posible por la confluencia de variados actores y, entre ellos, el principal: el pueblo, como soberano. Sin embargo, otros factores institucionales fueron relevantes y, en particular, quisiera destacar aquí una intervención judicial receptiva a la transformación de la sociedad: la de la Corte Suprema de Justicia, dando paso a la promulgación de una carta política como pacto de paz, por oposición a la idea –para entonces predominante– de la Constitución en Colombia vista como una carta de batalla, entre élites y partidos.

---

[14] Corte Constitucional, *Resumen de las decisiones de la Corte Constitucional en la implementación del acuerdo final de paz* (Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2019).

- Desde su expedición ante el Congreso de la República se han intentado múltiples reformas, a las que la Rama Judicial no ha sido ajena. No obstante, la mayoría de dichas reformas no han superado el foro democrático. Ahora bien, de las que han llegado a control de la Corte Constitucional, destaqué dos. Frente a la primera, se declaró la inexequibilidad (parcial) de un modelo de gobierno y administración que se consideró incompatible con la Constitución, pues ponía en riesgo la autonomía e independencia de toda la Rama Judicial y, por lo tanto, el ejercicio mismo del acceso a la administración de justicia en términos de debido proceso y todo lo que de allí deriva. En otro momento especialmente trascendental, frente a la segunda reforma comentada, la Corte Constitucional asumió un rol garante, tal vez, del mandato fundamental al que toda sociedad aspira y sin el cual no es posible la garantía plena de los derechos: la paz; sin perder de vista, sin embargo, delicados balances en momentos extraordinarios para garantizar la supremacía de la Constitución Política.
- En este escenario, una pregunta central persiste: ¿por qué, pese a los tantos intentos, no han sido posibles otro tipo de enmiendas a la Constitución con impacto en el funcionamiento de la Rama Judicial y, en particular, de la Corte Constitucional?[15] ¿Por qué ha sido así pese a que, al parecer, para muchos sectores la Constitución de 1991 requiere ajustes en esta materia?
- Algunos actores destacan que, probablemente, tales reformas no han prosperado porque han perdido de vista que el acceso a la administración de justicia no se define *solamente* en las altas cortes y su institucionalidad, sino, tal vez, fundamentalmente en las instancias más cercanas –jueces y tribunales– a la comunidad, y en relación con la efectiva puesta en marcha de un derecho que debe ser garantizado de manera pronta y eficaz. También se ha mencionado que las reformas se han centrado en aspectos más bien accesorios, debido a que una y otra vez vuelven sobre asuntos relacionados con la forma de elección de los magistrados, la edad de retiro, el régimen de inhabilidades, sus competencias electorales, sin pretender una apuesta por ajustar las tuercas que, según consideran muchos sectores, debe ocupar al poder constituyente derivado. Desde esta perspectiva, entonces, dado que las reformas propuestas no habrían atendido lo que realmente deberían iluminar, no han obtenido la fuerza suficiente para superar el procedimiento legislativo requerido.
- En este último sentido, también es importante advertir que, en atención a su supremacía, nuestra Constitución ha configurado procedimientos legislativos más fuertes o estrictos de reforma constitucional, que evidencian el mayor

[15] No puedo dejar de mencionar que algunos intentos de reforma también han tenido por objeto limitar lo que, desde algunas visiones, consideran excesos de la Corte Constitucional, al ejercer, por ejemplo, la revisión de acciones de tutela, en particular por la posibilidad de pronunciarse sobre las sentencias de otras altas cortes.

grado de resistencia al cambio de dicha norma fundamental, por lo cual, la consecución de una reforma constitucional no es un asunto menor o que pueda equipararse a la aprobación de una ley ordinaria. Aquí probablemente, con sus ventajas y cuestionamientos, puede hallarse otra clave de análisis.

- Finalmente, a lo largo de esta ponencia también he pretendido presentar algunas cifras y formular preguntas que, lejos de finiquitar una discusión, invitan a construir nuevas inquietudes y a abrir diversos caminos de análisis, dirigidos no solo a establecer qué tipo de cambios son los requeridos para una mejor y más robusta garantía del acceso a la administración de justicia; sino a contribuir en los debates llamados a evidenciar y justificar el rol que el Congreso de la República, como foro democrático por excelencia y en tanto constituyente derivado ostenta; y también a justificar y valorar la posición de la Corte Constitucional, como tribunal encargado de guardar la supremacía e integridad de la Constitución.

  Hasta ahora, estimo, la Corte Constitucional colombiana, consciente de las tensiones que subyacen a su labor, ha intentado ser prudente, pero, a la vez, decidida en el cumplimiento de la misión que le fue asignada en 1991. Las críticas, por supuesto, existen, y contribuyen a continuar construyendo una práctica constitucional que ofrezca seguridad, no frustre los cambios requeridos por la sociedad y, además, sea fiel reflejo de la labor de garantizar los valores, principios y derechos que dan sentido a la Constitución de 1991 y, en esta medida, a una sociedad en paz, plural y participativa.

Bibliografía

Ackerman, Bruce. *We the people: Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

Cajas Sarria, Mario Alberto. "La construcción de la justicia constitucional colombiana: una aproximación histórica y política, 1910-1999". *Precedente* 7 (2015): 109-152.

Cajas Sarria, Mario Alberto. *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991. Tomo II: Del Frente Nacional a la Asamblea Constituyente, 1958-1991*. Bogotá: Universidad de los Andes y Universidad Icesi, 2015.

Corte Constitucional, *Resumen de las decisiones de la Corte Constitucional en la implementación del acuerdo final de paz*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2019.

Valencia Villa, Hernando. *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Cerec, 1987.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXVIII, BOGOTÁ, 2022, PP. 121-130, ISSN 2346-0849

Domingo Gil* **(República Dominicana)**

Jurisprudencia constitucional de República Dominicana en materia de derechos políticos y garantías para la participación ciudadana

Constitutional Jurisprudence of the Dominican Republic regarding political rights and guarantees for citizen participation

Verfassungsrechtsprechung der Dominikanischen Republik zu politischen Rechten und Garantien für Bürgerbeteiligung

Introducción

Esta ponencia describe, en la primera parte, el modelo político de mi país, República Dominicana; en la segunda parte, debido a las limitaciones de espacio, aborda solo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos políticos relativos a la participación ciudadana.

1. El modelo político de República Dominicana

El artículo 7 de la Constitución define a República Dominicana como "un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de […] la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos". Estos poderes son: el Poder Legislativo (el Congreso Nacional, conformado por el Senado de la República y la Cámara de Diputados); el Poder

* Doctor en Derecho Social, mención *très honorable avec éloge spécial du jury* (Universidad de Estrasburgo, Francia); especialidad en Derecho Judicial (Escuela Nacional de la Judicatura); maestría en Protección de los Derechos Humanos (Universidad de Alcalá de Henares, España). Magistrado del Tribunal Constitucional de República Dominicana. domingo.gil@tc.gob.do.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Ejecutivo, ejercido por el presidente de la República, con un vicepresidente como sustituto; y el Poder Judicial, ejercido por la Suprema Corte de Justicia y los demás tribunales del orden judicial.

Tanto los miembros del Congreso Nacional (senadores y diputados) como el presidente y el vicepresidente de la República son electos mediante el sufragio universal y sus respectivos cargos se ejercen "en nombre del pueblo". Los jueces que integran la Suprema Corte de Justicia son designados por el Consejo Nacional de la Magistratura. Los demás jueces del orden judicial son designados por la Suprema Corte de Justicia. También tenemos el Poder Municipal, compuesto por los alcaldes y los regidores de los ayuntamientos, electos, igualmente, mediante sufragio universal.

En cuanto a la justicia constitucional, esta descansa en el control difuso, ejercido por todos los órganos jurisdiccionales, y el control concentrado, conferido al Tribunal Constitucional. Este es un órgano extrapoder, cuya misión es "garantizar la Supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales". Esa misión la lleva a cabo mediante las atribuciones que le reconocen los artículos 185[1] y 277[2] constitucionales y las que puedan disponer las normas adjetivas, destacándose la Ley 137-11, denominada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales.

República Dominicana es, pues, un país de democracia representativa, en el que los derechos de ciudadanía están constitucionalmente reconocidos, de conformidad con el artículo 22 de nuestra Ley Fundamental. Este texto dispone:

> Son derechos de ciudadanas y ciudadanos: 1) Elegir y ser elegibles para los cargos que establece la presente constitución; 2) Decidir sobre los asuntos que se les propongan mediante referendo; 3) Ejercer el derecho de iniciativa popular, legislativa y municipal, en las condiciones fijadas por esta Constitución y las leyes; 4) Formular peticiones a los poderes públicos para solicitar medidas de interés público y obtener respuesta de las autoridades en el término establecido

---

[1] El artículo 185 de la Constitución prescribe: "Atribuciones. El Tribunal Constitucional será competente para conocer en única instancia: 1) Las acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, a instancia del Presidente de la República, de una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados y de cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido; 2) El control preventivo de los tratados internacionales antes de su ratificación por el órgano legislativo; 3) Los conflictos de competencia entre los poderes públicos, a instancia de uno de sus titulares; y 4) Cualquier otra materia que disponga la ley".

[2] El artículo 277 constitucional dispone: "Decisiones con autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada. Todas las decisiones judiciales que hayan adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada, especialmente las dictadas en ejercicio del control directo de constitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia, hasta el momento de la proclamación de la presente Constitución, no podrán ser examinadas por el Tribunal Constitucional y las posteriores estarán sujetas al procedimiento que determine la ley que rija la materia".

por las leyes que se dicten al respecto; 5) Denunciar las faltas cometidas por los funcionarios públicos en el desempeño de su cargo.

Entre esas prerrogativas, la de mayor trascendencia –en lo que todos debemos estar de acuerdo– es el derecho al sufragio. En torno a él ha girado la jurisprudencia más relevante del Tribunal Constitucional en relación con el tema que nos convoca. Es esa jurisprudencia la que brevemente reseñaré en las páginas que siguen.

Debo señalar, asimismo, que si bien el aspecto activo de este derecho es reconocido (con ciertas excepciones constitucionales y legales) a todos los ciudadanos dominicanos, no ocurre lo mismo en relación con el ejercicio pasivo de esta prerrogativa personal, pues el derecho a ser candidato a cualquiera de los cargos electivos mediante el sufragio universal es rigurosamente regulado, por lo cual no puede ejercerse sino por intermedio de los partidos, las agrupaciones y los movimientos políticos legalmente reconocidos. Aunque el artículo 216 de la Constitución dispone que estas entidades pueden constituirse libremente, su reconocimiento, conformación y funcionamiento están sujetos a las condiciones establecidas, de manera principal, por tres leyes básicas: la Ley 157-13, sobre el voto preferencia, de 11 de septiembre de 2013; la Ley 33-18, de partidos, agrupaciones y movimientos políticos, de 9 de agosto de 2018; y la Ley 15-19, orgánica del régimen electoral, de 18 de febrero de 2019. Por su parte, los procesos electorales están bajo la rectoría de la Junta Central Electoral, órgano que, entre otras atribuciones, tiene la facultad de otorgar el reconocimiento formal y oficial a las entidades políticas y, de manera general, la función reglamentaria de los asuntos relativos a esa competencia.[3]

Del conjunto de esas disposiciones se concluye que, además de las condiciones personales, el aspecto pasivo del ejercicio del derecho general al sufragio enfrenta un doble obstáculo: la obligación a la afiliación a una entidad política, la cual, a su vez, requiere el reconocimiento que concede la Junta Central Electoral sobre la base del cumplimiento de unos rigurosos requisitos. Con ello se limita notoriamente el ejercicio de los derechos políticos y, por ende, el derecho político de la participación ciudadana en esos procesos.

Es en este contexto normativo donde es preciso analizar la labor del Tribunal Constitucional respecto al tema que nos convoca.

---

[3] El artículo 212 de la Constitución de la República dispone: "La Junta Central Electoral es un órgano autónomo con personalidad jurídica e independencia técnica, administrativa, presupuestaria y financiera, cuya finalidad principal será organizar y dirigir las asambleas electorales para la celebración de elecciones y de mecanismos de participación popular establecidos por la presente Constitución y las leyes. Tiene facultad reglamentaria en los asuntos de su competencia". Es pertinente señalar que los conflictos jurisdiccionales en esta materia son resueltos por el Tribunal Superior Electoral, "órgano competente para juzgar y decidir con carácter definitivo sobre los asuntos contencioso electorales y estatuir sobre los diferendos que surjan a lo interno de los partidos, agrupaciones y movimientos políticos o entre éstos. Reglamentará, de conformidad con la ley, los procedimientos de su competencia y todo lo relativo a su organización y funcionamiento administrativo y financiero".

2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional dominicano en materia de derechos políticos con miras a la garantía de la participación ciudadana

La labor del Tribunal Constitucional dominicano descansa, en esta materia, en tres o cuatro sentencias fundamentales, de las cuales reseñaré los aspectos que, en sustancia, tienen interés con relación al tema por tratar.

2.1. Sentencia TC/0531/15

Para el Tribunal Constitucional dominicano (así lo revela la Sentencia TC/0531/15, de 19 de noviembre de 2015), el *derecho político es un derecho ciudadano*, es decir, de reconocimiento restringido, pues solo puede ser ejercido por los ciudadanos dominicanos, con exclusión de las demás personas. Este derecho se concreta, según esa decisión, en los siguientes derechos:

a) El *derecho de asociación política*, el cual consiste en la posibilidad de los ciudadanos de constituir, de conformidad con la ley, partidos, agrupaciones y movimientos políticos o formar parte de los ya existentes, "con el fin primordial de participar en la elección de ciudadanos aptos para los cargos públicos y de propender a la realización de programas trazados conforme a su ideología particular, con el objetivo de alcanzar los puestos electivos del Estado".[4] Este derecho de asociación política tiene, a su vez, una doble dimensión: una positiva, consistente en los derechos y las obligaciones propios de los militantes políticos a intervenir en la vida interna de esas entidades en condiciones de igualdad, lo que comprende la aspiración, legítima, a ocupar puestos de dirección o de representación; y otra negativa, que consiste en el derecho a abandonar la agrupación cuando el militante lo considere pertinente.
b) El *derecho de participación política* que, en realidad, es una prerrogativa ciudadana derivada del derecho de asociación política (según el Tribunal Constitucional dominicano), la cual se ejerce a través de los partidos políticos, entendidos, según la Sentencia TC/0006/14, como "un espacio de participación de los ciudadanos en los procesos democráticos donde los integrantes manifiestan su voluntad en la construcción de propósitos comunes, convirtiéndolos de esta manera en el mecanismo institucional para acceder mediante la propuesta de candidaturas a los cargos de elección popular".
c) Sobre la *apertura hacia afuera para la presentación de candidaturas a cargos públicos,* el Tribunal aseveró en esta decisión que constituye una arraigada tradición de la democracia contemporánea que

[4] Respecto de esa finalidad, véase la citada Sentencia TC/0031/13, de 15 de marzo de 2013.

> … los partidos políticos permitan que ciudadanas y ciudadanos no militantes aspiren, a través suyo, a cargos de elección popular. Con ello se aseguran que personas de reconocido prestigio y arraigo popular, coincidentes con su programa político y la visión ideológica de gobernar que este proyecta, puedan hacer causa común en el logro de la finalidad esencial para la cual existen los partidos [que esa] apertura hacia líderes de la sociedad civil, religiosos, deportistas, artistas, entre otros, encuentra justificación en el rol instrumental que, conforme el artículo 216 de la Constitución, están llamados a jugar los partidos políticos [y que, por tanto, en lo concerniente a candidaturas estatales, a diferencia de los cargos internos de alta responsabilidad, como el de secretario general] es razonable que los partidos privilegien para la postulación las mejores personas con quienes puedan identificarse las y los electores, aunque no necesariamente sean militantes del partido. Además, los razonamientos precedentes tienen singular importancia en el caso de alianzas electorales en que un partido político puede llevar como candidatos a militantes o dirigentes de otra agrupación política.

2.2. Sentencia TC/0375/19

Esta decisión tiene que ver con la Ley 157-13, sobre el llamado voto preferencia. El párrafo del artículo 2 de esta ley disponía: "Cuando el elector decide marcar la fotografía del candidato o la candidata a diputado (a) de su preferencia está favoreciendo con su voto al partido de éste (a) y por ende al candidato (a) a senador (a) de dicho partido".

Contra ese texto fue interpuesta una acción de inconstitucionalidad. El fundamento de esta acción descansaba, de manera principal, en el criterio de que el texto impugnado violaba "tanto el derecho de elegir en forma directa, como la libertad del ciudadano para elegir libremente, a cada ciudadano", ya que "la ley –afirmaban los accionantes– no puede coaccionar, ni obligar, a elegir a un senador, a quien no le resulta posible omitir en la elección: constituye un voto obligado contrario a la Constitución y los tratados".

En respuesta a dicha acción, el Tribunal Constitucional dictó la Sentencia TC/0375/19, de 19 de septiembre de 2019. En esta, el Tribunal dejó sentados los siguientes criterios sobre el derecho al sufragio:

a) Reafirmó que este es un derecho ciudadano, pero precisó que consiste en el "derecho de los ciudadanos a elegir –como votantes– a los candidatos de su preferencia", de conformidad con lo dispuesto por el artículo 208 de la Constitución, según el cual el "voto es personal, libre, directo y secreto".[5]

[5] Recuérdese que ya en la Sentencia TC/0031/13 el Tribunal había dicho que el voto democrático es el que es personal, libre, directo y secreto, criterio que, por tanto, reafirma la Sentencia TC/0375/19.

b) Señaló que de la redacción del artículo 77[6] de la Constitución se podía colegir que nuestra Ley Fundamental le había otorgado al legislador ordinario la libertad de elegir por ley cualquiera de los métodos de votación convencionalmente aceptados en el mundo, siempre y cuando este fuere "universal" y "directo", razón por la cual ese mandato se incumple cuando la norma legal prescribe que "en una boleta legislativa única se permita que el voto de las candidaturas a diputado sea trasferible al candidato senador".
c) Concluyó declarando que el texto impugnado era inconstitucional, "puesto que el elector o votante no tiene la posibilidad de elegir al senador de su preferencia, ya que, al votar por el diputado de un determinado partido, también lo está haciendo, por imposición legal, por el senador de ese mismo partido, sin tener la posibilidad de elegir separadamente al senador y los diputados de su preferencia", lo que viola los artículos 22, 77 y 128 de la Constitución.

2.3. Sentencia TC/0441/19

Este tercer caso tiene que ver con la impugnación de varios textos de la Ley 33-18, denominada Ley de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos. Uno de los textos impugnados fue el artículo 49.3, el cual menciono por tener relación con el tema abordado. Ese texto disponía:

> Requisito para ostentar una precandidatura. Para aspirar y ostentar una precandidatura o candidatura en representación de un partido, agrupación o movimiento político, se requiere: […] 3) Que tenga un tiempo de militancia o permanencia mínimo en el partido, agrupación o movimiento político consignado en los estatutos orgánicos del partido, agrupación o movimiento político por la que aspira a postularse.

Los accionantes alegaban que el texto citado era contrario a los artículos 22.1,[7] 47,[8] 184[9]

---

[6] El artículo 77 constitucional dispone que "la elección de senadores y diputados se hará por sufragio universal directo en los términos que establezca la ley".

[7] El artículo 22.1 de la Constitución dominicana dispone que entre los derechos de los ciudadanos está el de "elegir y ser elegibles para los cargos que establece la presente Constitución".

[8] El artículo 47 de la Constitución reza: "Libertad de asociación. Toda persona tiene derecho de asociarse con fines lícitos, de conformidad con la ley".

[9] El artículo 184 constitucional manda lo siguiente: "Tribunal Constitucional. Habrá un Tribunal Constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales. Sus decisiones son definitivas e irrevocable y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado. Gozará de autonomía administrativa y presupuestaria".

y 216[10] de la Constitución y 16[11] de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Señalaban que, al imponer la prohibición a los partidos políticos de designar candidatos que no fuesen militantes de esas entidades, el texto violaba la libertad de asociación a que se refieren los mencionados textos. Entendían que los partidos políticos podían determinar, gracias a su autonomía funcional, que una persona que no perteneciera a sus filas pudiere ser postulada por estos, conforme al principio de la democracia interna de los partidos y al derecho de elegir y ser elegido.

Respecto de esta acción el Tribunal Constitucional juzgó:

a) Que en la Sentencia TC/0531/15 se había referido a la igualdad de derechos de elegir y ser elegidos de los ciudadanos que no pertenecían a los partidos respecto de los que sí militan en estos, a fin de asegurar que "personas de reconocido prestigio y arraigo popular coincidentes con su programa político y la visión ideológica de gobernar que éste proyecta, puedan hacer causa común en el logro de la finalidad esencial para la cual existen los partidos", así como para "garantizar la participación de ciudadanas y ciudadanos en los procesos políticos y contribuir a la formación y manifestación de la voluntad ciudadana, respetando el pluralismo político mediante la propuesta de candidaturas a los cargos de elección popular".
b) Que el artículo impugnado constituía "una barrera para el ejercicio del derecho de elegir y ser elegido, así como para la libertad de asociación", toda vez que –a la luz de la sentencia citada–

> … nada debe impedir que el ciudadano que recién ingresa a las filas y quiere aspirar pueda optar inmediatamente conforme a los principios que fundamentan la democracia contemporánea que procuran mayor libertad a los partidos para elegir candidatos con el propósito de permitir que más personas confluyan en la vida política. En este sentido debe entenderse que no es necesario esperar un tiempo de militancia determinado para que un ciudadano manifieste su interés de aspirar a una candidatura de elección popular. Además, y es quizás lo más importante, siempre es previsible que, dadas determinadas situaciones históricas, es probable que los partidos, agrupaciones o movimientos políticos tengan la necesidad de postular candidatos que no sean militantes de ninguna organización política, pero que, puedan ser considerados como candidatos para representar los intereses tácticos o estratégicos de la entidad.

---

[10] El artículo 216 de la Constitución fue dedicado por el constituyente dominicano a los partidos, agrupaciones y movimientos políticos. Dispone que su organización es libre, que su funcionamiento debe sustentarse en el respeto de la democracia interna y la transparencia, y que entre sus fines esenciales está el de garantizar la participación de los ciudadanos en los procesos políticos que contribuyan al fortalecimiento de la democracia.

[11] Como se recordará, el artículo 16 de la CADH consagra la libertad de asociación.

Sobre la base de esas consideraciones, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad y, por tanto, la nulidad, del artículo 49.3 de la Ley 33-18.

Conclusión

Como puede apreciarse, el Tribunal Constitucional de República Dominicana ha establecido, desde poco después de su puesta en funcionamiento, una interesante jurisprudencia en materia de derechos políticos. Conforme a esa jurisprudencia, los derechos de asociación y participación política (este último derivado del primero) son prerrogativas fundamentales de los ciudadanos.

Sin embargo, de conformidad con la ley, el derecho de participación política no se ejerce sino por mediación de los partidos políticos, pese al descrédito de estas entidades en República Dominicana. Ese descrédito es tal que, según encuesta, en la actualidad alrededor del 80% de los dominicanos piensa que por lo menos la mitad de los políticos están involucrados en la corrupción, considerada un problema muy extendido en el país. Además, el grado de confianza de la población en los partidos políticos ronda el 20%, desconfianza que se acrecienta con el paso de los años.

Por ello es que debe ser seriamente cuestionada toda norma que obligue a que los derechos políticos enunciados solo puedan ser ejercidos por intermedio de los partidos políticos, sobre todo si se entiende que esto, así dispuesto, constituye una limitación al contenido esencial del derecho a la participación política de los ciudadanos, quienes han de ejercer ese derecho de la forma más libre posible. Ello plantea la apertura de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional –cuando llegue la ocasión– hacia otras posibilidades, como las candidaturas independientes de los partidos políticos, bajo ciertas condiciones que deben ser establecidas.

Es innegable, no obstante, que lo aquí señalado ha de ser motivo de amplios debates a todos los niveles, no solo por la falta de claridad de la Constitución de la República, de cara a lo que dispone de manera puntual la ley adjetiva, sino porque los partidos políticos no querrán ceder poder. Esto plantea la necesidad de acudir a los mecanismos de participación ciudadana previstos por el artículo 22 de la Constitución (lamentablemente aún no regulados por las leyes adjetivas que estos requieren para su implementación) y, sobre todo, la salida más democrática a la solución del asunto, la convocatoria de una asamblea constituyente.

Para esto último será necesario que los dominicanos nos veamos en el espejo de otros países de la región, partiendo siempre del criterio de que la voluntad del pueblo, jurídicamente organizado, ha de sobreponerse a la de cualquier poder derivado, sobre la base de que el pueblo es el verdadero soberano. Este criterio descansa, en sustancia, en el siguiente postulado: la Constitución –como pretendido resultado de esa *voluntad superior*– se legitima a sí misma. Esto significa, desde esa óptica de la *legitimación*, que su suspensión, anulación, destrucción o quebrantamiento constituye

una ruptura del orden constitucional establecido por ella.[12] Ello no quiere decir, sin embargo, que no sea posible la sustitución de ese orden por otro orden constitucional cimentado sobre valores distintos, lo cual se produce, generalmente, con ocasión de los procesos revolucionarios o de aquellos en que el poder constituyente originario "recupera" las atribuciones que le han sustraído los poderes derivados o fácticos, lo que es justificado desde la legitimidad del soberano por la mediación del poder constituyente,[13] como la situación que se vivió en Colombia entre los años 1990 y 1991, la cual condujo a la proclamación de una nueva Constitución, la de 1991, a través de una asamblea constituyente, "a pesar de que las normas constitucionales lo prohibían expresamente".[14]

Bibliografía

Jellinek, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Trad. por Christian Forster. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.

---

[12] Cfr. Carl Schmitt, *Teoría de la constitución*. Trad. por Francisco Ayala (Madrid: Alianza Editorial, 2015), 153-155.

[13] Al respecto Jellinek afirma: "La teoría atribuye al Estado soberano un poder de decisión ilimitado. Por consiguiente, también puede modificar a discreción su Constitución, abrogarla o sustituirla. Y no sólo ajustándose al Derecho. La Constitución de un Estado puede sufrir mediante el poder una subversión total. Toda revolución abre el camino a una reforma de la Constitución. En efecto, no hay ningún poder alguno [*sic*] por encima del Estado que pueda impedir lo hecho por tales revoluciones, vengan de arriba o de abajo, así cada revolución triunfante crea un Derecho nuevo" Georg Jellinek, *Reforma y mutación de la Constitución*. Trad. por Christian Forster (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, 9).

[14] Iván Vila Casado, *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo* (Bogotá: Legis Editores, 2007), 162. El proceso al que este autor hace mención comenzó cuando algunos sectores de la opinión pública, liderados por estudiantes universitarios, promovieron la idea de la inclusión en las urnas electorales de una séptima papeleta (además de las seis autorizadas) para las elecciones del 11 de marzo de 1990, en la que los votantes expresaran su acuerdo con la convocatoria de una asamblea nacional constituyente. Los partidos políticos no pudieron oponerse a la propuesta gracias a la fuerza que logró la iniciativa en todo el país y en los medios de comunicación. En respuesta a esa iniciativa, la Registraduría Nacional del Estado Civil anunció que, si bien no estaba legalmente autorizada para escrutar esa séptima papeleta, su inclusión en el sobre electoral no anulaba el voto. Esta situación fue aprovechada por el presidente Virgilio Barco Vargas (a quien le habían abortado una propuesta de reforma constitucional) para emitir el Decreto 927 de 3 de mayo de 1990, mediante el cual ordenó contar los votos a favor o en contra de la convocatoria de una asamblea constituyente para reformar la Constitución Política. El decreto fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia, lo que permitió que los votantes se expresaran, en el sentido indicado, con el siguiente resultado: 5.236.863 ciudadanos dijeron que estaban de acuerdo con la reforma de la Constitución mediante una asamblea constituyente (aunque la constitución vigente lo prohibía), mientras que solo 230.080 votaron en contra. Todo este proceso culminó con la actual Constitución Política de Colombia, promulgada el 4 de julio de 1991 en sustitución de la vetusta Constitución de 1886.

Schmitt, Carl. *Teoría de la constitución*. Traducido por Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2015.

Vila Casado, Iván. *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*. Bogotá: Legis Editores, 2007.

Miguel Ángel Fernández González* **(Chile)**

Seis sentencias relevantes del Tribunal Constitucional de Chile sobre derechos políticos

Six relevant decisions by the Constitutional Tribunal of Chile regarding political rights

Sechs relevante Urteile des Verfassungsgerichts von Chile zu politischen Rechten

Introducción

Al menos desde 1958,[1] con la incorporación de la cédula única mediante Ley 12.891, Chile ha podido mostrar regularidad en los procesos electorales y plebiscitarios, sin acusaciones de fraude o cuestionamiento a la legitimidad ni a sus resultados. Se presentó un creciente aumento en la participación,[2] incorporando el voto femenino en las elecciones municipales de 1935 y presidenciales y parlamentarias en 1949, a las personas invidentes en 1969,[3] y a los analfabetos en 1972.[4] Así, el porcentaje de votantes, con respecto a la población, pasó de un 7,6%, en 1932, a un 36,1%, en 1973 y hoy supera el 70%.

* Doctor en Derecho; magíster en Derecho Público, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile; magíster en Investigación Jurídica, Universidad de los Andes. Ministro del Tribunal Constitucional de Chile. mafernandez@tcchile.cl.

1 Tomás Benítez Helmrich, "El voto secreto en Chile: regímenes de publicidad y privacidad electoral 1872-1958", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XLII (2021): 493-517.

2 En general, sobre el sistema electoral y los derechos políticos en nuestra Constitución, véase Humberto Nogueira Alcalá, *Derecho constitucional chileno* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012), 770-907.

3 Ley 17.202, *Diario Oficial*, 29 de septiembre de 1969.

4 Ley 17.284, de reforma constitucional, *Diario Oficial*, 23 de enero de 1970.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

En 2002, la Ley 20.568[5] instauró la inscripción automática y el voto voluntario,[6] incorporando más de cuatro millones de electores,[7] y, en 2014, se concretó el voto de los ciudadanos chilenos en el extranjero para los plebiscitos, elecciones primarias y presidenciales.[8] Finalmente, en 2007, se había dictado la Ley 20.183[9] que reguló el derecho a la asistencia en el acto de votar para personas con discapacidad.

Es útil mencionar –para dimensionar las características de nuestro sistema electoral– que, con motivo del plebiscito al que fue sometida la propuesta de constitución elaborada por la Convención Constitucional, sobre un universo de 15.076.690 ciudadanos habilitados para votar en Chile y 97.239 en el extranjero, sufragaron (con voto obligatorio) 13.028.739 personas, esto es, un 85,86%.[10]

En este proceso plebiscitario, por primera vez, se puso en funcionamiento un sistema de georreferenciación de los domicilios electorales para asignar locales de votación más cercanos a ellos[11] y, también por primera vez, votaron más de mil personas privadas de libertad en catorce recintos penitenciarios.[12]

Por ello, no son numerosas ni extraordinariamente controvertidas las sentencias que inciden en estas materias, incluso en el caso del Tribunal Constitucional de Chile, al que corresponde el control preventivo y obligatorio de las materias relativas a las leyes orgánicas constitucionales vinculadas al sistema electoral. Sobre esa base, he seleccionado seis sentencias –roles 33, 43, 53, 2.777, 4.103 y 10.006– que, me parece, permiten delinear algunos de los principios que hemos ido configurando

---

5 *Diario Oficial*, 23 de enero de 1970.

6 Sobre esta ley, véase la sentencia pronunciada el 19 de enero de 2012, Rol 2.152.

7 Matías Bargsted, Nicolás M. Somma y Benjamín Muñoz-Rojas, "Participación electoral en Chile. Una aproximación de edad, período y cohorte", *Revista de Ciencia Política* 39, n.° 1 (2019): 75-98.

8 Ley 20.748, de reforma constitucional, que regula el ejercicio del sufragio de los ciudadanos que se encuentran fuera del país, *Diario Oficial*, 3 de mayo de 2014. Y la Ley 20.960, publicada en el *Diario Oficial*, 18 de octubre de 2016, sobre la que se pronunció la sentencia Rol 3.183, 23 de septiembre de 2016.

9 *Diario Oficial*, 8 de junio de 2007. Al respecto véase la sentencia pronunciada el 29 de marzo de 2007, Rol 745.

10 Considerando 9° de la sentencia pronunciada por el Tribunal Calificador de Elecciones el 15 de septiembre de 2022, Rol 264-2022.

11 Conforme a la Ley 21.385, que modifica la legislación electoral, para privilegiar la cercanía al domicilio del elector, en la asignación del local de votación, *Diario Oficial*, 21 de octubre de 2021. Sobre esta normativa véase la sentencia pronunciada el 23 de septiembre de 2021, Rol 11.690, que declaró inconstitucional la norma del proyecto de ley que autorizaba al Servicio Electoral para cancelar una circunscripción electoral en el extranjero, cuando tuviera *un número inferior a nueve electores habilitados para sufragar*, puesto que "no es potestativo de la organización electoral y, particularmente del Servel, que, con cargo a las normas que le permiten ejercer la 'administración, supervigilancia y fiscalización de los procesos electorales y plebiscitarios' (art. 94 bis), se pueda llegar a entender que ellas también abarcan decisiones sobre la disponibilidad del propio derecho de sufragio" (c. 20°).

12 Su base se encuentra en distintas sentencias de la Corte Suprema, entre ellas la pronunciada el 8 de noviembre de 2017, Rol 41.361-2017.

en torno de los derechos políticos de las personas en nuestro país que creo interesante presentar.

1. Primera sentencia: Rol 33 de 1985

En este primer pronunciamiento, el Tribunal Constitucional revisó, en sede de control preventivo, el proyecto de Ley Orgánica Constitucional de Tribunal Calificador de Elecciones,[13] donde la cuestión relevante se encontraba contenida en el artículo final del proyecto en relación con su artículo 1° transitorio, al tenor de los cuales el Tribunal Calificador de Elecciones –encargado de velar por la regularidad del proceso– entraría en funciones para la primera elección de diputados y senadores, lo que, en los hechos, provocaba que un acto de la mayor importancia, como era el plebiscito previsto en la entonces Vigesimoséptima Disposición Transitoria de la carta fundamental no contara con el aludido Tribunal Calificador. Se trataba del plebiscito en que la ciudadanía se pronunciaría acerca de la persona que los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y el general director de Carabineros propondrían al país para ocupar el cargo de presidente de la República entre 1989 y 1997, dando inicio al proceso de transición a la democracia.

La cuestión constitucional que se planteó radicaba en que la Decimoprimera Disposición Transitoria de la Constitución, tal y como lo hacía el proyecto de ley, establecía que el Tribunal Calificador de Elecciones comenzaría a regir con ocasión de la primera elección de senadores y diputados.

Sin embargo, la sentencia Rol 33 estimó que aceptar, literalmente, lo prescrito en esa disposición entraba en contradicción con el artículo 18 de la misma Constitución, pues allí se disponía –con carácter permanente– la regulación del sistema electoral público, el que no tendría eficacia para tan importante plebiscito, considerando que la existencia de un Tribunal Calificador de Elecciones "constituye una fase esencial y vital en los actos electorales y plebiscitarios, cuya ausencia impide prácticamente su realización legítima",[14] lo que era ratificado porque "ese plebiscito será la expresión de la voluntad del pueblo, quien ejerciendo la soberanía, resuelva sobre el acto político más importante con que se inicia el período en que cobrarán plena vigencia todas las disposiciones permanentes de la Carta Fundamental".[15]

Destaco, en consecuencia, de esta primera sentencia un elemento interpretativo muy relevante en materia electoral o de derechos políticos como es la interpretación sistemática de la Constitución.

---

[13] Ley 18.460, *Diario Oficial*, 15 de noviembre de 1985.

[14] Considerando 12° de la sentencia pronunciada el 24 de septiembre de 1985, Rol 33.

[15] Considerando 14° de la sentencia pronunciada el 24 de septiembre de 1985, Rol 33.

2. Segunda sentencia: Rol 43 de 1987

Se examinó, preventivamente y en ejercicio del control obligatorio de constitucionalidad, el proyecto de ley orgánica constitucional de partidos políticos, respecto del cual conviene tener en consideración que, en esta sentencia, se emitió pronunciamiento acerca de la constitucionalidad de exigir un número mínimo de ciudadanos inscritos en los registros electorales para constituir un partido político desde dos perspectivas: por una parte, para dirimir si el legislador tenía o no competencia para ello, lo que fue validado por el Tribunal y, por otra, si el requisito concreto que imponía la norma resultaba o no ajustado a la carta fundamental, en cuanto podía ser considerado excesivo y, por ello, afectar la esencia del derecho de asociación.

Desde luego, el Rol 43 es interesante, más allá de la cuestión vinculada a los partidos políticos (que se estimó ajustada a la Constitución) y, de ahí, a los derechos ciudadanos, porque es el primer pronunciamiento en torno de la esencia de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile, la que se entiende afectada "cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que 'se impide el libre ejercicio' en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entraban más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica",[16] en línea con lo que era, ya entonces, la jurisprudencia comparada, en Alemania y España, por ejemplo.

3. Tercera sentencia: Rol 53 de 1988

En este caso, el Tribunal examinó, también en control preventivo, el proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios que es actualmente la Ley 18.700,[17] de cuya sentencia quisiera destacar dos reflexiones del Tribunal que, si bien no condujeron a declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones respectivas, lo llevaron a instar al legislador a que completara la regulación inicialmente propuesta.

El primero, sobre la falta de disposiciones tendientes a evitar discriminaciones en materia de propaganda electoral por medio de la prensa, radioemisoras y canales de televisión para garantizar una efectiva igualdad entre las diferentes candidaturas o proposiciones en un plebiscito[18] y, el segundo, en relación con la obligación impuesta por el artículo 18 de la Constitución en orden a asegurar la plena igualdad entre independientes y miembros de partidos políticos,[19] sin perjuicio de reco-

---

[16] Considerando 21° de la sentencia pronunciada el 24 de febrero de 1987, Rol 43.

[17] *Diario Oficial*, 6 de mayo de 1988, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra contenido en el Decreto con Fuerza de Ley 2 de 2017.

[18] Considerando 10° de la sentencia pronunciada el 5 de abril de 1988, Rol 53.

[19] Considerando 15º de la sentencia pronunciada el 5 de abril de 1988, Rol 53.

nocer las diferencias entre unos y otros, en particular respecto del derecho de los independientes de contar con sedes oficiales y oficinas de propaganda y con apoderados en el ya mencionado plebiscito que regulaba la Vigesimoséptima Disposición Transitoria de la Constitución.[20]

4. Cuarta sentencia: Rol 2.777 de 2015

En esta oportunidad, el Tribunal se pronunció respecto de diversas objeciones que un grupo de senadores formuló al proyecto de ley que sustituía el sistema electoral binominal por un sistema electoral de carácter proporcional inclusivo y que fortalece la representación del Congreso Nacional,[21] donde, entre otros aspectos, se debatió acerca de la libertad de configuración que tiene el legislador para conformar los distritos electorales,[22] sobre el respeto del principio de igualdad respecto de la distribución territorial de escaños de diputados[23] y –lo primero que me interesa destacar– las normas sobre cuotas de candidatas femeninas a las elecciones primarias.

Los parlamentarios requirentes objetaban dos disposiciones: la que establecía que, en la totalidad de las declaraciones de candidaturas a diputados o senadores de los partidos, ni los candidatos hombres ni las candidatas mujeres podían superar el 60% del total respectivo, y una norma transitoria que disponía que, para las elecciones parlamentarias de los años 2017, 2021, 2025 y 2029, solo podía someterse al procedimiento de primarias hasta el 40% del total de candidaturas a diputados o senadores que se pudieran declarar en la elección definitiva. Sostenían que la cuota de género importaba una limitación para llevar candidaturas a una primaria que afectaba el derecho de los partidos de aspirar con completa libertad a un mecanismo de primarias vinculantes.[24]

El Tribunal resolvió que ambas reglas se ajustaban a la Constitución, entre otras razones,

> … porque el efecto de toda acción afirmativa es siempre afectar los procesos de selección, beneficiando a un grupo para compensar o corregir su situación histórica de discriminación. Por lo mismo, para garantizar el mecanismo de cuotas que el proyecto establece, no puede darse cauce libre a la aplicación de las primarias, porque eso podría implicar poner en peligro la cuota".[25]

---

[20] Considerando 18° de la sentencia pronunciada el 5 de abril de 1988, Rol 53.

[21] Ley 20.840, *Diario Oficial*, 5 de mayo de 2015.

[22] Considerando 2° de la sentencia pronunciada el 30 de marzo de 2015, Rol 2.777.

[23] Considerando 12° de la sentencia pronunciada el 30 de marzo de 2015, Rol 2.777.

[24] Considerando 27° de la sentencia pronunciada el 30 de marzo de 2015, Rol 2.777.

[25] *Ibid*., considerando 33° de la sentencia pronunciada el 30 de marzo de 2015, Rol 2.777.

En esta sentencia también se había impugnado la norma que cambió uno de los requisitos para constituir partidos políticos, disminuyendo el porcentaje de afiliación requerido para su formación, desde el 0,5% de los electores que efectivamente sufragaron en la última elección de diputados en cada una de las regiones en que se constituye, a un 0,25% porque, a su juicio, vulneraba la igualdad ante la ley al otorgar un privilegio a los partidos políticos frente a las candidaturas independientes.

Es interesante esta sentencia porque en sus considerandos 36° y 37° se realiza un completo examen de la jurisprudencia precedente del Tribunal sobre los criterios que ha ido configurando en materia de igualdad entre independientes y militantes de partidos que, como ya señalé, se conduce, por una parte, sobre la base de que el artículo 18 de la Constitución exige plena igualdad entre ellos, pero, de otra, es menester reconocer las diferencias que existen entre unos y otros. Asimismo, porque acude también al criterio de interpretación sistemático en sus considerandos 42° y 43°.

5. Quinta sentencia: Rol 4.103 de 2019

En esta sentencia, como en otras ocasiones (por ejemplo, en los roles 660, 1.152[26] y 2.916), examinamos el artículo 61 de la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, al tenor del cual

> … el alcalde o concejal cuyo derecho a sufragio se suspenda por alguna de las causales previstas en el artículo 16 de la Constitución Política de la República, se entenderá temporalmente incapacitado para el desempeño de su cargo, debiendo ser reemplazado, mientras dure su incapacidad, de conformidad a lo establecido en los artículos 62 y 78.

El Tribunal sostuvo la constitucionalidad de dicha norma también acudiendo a una interpretación sistemática, en cuanto la norma impugnada no arranca, exclusivamente, de la disposición constitucional contenida en el artículo 16 2° –que dispone la suspensión del sufragio respecto de quien es acusado por delito que merece pena aflictiva[27]– ni del artículo 18 que regula las bases del sistema electoral público, sino que es menester "examinar la normativa constitucional completa, sistemáticamente interpretada, en relación con los alcaldes y, especialmente, con lo dispuesto en los artículos 1° inciso cuarto, 4°, 8°, 119, 124 y 125, estos tres últimos, especialmente en sus respectivos

[26] Un comentario crítico a esta sentencia en Ignacio Barrientos Pardo, "Suspensión del derecho de sufragio por acusación penal. Vulneración constitucional de la presunción de inocencia", *Estudios Constitucionales* 9, n.° 2 (2011): 249-328.

[27] Karl Müller Guzmán y Evelyn Vicencio Rojas, "La suspensión del derecho a sufragio de las personas privadas de libertad como un acto de discriminación", *Revista de Derecho Público* 86 (2017): 57-73.

incisos primeros, de la Carta Fundamental",[28] esto es, debe tenerse en consideración especialmente el principio constitucional de probidad, cuya regulación legislativa en distintos ámbitos, incluyendo el municipal, da

> … cuenta de un proceso paulatino, pero progresivo e ininterrumpido, tendiente a aumentar significativamente la autonomía municipal, el origen democrático de los alcaldes y el reconocimiento y aplicación del respeto del principio de probidad en nuestro ordenamiento jurídico. Este proceso, indudablemente, ha dotado de amplias atribuciones a dichas Corporaciones y a quienes las dirigen, tanto desde la alcaldía como desde sus respectivos concejos, lo que también supone que unas y otros son sujetos de mayores deberes y más estricto escrutinio, por parte de la ciudadanía y de los órganos de control.[29]

Por ello, la disposición que declara temporalmente incapacitado para desempeñar el cargo de alcalde o concejal a quien se haya suspendido su derecho de sufragio

> … no es contraria a los artículos 4°, 5°, 16 y 18 de la Carta Fundamental. Se trata de un precepto legal que, conforme a lo previsto en los artículos 1° inciso cuarto, 4°, 8°, 119, 124 y 125 de la Constitución resulta coherente con el régimen democrático y un mecanismo legítimo para concretar el principio de probidad que se exige de todo órgano estatal y, por ello, también de los alcaldes, atendida su legitimidad democrática y dado que se encuentran a la cabeza de las municipalidades, dotadas de autonomía constitucional.[30]

6. Sexta sentencia: Rol 10.006 de 2020

Este último pronunciamiento se trata de un requerimiento de inaplicabilidad en contra del artículo 17 inciso primero de la Ley 18.556, Orgánica Constitucional sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral,[31] en virtud del cual "dentro de los cinco primeros días de cada mes, los Juzgados de Garantía deberán comunicar al Servicio Electoral las personas que, en el mes anterior, hayan sido acusadas por delito que merezca pena aflictiva o por delito que la ley califique como conducta terrorista".

Declaramos la inaplicabilidad, nuevamente, acudiendo a la interpretación sistemática,[32] pues si bien desde una primera perspectiva esa norma se podía estimar

---

[28] Considerando 17° de la sentencia pronunciada el 23 de julio de 2019, Rol 4.103.

[29] Considerando 12º de la sentencia pronunciada el 23 de julio de 2019, Rol 4.103.

[30] Considerando 20º de la sentencia pronunciada el 23 de julio de 2019, Rol 4.103.

[31] Cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley 5 de 2017.

[32] Considerando 13° de la sentencia pronunciada el 19 de agosto de 2021, Rol 10.006.

ajustada a la Constitución, en cuanto da eficacia a lo previsto en el artículo 16 2° de la carta fundamental que suspende el derecho de sufragio a quien sea acusado por delito que merezca pena aflictiva, estimamos que resultaba indispensable considerar también lo prescrito en el artículo 83 inciso tercero, al tenor del cual "las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa".

Frente a ese complejo normativo "no basta la sola acusación fiscal para que pueda concretarse en los términos contemplados en el artículo 17 inciso primero, desde la sentencia que pronunció esta Magistratura en el Rol 2.152, sino que, al menos, requiere que el auto de apertura de juicio oral se encuentre firme, lo cual exige intervención judicial,"[33] máxime si

> … resulta insoslayable, por la naturaleza y trascendencia del derecho a sufragio en el régimen democrático, para esta Magistratura sostener que el legislador, en el desarrollo regulatorio del artículo 16 2° de la Constitución, debe preservar que su suspensión sea radicalmente compatible con el respeto de los derechos fundamentales, especialmente en su esencia y sin imponer, condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio, como exige el artículo 19 26° de la Carta Fundamental, respecto de quienes son acusados en un proceso penal.[34]

Conclusiones

En palabras del exministro don Eugenio Valenzuela Somarriva:

> Las Constituciones, cualquiera que sea el significado o concepto que se tenga sobre ellas, ya sea desde un punto de vista formal o material, es lo cierto que constituyen la máxima expresión del Estado de Derecho, constituida por un conjunto de valores, principios y normas armónicas, concordadas, interrelacionadas entre sí, que dan origen a un cuerpo legislativo coherente, en el cual cada una de sus disposiciones se entienden en función de lo que establecen las demás.[35]

Este principio interpretativo, como se ha visto, ha sido muy relevante en materia electoral y de derechos políticos, junto con una amplia deferencia a la potestad legislativa para configurar ese sistema y regular el ejercicio del derecho al sufragio, acudiendo a la declaración de inconstitucionalidad, en el control preventivo, o de inaplicabilidad, en casos concretos, muy excepcionalmente.

---

[33] Considerando 32º de la sentencia pronunciada el 19 de agosto de 2021, Rol 10.006.

[34] Considerando 33º de la sentencia pronunciada el 19 de agosto de 2021, Rol 10.006.

[35] Eugenio Valenzuela Somarriva, "Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional", *Cuadernos del Tribunal Constitucional* 31 (2006): 24.

Bibliografía

Bargsted, Matías, Nicolás M. Somma y Benjamín Muñoz-Rojas. "Participación electoral en Chile. Una aproximación de edad, período y cohorte". *Revista de Ciencia Política* 39, n.° 1 (2019): 75-98.

Benítez Helmrich, Tomás. "El voto secreto en Chile: regímenes de publicidad y privacidad electoral 1872-1958". *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XLII (2021): 493-517.

Müller Guzmán, Karl y Evelyn Vicencio Rojas. "La suspensión del derecho a sufragio de las personas privadas de libertad como un acto de discriminación". *Revista de Derecho Público* 86 (2017): 57-73.

Nogueira Alcalá, Humberto. *Derecho constitucional chileno*, 770-907. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.

Valenzuela Somarriva, Eugenio. "Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional". *Cuadernos del Tribunal Constitucional* 31 (2006): 24.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXVIII, BOGOTÁ, 2022, PP. 141-157, ISSN 2346-0849

Paola Andrea Meneses Mosquera* **(Colombia)**

Deberes de protección del medio ambiente y derechos de la naturaleza en la Corte Constitucional de Colombia

RESUMEN

Este documento examina el alcance de los deberes estatales de protección del medio ambiente y de los derechos de la naturaleza en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Esto, con el objetivo de identificar, a partir de tres decisiones, las convergencias y divergencias de las salas de revisión y la Sala Plena, así como la interacción de las ramas políticas y los particulares, respecto de las problemáticas ambientales en Colombia. Además, este documento tiene el propósito de incentivar el diálogo jurisprudencial entre las cortes constitucionales de Colombia y la República Federal de Alemania en materia ambiental.

Palabras clave: deberes estatales de protección del medio ambiente; derechos de la naturaleza, Corte Constitucional de Colombia.

Duties to protect the environment and rights of nature in the Constitutional Court of Colombia

ABSTRACT

This document examines the scope of state duties to protect the environment and the rights of nature in the jurisprudence of the Constitutional Court of Colombia. Its objective is to identify, based on three decisions, the convergence or divergence between the review chambers and the Plenary Chamber, as well as the interaction of the political branches and individuals, with respect to environmental problems in Colombia. The document also has the purpose of encouraging the jurisprudential

* Abogada, Pontificia Universidad Javeriana; especialista en Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid; especialista en Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Javeriana; estudios avanzados en Derecho Público, Universidad Carlos III de Madrid. Magistrada de la Corte Constitucional de Colombia. paolaAM@corteconstitucional.gov.co / código orcid: 0000-0002-6946-6568.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

dialogue between the Constitutional Courts of Colombia and the Federal Republic of Germany in environmental matters.

Keywords: State duties to protect the environment; rights of nature; Constitutional Court of Colombia.

Die Pflichten zum Schutz der Umwelt und der Naturrechte in der Rechtsprechung des kolumbianischen Verfassungsgerichtshofs

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel analysiert den Umfang der staatlichen Schutzverpflichtungen gegenüber der Umwelt und den Naturrechten in der Rechtsprechung des kolumbianischen Verfassungsgerichtshofs. Dadurch soll auf der Grundlage von drei Entscheidungen sowohl den Übereinstimmungen und Abweichungen zwischen den Revisionskammern und dem Plenum als auch der Interaktion zwischen Politik und Partikularinteressen bei der Umweltproblematik in Kolumbien nachgegangen werden. Der Beitrag möchte darüberhinaus Anstöße zum Rechtsprechungsdialog in Umweltfragen zwischen den Verfassungsgerichten Kolumbiens und der Bundesrepublik Deutschland geben.

Schlagwörter: Staatliche Pflichten zum Umweltschutz; Naturrechte; kolumbianischer Verfassungsgerichtshof.

Introducción

La Ley Fundamental de Bonn y la Constitución Política de Colombia prevén contenidos normativos que tienen por finalidad la protección del medio ambiente. De un lado, el artículo 20A de la Ley Fundamental de Bonn (aprobado mediante reforma de 27 de octubre de 1994) dispone el deber estatal de proteger los fundamentos naturales de la vida y los animales, teniendo en cuenta su responsabilidad con las generaciones futuras. De otro lado, la Constitución Política de Colombia reconoce, en al menos 34 disposiciones, los deberes estatales de protección del medio ambiente.[1] Entre ellas, el artículo 79 contempla el derecho de todas las personas a "gozar de un ambiente sano" y el artículo 80 dispone que es deber del Estado "planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible". Así las cosas, el deber de protección de la naturaleza, en Colombia y Alemania, tiene estatus constitucional.

A su vez, la Corte Constitucional de la República Federal de Alemania (CCA) y la Corte Constitucional de Colombia (CCC) han proferido múltiples decisiones con fundamento en los referidos deberes de protección del medio ambiente. La

[1] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-095/16 de 25 de febrero de 2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo.

CCA ha reconocido, por ejemplo, (i) que las normas centrales para la protección del medio ambiente no están a disposición de los Estados (normas *ius cogens*),[2] (ii) que la protección de los ciudadanos de los peligros que puedan derivarse de las plantas nucleares es una obligación del Estado[3] y (iii) que el legislador tiene la obligación de regular la actualización de los objetivos de reducción de CO_2 a partir de 2031.[4]

Esta última decisión ha sido trascendental a nivel global. En esta sentencia, la Sala Primera de la CCA conceptualizó el deber de protección del medio ambiente a partir del análisis de la dimensión *temporal* de los derechos fundamentales y, en concreto, del derecho a la libertad. Esto, habida cuenta de que, a criterio de la Sala, las cantidades de emisiones de CO_2 permitidas implicarían restricciones importantes para los recurrentes en el futuro. Según la Corte, existe una "amenaza integral a la libertad",[5] al posponer "una parte considerable de las cargas de reducción de gases de efecto invernadero requeridas en virtud del art. 20a LF para el período posterior al año 2030",[6] lo que equivaldría a la "injerencia anticipada"[7] en la libertad de las futuras generaciones. En estos términos, la CCA precisó que el mandato de protección previsto por el artículo 20A de la Ley Fundamental obliga al Estado a "proteger los fundamentos naturales de la vida, en parte por responsabilidad con las generaciones futuras",[8] así como a distribuir "las cargas de protección ambiental entre generaciones".[9]

Por su parte, la CCC ha examinado, entre muchos otros, (i) el reconocimiento de la naturaleza como "sujeto de derechos",[10] (ii) el alcance de los deberes estatales de protección del medio ambiente en la minería ilegal[11] y (iii) el estatus jurídico de los animales silvestres.[12]

---

2 Corte Constitucional Federal de Alemania, Auto 2 BvR 955/00 de 26 de octubre de 2004, párrafo 97.

3 Corte Constitucional Federal de Alemania, Auto 2 BvL 8/77 de 8 de agosto de 1978, párrafo 108.

4 Corte Constitucional Federal de Alemania, Auto 1 BvR 2656/18 de 24 de marzo de 2021, párrafo 246.

5 Corte Constitucional Federal de Alemania, Auto 1 BvR 2656/18 de 24 de marzo de 2021, párrafo 117.

6 Corte Constitucional Federal de Alemania, Auto 1 BvR 2656/18 de 24 de marzo de 2021, párrafo 117.

7 Corte Constitucional Federal de Alemania, Auto 1 BvR 2656/18 de 24 de marzo de 2021, párrafo 184.

8 Corte Constitucional Federal de Alemania, Auto 1 BvR 2656/18 de 24 de marzo de 2021, párrafo 193.

9 Corte Constitucional Federal de Alemania, Auto 1 BvR 2656/18 de 24 de marzo de 2021, párrafo 193.

10 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 de 10 de noviembre de 2016, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, resolutivo cuarto.

11 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-259/16 de 18 de mayo de 2016, M. S. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

12 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

En este artículo se presentarán las mencionadas sentencias, consideradas como hitos en el establecimiento de los deberes de protección y derechos del medio ambiente en Colombia. Cabe mencionar, no obstante, que estos son, en primer lugar, pronunciamientos relevantes y recientes de la Corte sobre esta materia. En segundo lugar, a partir del análisis de estas sentencias, es posible identificar convergencias y divergencias de las jurisprudencias de las salas de revisión y la Sala Plena al respecto. En tercer lugar, las tres decisiones generan cuestionamientos sobre la interacción de los poderes públicos y los particulares en materia de medio ambiente, los límites constitucionales de las ramas políticas y el deber de autorrestricción de los jueces. Por lo demás, en los tres casos, estas decisiones han sido epicentro de reacciones políticas en favor y en contra de la intervención judicial.

Para el análisis de estas decisiones, se identificarán los siguientes elementos: (i) el contexto fáctico del caso objeto de examen, (ii) los antecedentes de la decisión y, por último, (iii) la decisión adoptada.

1. Sentencias en materia de protección al medio ambiente

1.1. Sentencia T-622 de 2016, emitida por la Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la CCC[13]

El río Atrato se ubica en el departamento del Chocó, al occidente de la República de Colombia. Este departamento tiene una extensión de 46.530 km²; "el 90% del territorio es zona especial de conservación".[14] En el Chocó habitan cerca de 540.000 ciudadanos; "el 87% de la población es afrodescendiente, 10% indígena y 3% mestiza".[15] El 48,5% de los habitantes del departamento "vive en condición de pobreza extrema",[16] y su índice de necesidades básicas insatisfechas es el más alto del país (82,8%).[17] Las principales actividades económicas de esta población son "la agricultura, la caza, la pesca y la minería artesanal".[18] Desde finales de los años noventa, múltiples actores –legales e ilegales– han desarrollado actividades de explotación minera mecanizada en los ríos del departamento.

---

13 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 de 10 de noviembre de 2016, cit.

14 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 de 10 de noviembre de 2016, cit., párrafo I. 1.2.

15 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 de 10 de noviembre de 2016, cit., párrafo I. 1.1.

16 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 de 10 de noviembre de 2016, cit., párrafo I. 1.9.

17 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 de 10 de noviembre de 2016, cit., párrafo I. 1.9.

18 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 de 10 de noviembre de 2016, cit., párrafo I. 1.7.

El río Atrato recorre parte importante del departamento del Chocó y es, por su navegabilidad, una de las principales rutas de este territorio. Para el momento de expedición de la sentencia, existían 200 entables mineros –campamento minero ilegal–.[19] En estas actividades de explotación se utilizaban aproximadamente 54 dragas de succión, elevadores hidráulicos y retroexcavadoras.[20] Estas máquinas "destruyen el cauce del río y realizan vertimientos indiscriminados de mercurio y otras sustancias e insumos requeridos para el desarrollo de estas actividades en el Atrato y sus afluentes".[21]

Mediante esta decisión, la Sala Sexta de Revisión de Tutelas resolvió una acción de tutela presentada por diversas comunidades que habitan la cuenca del río en contra de la Presidencia de la República y el Ministerio de Ambiente. Esto, con el objetivo de detener el "uso intensivo y a gran escala de diversos métodos de extracción minera y de explotación forestal ilegales".[22] Los demandantes señalaron que estas actividades vulneraban sus derechos a la vida, a la dignidad humana, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio. Además, resaltaron que el uso de esas maquinarias tiene "consecuencias nocivas e irreversibles en el medio ambiente, afectando con ello los derechos fundamentales de las comunidades étnicas y el equilibrio natural de los territorios que habitan",[23] así como en sus medios de subsistencia, vinculados de forma estrecha con el río Atrato. Al respecto, la Presidencia de la República solicitó la improcedencia de la acción de tutela y el Ministerio de Ambiente solicitó negar el amparo solicitado.

La Sala Sexta de Revisión amparó los derechos fundamentales de los accionantes y extendió los efectos para toda la comunidad afectada (*inter comunis*). Además, declaró la existencia de "una grave vulneración de los derechos fundamentales"[24] de las comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato, imputable al Gobierno nacional y a otras autoridades estatales, por su conducta omisiva "para enfrentar los múltiples problemas […] que aquejan a la región y que en los últimos años se han visto agravados por la realización de actividades intensivas de minería ilegal".[25] Dentro de las órdenes proferidas en la sentencia, considero necesario resaltar dos

---

19 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 de 10 de noviembre de 2016, cit., párrafo I. 2.3.

20 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 de 10 de noviembre de 2016, cit., párrafo IV. 9.1.

21 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 de 10 de noviembre de 2016, cit., párrafo I. 2.2.

22 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 de 10 de noviembre de 2016, cit., párrafo IV. 9.1.

23 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 de 10 de noviembre de 2016, cit., párrafo IV. 9.1.

24 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 de 10 de noviembre de 2016, cit., párrafo IV. 9.38.

25 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 de 10 de noviembre de 2016, cit., párrafo V. 3.

decisiones. De un lado, el reconocimiento del río Atrato, su cuenca y afluentes "como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas",[26] y, de otro lado, la prohibición del uso de sustancias tóxicas, como el mercurio, "en actividades de explotación minera"[27] legales e ilegales.

La Sala fundó su decisión de reconocer al río Atrato como "sujeto de derechos" en la necesidad de "avanzar en la interpretación del derecho aplicable y en las formas de protección de los derechos fundamentales y sus sujetos, debido al gran grado de degradación y amenaza en que encontró a la cuenca del río Atrato".[28] Para ello, conceptualizó tres aproximaciones teóricas para el examen de los deberes de protección del medio ambiente en sede judicial: (i) la visión antropocéntrica, que "concibe al ser humano presente como única razón de ser del sistema legal y a los recursos naturales como simples objetos al servicio del primero";[29] (ii) la visión biocéntrica, que aboga "–en igual medida– por los deberes del hombre con la naturaleza y las generaciones venideras"[30] y, por último, (iii) la visión ecocéntrica, que concibe "a la naturaleza como un auténtico sujeto de derechos".[31] En su criterio, solo esta última visión permitía "adoptar enfoques integrales sobre conservación que tomen en cuenta las profunda [sic] relación entre la diversidad biológica y la cultural".[32]

De otra parte, la Sala decidió prohibir la utilización de sustancias tóxicas como el mercurio en actividades de explotación minera,[33] en aplicación del *principio de precaución*, a partir de la *visión ecocéntrica* del deber de protección del medio ambiente. Para la Corte, el principio de precaución en materia ambiental implica que la ausencia de "certeza científica absoluta"[34] de las consecuencias que tendrá sobre el medio ambiente el desarrollo de un proyecto "no puede aducirse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para precaver la degradación del ambiente

---

26 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 de 10 de noviembre de 2016, cit., párrafo IV. 10.2.1.

27 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 de 10 de noviembre de 2016, cit., párrafo IV. 9.25.

28 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 de 10 de noviembre de 2016, cit., párrafo IV. 9.28.

29 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 de 10 de noviembre de 2016, cit., párrafo IV. 5.6.

30 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 de 10 de noviembre de 2016, cit., párrafo IV. 5.6.

31 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 de 10 de noviembre de 2016, cit., párrafo IV. 5.9.

32 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 de 10 de noviembre de 2016, cit., párrafo IV. 9.31.

33 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 de 10 de noviembre de 2016, cit., párrafo IV. 9.25.

34 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 de 10 de noviembre de 2016, cit., párrafo IV. 7.34.

y la generación de riesgos contra la salud".[35] En el caso concreto, la existencia de una duda razonable respecto de si las actividades mineras ilegales[36] –en particular, el vertimiento de mercurio y cianuro para obtener la separación del mineral de oro de las impurezas– afectan el "entorno natural o la salud de las personas",[37] obliga al Estado a tomar "las medidas que anticipen y eviten cualquier daño, y en caso de que esté causado, las medidas de compensación correspondientes".[38]

1.2. Sentencia C-259 de 2016, proferida por la Sala Plena de la CCC

De acuerdo con la Política Nacional para la Formalización de la Minería, Colombia es un país con tradición minera.[39] En concreto, la explotación de carbón, oro, níquel y esmeraldas, entre otros, ha sido determinante para el desarrollo económico y social del país.[40] La explotación minera representa, según cifras de la Asociación Colombiana de Minería, el 12% de la inversión extranjera en Colombia, así como el 27% de las exportaciones del país. En los municipios mineros, el 79% de la economía depende de la minería.[41] A la vez, el sector minero enfrenta grandes retos, entre los cuales se cuentan los altos índices de informalidad, la extracción ilícita de minerales por parte de organizaciones criminales y la conflictividad social en las regiones.[42] Para el año 2016, el 63% de las unidades productivas mineras eran informales, en tanto no tenían título minero, y, de estas, el 98% correspondían a pequeña y mediana minería, es decir, entre 5 y 70 empleados.[43] Conforme al Ministerio de Minas,

---

35 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 de 10 de noviembre de 2016, cit., párrafo IV. 7.38.

36 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 de 10 de noviembre de 2016, cit., párrafo IV. 9.25.

37 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 de 10 de noviembre de 2016, cit., párrafo IV. 9.25.

38 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 de 10 de noviembre de 2016, cit., párrafo IV. 9.25.

39 López, Silvio Andrés, *Política Minera de Colombia: bases para la minería del futuro* (Bogotá, D. C.: Ministerio de Minas y Energía, 2016), acceso el 27 de julio de 2022, https://biblioteca.minminas.gov.co/pdf/POLITICA%20MINERA.pdf.

40 López, *Política…*

41 Asociación Colombiana de Minería, Economía, acceso el 22 de junio 2022, https://acmineria.com.co/economia/.

42 López, *Política…*

43 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-259/16 de 18 de mayo de 2016, cit., párrafo III. 6.7.1.2.9.

durante el año 2020, la minería ilegal afectó 100.752 hectáreas[44] y es la cuarta causa de deforestación en el país.[45]

En la Sentencia C-259 de 2016, la Sala Plena de la CCC examinó la demanda interpuesta por el Defensor del Pueblo en contra del artículo 165 de la Ley 685 de 2001. Mediante esta norma, el legislador había previsto la renuncia temporal al ejercicio de la acción penal y el control administrativo de los explotadores de yacimientos mineros sin título –mayoritariamente pequeños mineros– con el objetivo de incentivar su formalización. En criterio del Defensor del Pueblo, esta norma vulneraba los mandatos constitucionales de protección del medio ambiente y recursos naturales, así como el deber del Estado de investigar y sancionar delitos contra el medio ambiente.

La Corte declaró la exequibilidad de la norma demandada. Esto, en la medida en que atendía a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Al respecto, resaltó que si bien el legislador cuenta con la función de determinar los escenarios y la forma en que los cuatro deberes estatales respecto del medio ambiente deben operar (a saber, la prevención, la mitigación, la indemnización y la punición), corresponde a la Corte verificar que las decisiones del legislador no desconozcan (i) mandatos imperativos expresos previstos por la Constitución o (ii) los principios de razonabilidad o proporcionalidad.

En relación con los deberes estatales de protección del medio ambiente, la Sala Plena precisó que, a pesar de que "su naturaleza y alcance se infiere de varios mandatos de la Carta, no existe un desarrollo normativo completo sobre cada uno de ellos".[46] Por esta razón, dicha función "se delega de manera expresa en el legislador, a quien le corresponde determinar los escenarios en los que cada uno de ellos tiene operancia, bajo la lógica de obtener una adecuada gestión ambiental".[47] Para la Corte, el Congreso de la República está autorizado "para definir las medidas legales que, respecto de cada actividad económica o social, el Estado puede implementar".[48] Incluso, en el ámbito del deber de sanción, "está legitimado para graduar su

---

44 Ministerio de Minas y Energía y Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Explotación de oro de aluvión. Evidencias a partir de percepción remota 2020* (Bogotá, D. C.: Ministerio de Minas y Energía, 2020), acceso el 27 de julio de 2022, https://www.unodc.org/documents/colombia/2021/Agosto/Colombia_Explotacion_de_Oro_de_Aluvion_EVOA_Evidencias_a_partir_de_percepcion_remota_2020.pdf.

45 Ministerio de Ambiente, "Gobierno Nacional radica proyecto de ley contra la explotación ilícita de minerales", acceso el 27 de julio de 2022, https://www.minambiente.gov.co/cambio-climatico-y-gestion-del-riesgo/gobierno-nacional-radica-proyecto-de-ley-contra-la-explotacion-ilicita-de-minerales/.

46 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-259/16 de 18 de mayo de 2016, cit., párrafo III. 6.7.3.3.1.

47 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-259/16 de 18 de mayo de 2016, cit., párrafo III. 6.7.3.3.1.

48 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-259/16 de 18 de mayo de 2016, cit., párrafo III. 6.7.3.3.1.

procedencia, priorizando los correctivos administrativos sobre el reproche penal, dado el carácter de última y extrema *ratio* de este último".[49]

Respecto al análisis de proporcionalidad de la norma en comento, la Corte efectuó el control judicial mediante un juicio de leve intensidad de razonabilidad.[50] Es decir, limitó el examen constitucional a verificar que (i) el fin que persigue la norma fuera legítimo y (ii) el medio elegido por el legislador fuera adecuado para alcanzar el propósito perseguido. En relación con el primer elemento, la Sala Plena concluyó que el fin de la norma no era otro que estimular el proceso de formalización minera,[51] con el objetivo de (i) regularizar el aprovechamiento de los recursos a la luz del deber de protección de los pequeños mineros de hecho,[52] así como (ii) "operativizar" los instrumentos de prevención, mitigación y control ambiental. En relación con el segundo elemento, la CCC concluyó que la exclusión de las medidas sancionatorias estaba vinculada con la lógica del proceso de legalización. Esto, habida cuenta de que "se autoriza de manera temporal la explotación de una mina sin título, a partir de la especial consideración que el Legislador le otorga a una situación de hecho que fue permitida y que, en cierta medida […] supone la creencia objetiva de su correspondencia con el derecho a partir de una especie de confianza legítima".[53]

En esta decisión, la Corte prestó especial atención a los procesos de formalización minera como "un mecanismo al cual debe acudir el Estado para lograr acercar una realidad social a las exigencias que se imponen en la ley para efectos de explorar y explotar un yacimiento" y, de esta forma, "brindar una solución frente a quienes han tenido en dicho oficio la fuente por excelencia de su subsistencia".[54] Con esto, para la Corte, si bien se excluyen algunas medidas sancionatorias con la finalidad de incentivar el proceso de legalización minera, "en ningún momento el Estado pierde la generalidad de las atribuciones de control para mantener y preservar el medio ambiente".[55] Por el contrario, "asume una política en la que al mismo tiempo que da respuesta a una realidad social que le demanda otorgar

---

49 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-259/16 de 18 de mayo de 2016, cit., párrafo III. 6.7.3.3.1.

50 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-259/16 de 18 de mayo de 2016, cit., párrafo III. 6.7.3.3.1.

51 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-259/16 de 18 de mayo de 2016, cit., párrafo III. 6.7.3.3.3.

52 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-259/16 de 18 de mayo de 2016, cit., párrafo III. 6.7.3.3.3.

53 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-259/16 de 18 de mayo de 2016, cit., párrafo III. 6.7.3.3.4.

54 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-259/16 de 18 de mayo de 2016, cit., párrafo III. 6.7.1.2.

55 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-259/16 de 18 de mayo de 2016, cit., párrafo III. 6.7.3.3.1.

soluciones […], logra imponer un mecanismo idóneo de control y defensa sobre los recursos naturales".[56]

De los nueve magistrados que integraban la Sala Plena, solo el magistrado Jorge Iván Palacio Palacio salvó el voto a la decisión adoptada por la mayoría. Esto, por cuanto consideró que la norma examinada debió ser declarada inexequible, en la medida en que "infringe abiertamente el mandato constitucional de protección al medio ambiente sano y de los recursos naturales renovables y no renovables, así como el deber del Estado de investigar y sancionar –sin excepciones– todos los delitos contra el medio ambiente".[57] En su opinión, en virtud de los principios de precaución y prevención, "es necesario perseguir la minería de hecho o ilegal con todas las herramientas que provee nuestro ordenamiento jurídico, esto es, con medidas administrativas […] y penales […] y no con excepciones a la aplicación de las mismas como pretende la norma acusada".[58]

1.3. Sentencia SU-016 de 2020, emitida por la Sala Plena de la CCC[59]

"Chucho" es un oso de anteojos que nació en la Reserva Natural La Planada, ubicada en el departamento de Nariño, al sur del país.[60] El oso tenía entre 22 y 24 años de edad, y había permanecido en cautiverio durante toda su vida.[61] En el año 2017, el oso fue trasladado del departamento de Caldas al Zoológico de Barranquilla (Fundazoo). Una vez ubicado en dicho lugar, un ciudadano presentó una acción de *habeas corpus* a favor del oso, al considerar que dicha situación "generaría su cautiverio indefinido, permanente e irreversible, situación que resultaría incompatible con el derecho del oso a vivir en su medio ambiente y en condiciones propias de su especie".[62] En segunda instancia, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia concedió el recurso y ordenó a Fundazoo, entre otros, el traslado de "Chucho" "a una zona que garantice su bienestar, en condiciones de semicautiverio, y prioritariamente en la Reserva Natural Río Blanco"[63] (Caldas). Para la Corte Suprema de Justicia, "aunque

---

56 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-259/16 de 18 de mayo de 2016, cit., párrafo III. 6.7.3.3.1.

57 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-259/16 de 18 de mayo de 2016, cit., El salvamento de voto del magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, párrafo 1.

58 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-259/16 de 18 de mayo de 2016, cit., El salvamento de voto del magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, párrafo 3.

59 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020, cit.

60 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020, cit., párrafo I. 1.1.

61 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020, cit., párrafo I. 1.2.

62 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020, cit., párrafo I. 1.3.

63 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020, cit., párrafo I. 1.3.2.

en principio el *habeas corpus* tiene por objeto garantizar la libertad de circulación de las personas, eventualmente podría ser utilizado para exigir la protección de animales que, en su condición de seres sintientes y sujetos de derechos, pueden ver amenazada su integridad y sus condiciones básicas de existencia".[64]

La Sala Plena de la CCC resolvió una acción de tutela presentada por Fundazoo en contra de la Corte Suprema de Justicia. Esto, al considerar que la decisión de la Sala de Casación Civil vulneró su derecho al debido proceso, por tres razones. Primera, "ignoró por completo la naturaleza jurídica del *habeas corpus*".[65] Segunda, desconoció "el material probatorio que daba cuenta de la verdadera situación de bienestar del Oso Chucho y del daño que se le provocaría al ser trasladado a otro lugar en situación de semicautiverio".[66] Tercera, "obvió la motivación propia de toda decisión judicial".[67] Para el accionante, "la decisión judicial asimila el status jurídico de los animales con el de los seres humanos asumiendo que ambos son sujetos de derechos, y, de manera artificiosa, extiende los instrumentos establecidos para la defensa y garantía de los derechos de estos últimos, para promover el bienestar de los primeros".[68]

La Sala Plena de la CCC amparó el derecho al debido proceso del accionante y, por consiguiente, dejó sin efectos la decisión de conceder el *habeas corpus* adoptada por la Corte Suprema de Justicia. Esto, habida cuenta de que "el *habeas corpus* constituye una vía manifiestamente inconducente" para discutir el asunto planteado por el solicitante, razón por la cual la accionada habría incurrido en defecto procedimental absoluto. Lo anterior, en la medida en que (i) el debate jurídico "no apunta a obtener la libertad de una persona que se ha visto arbitrariamente privada de ella, sino a garantizar los estándares del bienestar animal" y (ii) la controversia "no se centra en la ilegalidad del cautiverio […], puesto que su estancia en dicho lugar se encuentra soportado jurídicamente y avalado por las instancias ambientales competentes".[69] Además, para la Sala Plena, el carácter sumarial del *habeas corpus* es "inadecuado para abordar los muy complejos asuntos que rodean el examen del bienestar de los animales silvestres que se encuentran legalmente en cautiverio".[70]

---

64 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020, cit., párrafo I. 1.3.2.

65 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020, cit., párrafo I. 2.1.

66 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020, cit., párrafo I. 2.1.

67 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020, cit., párrafo I. 2.1.

68 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020, cit., párrafo I. 2.4.

69 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020, cit., párrafo II. 5.2.2.

70 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020, cit., párrafo II. 5.2.3.

En relación con el estatus jurídico de los animales, la Sala Plena reconoció que "el estatus de los animales en el ordenamiento jurídico colombiano es variado y multiforme".[71] En concreto, explicó que los animales silvestres son "relevantes desde el punto de vista constitucional"[72] desde dos perspectivas: (i) como "elementos integrantes de la naturaleza",[73] según la cual los animales silvestres "no son reconocidos en tanto individuos sino como ejemplares de una especie silvestre que cumple distintas funciones ecosistémicas que son tuteladas en atención al deber constitucional de protección al medio ambiente",[74] y (ii) como "individuos sintientes que tienen un valor propio independientemente de su aporte ecosistémico",[75] en virtud del cual los animales son "reconocidos como seres que tienen un valor propio".[76]

Para la Corte, dichas aproximaciones son "complementarias, pero no necesariamente pacíficas".[77] Sin embargo, la Sala Plena no reconoció al oso como "sujeto de derechos", en los términos solicitados por el accionante y varios de los intervinientes. Al respecto, la Sala se limitó a indicar que las dos perspectivas "parten de supuestos conceptuales y teóricos y de sensibilidades distintas que, en determinados eventos, pueden conducir a soluciones y respuestas diferentes frente a las problemáticas que plantea la protección de los animales".[78] Así, por ejemplo, "el ambientalismo reclama la consideración del ecosistema como un todo, desde una perspectiva sistémica y global, mientras que el animalismo parte del reconocimiento del valor intrínseco de los animales, al margen de su relevancia y de sus funciones ecosistémicas".[79]

A partir de esas consideraciones, la Sala Plena precisó que "el deber general de proteger el medio ambiente estatuido en la Constitución Política y en la legislación que la desarrolla, conlleva el deber de proteger la fauna silvestre",[80] al tiempo que

---

71 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020, cit., párrafo II.3.

72 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020, cit., párrafo II.3.

73 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020, cit., párrafo II.3.

74 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020, cit., párrafo II.3.

75 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020, cit., párrafo II. 3.

76 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020, cit., párrafo II. 3.

77 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020, cit., párrafo II. 3.

78 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020, cit., párrafo II. 3.

79 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020, cit., párrafo II. 3.

80 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020, cit., párrafo II. 3.1.1.

"los animales silvestres son objeto de protección jurídica en tanto individuos a los que el ordenamiento constitucional les reconoce un valor intrínseco, y en razón del cual existe una prohibición de maltrato y un imperativo de bienestar animal",[81] bajo la categoría de "seres sintientes".[82]

La sentencia fue adoptada por una mayoría de siete magistrados, cinco de los cuales aclararon su voto. A su vez, dos magistrados salvaron su voto. De un lado, las aclaraciones de voto, presentadas por los magistrados Gloria Stella Ortiz Delgado, Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo, Cristina Pardo Schlesinger y José Fernando Reyes Cuartas, discuten diversos puntos de la argumentación de la decisión. Para la magistrada Ortiz, el "carácter de ser sintiente no es un condición necesaria ni suficiente para la adscripción a los animales de la categoría jurídica de sujeto de derechos".[83] Para la magistrada Pardo, la categoría de los animales sintientes "termina concediendo mayor protección a la vida animal que a la vida de seres humanos concebidos y no nacidos".[84] Para el magistrado Reyes, la decisión adoptada "no implica desconocer la protección jurídica hasta ahora reconocida a los animales".[85]

De otro lado, los magistrados Diana Fajardo Rivera y Alberto Rojas Ríos salvaron voto de forma parcial.[86] La magistrada Fajardo señaló que, a su criterio, el caso del oso "Chucho" exigía a la CCC "avanzar en el esclarecimiento del lugar que los seres sintientes, los animales no humanos, tienen en una sociedad progresista y garantista, con la idea, no de zanjar debates, sino de explorar otros caminos".[87] En opinión de la magistrada, "los animales sí son titulares de intereses jurídicamente relevantes para nuestro ordenamiento, intereses que pueden ser denominados derechos".[88]

---

81 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020, cit., párrafo II. 3.

82 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020, cit., párrafo II. 3.

83 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020, cit., La aclaración de voto de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, párrafo 4.

84 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020, cit. La aclaración de voto de la magistrada Cristina Pardo Schlesinger.

85 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020, cit. Las aclaraciones de los magistrados Linares y Lizarazo no obran en la sentencia publicada por la Relatoría de la CCC.

86 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020, cit. El salvamento de voto del magistrado Rojas no obra en la sentencia publicada por la Relatoría de la CCC.

87 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020, cit. El salvamento de voto de la magistrada Diana Fajardo Rivera, párrafo 4.

88 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020, cit. El salvamento de voto de la magistrada Diana Fajardo Rivera, párrafo 116.

2. Últimos desarrollos

De manera reciente, la Corte ha emitido dos sentencias sobre el deber de protección del medio ambiente. Primero, la Sentencia T-413 de 2021. Por medio de esta providencia, la Sala Sexta amparó los derechos fundamentales de los accionantes a "la participación ambiental". Esto, por cuanto las autoridades ambientales no permitieron, en debida forma, que las comunidades afectadas plantearan sus inquietudes sobre el impacto que podría tener la aspersión aérea con glifosato en su derecho a gozar, entre otros, del medio ambiente sano. Al respecto, la Sala señaló que, al deber de protección del medio ambiente se adscribe, como correlativo normativo, el derecho de participación de las comunidades en la formulación y en la implementación de políticas públicas medioambientales. Segundo, la Sentencia C-148 de 2022.[89] Mediante esta decisión, la Sala Plena declaró inexequible la pesca deportiva, esto es, la que se lleva a cabo con fines de recreación o ejercicio. Como antecedente, esta disposición tiene la Sentencia C-045 de 2019,[90] por medio de la cual la Corte declaró inexequible la caza deportiva. La Sentencia C-148 de 2022 se fundó en que "la pesca deportiva es una actividad que vulnera el principio de precaución y la prohibición de maltrato animal".[91] Al respectó, la Corte reiteró que "el mandato de protección a los animales se desprende del principio de constitución ecológica, la función social de la propiedad y la dignidad humana; y señaló que, en ese contexto, el Legislador y la Corte han considerado a los animales como seres sintientes".[92] Estas decisiones también han dado lugar a importantes disensos en el interior de la Corte.

Conclusiones

Con base en las sentencias examinadas, es posible identificar algunas conclusiones preliminares sobre el alcance y la aplicación del deber estatal de protección del medio ambiente en la jurisprudencia de la CCC:

1. La protección del medio ambiente forma parte de la agenda de la CCC. Por esta razón, día tras día, la adjudicación de casos con fundamento en este deber cobra más relevancia en términos de interacción institucional entre los jueces y las ramas políticas, así como otros actores no estatales que, como el sector privado y las comunidades, inciden o son objeto directo de las decisiones en

---

89 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-148/22 de 27 de abril 2022, M. P. Diana Constanza Fajardo Rivera.

90 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-045/19 de 6 de febrero de 2019, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

91 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-148/22 de 27 de abril 2022, cit., párrafo 3.

92 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-148/22, 27 de abril 2022, cit., párrafo 3.

materia ambiental. En dicho contexto, las obligaciones estatales de protección del medio ambiente son examinadas por la CCC no solo desde el deber objetivo de cuidado de la naturaleza, sino desde los derechos subjetivos de quienes pueden verse afectados por las políticas públicas con incidencia en el medio ambiente.

2. El control judicial de la política ambiental es, hoy por hoy, uno de los escenarios de tensión entre las ramas políticas y los jueces. La CCC reconoce que, en la definición del alcance y contenido de los mandatos de protección ambiental, el juez constitucional debe ser deferente con el Legislador y la administración, habida cuenta de que son decisiones que corresponden a los órganos democráticos y técnicos. Sin embargo, la Corte ha insistido en que los deberes de protección del medio ambiente son asuntos de relevancia constitucional, que deben ser examinados en el marco del control de constitucionalidad.
3. La jurisprudencia constitucional no ha sido uniforme respecto del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos. De un lado, la Sala Sexta de Revisión reconoció al río Atrato como sujeto de derechos (T-622 de 2016).[93] De otro lado, la Sala Plena no reconoció al oso "Chucho" como sujeto de derechos y resaltó que el debate acerca de los derechos de la naturaleza está "en proceso de construcción y elaboración"[94] (SU-016 de 2020). Sin embargo, la jurisprudencia de la CCC ha sido uniforme en su defensa del medio ambiente, así como en exigir de todos los actores implicados –estatales y no estatales– el cumplimiento de los deberes derivados de los mandatos constitucionales de protección del medio ambiente.
4. El alcance del deber de protección del medio ambiente y de los derechos de la naturaleza ha generado importante controversia en el interior de la Corte. Las sentencias y los votos disidentes expuestos son ejemplo de esta controversia. Como esta Corte lo ha reconocido, la discusión sobre los derechos de la naturaleza se enmarca en las profundas concepciones ideológicas, filosóficas y políticas de la sociedad en su conjunto, reflejadas en las tesis mayoritarias, pero también en los disensos, de la Corte.
5. La CCC ha fundado sus decisiones en la protección de las libertades de las generaciones presentes que habitan los territorios y que, por sus condiciones económicas y sociales, pueden sufrir de forma inmediata las consecuencias del incumplimiento estatal del deber de protección del medio ambiente. Ejemplo de ello son las decisiones de la CCC sobre minería ilegal y el reconocimiento de los derechos del río Atrato. A pesar de que en dichas decisiones la Sala Plena y la Sala Sexta de Revisión se aproximaron al examen de los deberes de protección del medio ambiente en sede judicial de formas distintas –biocéntrica y ecocéntrica, respectivamente–, en ambos casos las condiciones

---

93 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 de 10 de noviembre de 2016, cit.

94 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020, cit.

socioeconómicas de las comunidades que podrían verse afectadas fueron determinantes en el análisis.

Bibliografía

Asociación Colombiana de Minería. Economía. Acceso el 22 de junio 2022. https://acmineria.com.co/economia/.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-095/16 de 25 de febrero de 2016. M. P. Alejandro Linares Cantillo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-259/16 de 18 de mayo de 2016. M. S. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-622/16 de 10 de noviembre de 2016. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-045/19 de 6 de febrero de 2019. M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-016/20 de 23 de enero de 2020. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-148/22 de 27 de abril 2022. M. P. Diana Constanza Fajardo Rivera.

Corte Constitucional Federal de Alemania. Auto 2 BvL 8/77 de 8 de agosto de 1978.

Corte Constitucional Federal de Alemania. Auto 2 BvR 955/00 de 26 de octubre de 2004.

Corte Constitucional Federal de Alemania. Auto 1 BvR 2656/18 de 24 de marzo de 2021.

López, Silvio Andrés. *Política Minera de Colombia*: *bases para la minería del futuro*. Bogotá, D. C.: Ministerio de Minas y Energía, 2016. Acceso el 27 de julio de 2022. https://biblioteca.minminas.gov.co/pdf/POLITICA%20MINERA.pdf.

Ministerio de Minas y Energía y Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Explotación de oro de aluvión. Evidencias a partir de percepción remota 2020.* Bogotá, D. C.: Ministerio de Minas y Energía, 2020. Acceso el 27 de julio de 2022. https://www.unodc.org/documents/colombia/2021/Agosto/Colombia_Explotacion_de_Oro_de_Aluvion_EVOA_Evidencias_a_partir_de_percepcion_remota_2020.pdf.

Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Gobierno Nacional radica proyecto de ley contra la explotación ilícita de minerales*. Acceso el 27 de julio de 2022. https://www.minambiente.gov.co/cambio-climatico-y-gestion-del-riesgo/gobierno-nacional-radica-proyecto-de-ley-contra-la-explotacion-ilicita-de-minerales/.

Eje 1: La corrupción y los derechos humanos en el ámbito del derecho constitucional

- Mônia Clarissa Hennig Leal (Brasil)
  Dérique Soares Crestane (Brasil)
  O reconhecimento de um direito fundamental à proteção de dados pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro: uma análise à luz da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e suas repercussões no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados
- Eduardo Torres Alonso (México)
  Corrupción y mujeres. Condiciones interseccionales de vulnerabilidad y políticas para su combate
- David Oconitrillo Fonseca (Costa Rica)
  Algunas consideraciones acerca del rol de los tribunales constitucionales ante el fenómeno de la corrupción en los Estados de derecho
- Ívinna Ellionay Alves dos Santos (Brasil)
  Thiago Oliveira Moreira (Brasil)
  Leonardo Oliveira Freire (Brasil)
  O princípio anticorrupção e a sua inserção no processo de constitucionalização do direito internacional
- Felipe Franco-Gutiérrez (Colombia)
  La protección del denunciante de corrupción como defensor de derechos humanos en el sistema interamericano

Mônia Clarissa Hennig Leal* **(Brasil)**
Dérique Soares Crestane** **(Brasil)**

O reconhecimento de um direito fundamental à proteção de dados pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro: uma análise à luz da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e suas repercussões no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados***

RESUMO

A partir da análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387/DF, bem como dos deveres estatais decorrentes da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, em especial o dever de proteção estatal, questiona-se quais foram os fundamentos

* Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls-Universität-Heidelberg e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professora do Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. moniah@unisc.br / código orcid: 0000-0002-3446-1302.

** Doutorando no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul, na linha Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas. Bolsista Prosuc/Capes. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa Prosuc/Capes, processo nº 88887.603542/2021-00. Membro do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta", vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal. Lattes: http://lattes.cnpq.br/1933600559383294. dscrestane@gmail.com / código orcid: 0000-0002-6331-2648.

*** Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa "'Teoria da essencialidade' (*Wesentlichkeitstheorie*) e discriminação algorítmica: *standards* protetivos em face do Supremo Tribunal Federal e da Corte IDH – proposta de parâmetros de controle", financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq (Bolsa de Produtividade em Pesquisa – Processo 309115/2021-3). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta" (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (ambos financiados pelo Finep e ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para o reconhecimento de um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais e quais os deveres estatais decorrentes desta interpretação, com especial enfoque na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Pode-se afirmar que o tribunal brasileiro reconheceu o direito fundamental à proteção de dados pessoais como decorrência de uma interpretação sistêmica da Constituição Federal de 1988, entendendo ainda que dele decorrem deveres de proteção estatal, como a necessidade de uma legislação clara acerca de eventuais relativizações.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; direito fundamental à proteção de dados pessoais; dever de proteção estatal.

The recognition of a fundamental right to data protection by the Brazilian Federal Supreme Court: an analysis in the light of the objective dimension of fundamental rights and their repercussions within the scope of the General Data Protection Law

ABSTRACT

From the analysis of the Direct Action of Unconstitutionality nº 6.387/DF, as well as the state duties arising from the objective dimension of fundamental rights, in particular the duty of state protection, it is questioned what were the grounds used by the Federal Supreme Court for the recognition of an autonomous fundamental right to the protection of personal data and what are the state duties arising from this interpretation, with a special focus on the General Data Protection Law (LGPD). It can be said that the Brazilian court recognized the fundamental right to the protection of personal data as a result of a systemic interpretation of the Federal Constitution of 1988, also understanding that state protection duties derive from it, such as the need for clear legislation about possible relativizations.

Keywords: Federal Supreme Court; fundamental right to the protection of personal data; duty of state protection.

– Unisc). Também se insere no âmbito do projeto de cooperação internacional "Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana: recepção da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua utilização como parâmetro para o controle jurisdicional de Políticas Públicas pelos Tribunais Constitucionais", financiado pela Capes (Edital PGCI 02/2015 – Processo 88881.1375114/2017-1 e Processo 88887.137513/2017-00).

Die Anerkennung des Grundrechts auf den Schutz personenbezogener Daten durch das Oberste Bundesgericht Brasiliens: eine Analyse im Lichte der objektiven Dimension der Grundrechte und ihres Einflusses auf das allgemeine Datenschutzgesetz

ZUSAMMENFASSUNG

Ausgehend von der Analyse der direkten Verfassungswidrigkeitsklage Nr. 6.387/DF und der aus der objektiven Dimension der Grundrechte abgeleiteten staatlichen Pflichten, insbesondere der staatlichen Schutzpflicht, wird der Frage nachgegangen, worauf sich das Oberste Bundesgericht bei seiner Anerkennung eines eigenständigen Grundrechts auf den Schutz personenbezogener Daten stützte und welche staatlichen Verpflichtungen sich aus dieser Interpretation ergeben, insbesondere hinsichtlich des allgemeinen Datenschutzgesetzes (LGPD). Dabei lässt sich feststellen, dass das brasilianische Gericht das Grundrecht auf den Schutz personenbezogener Daten als Folge einer systemischen Interpretation der Bundesverfassung von 1988 anerkannt und darüberhinaus festgestellt hat, dass daraus staatliche Schutzpflichten wie etwa die Notwendigkeit einer klaren Gesetzgebung über mögliche Relativierungen folgen.

Schlagwörter: Oberstes Bundesgericht; Grundrecht auf den Schutz personenbezogener Daten; staatliche Schutzpflicht.

Introdução

No contexto pós Segunda Guerra Mundial, o reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais foi um grande avanço na concretização e no fortalecimento destes direitos. Aquilo que apenas podia ser exigido em face do Estado passa, neste novo paradigma, a ser garantido também por meio dele, que possui o dever de criar mecanismos suficientes e condições adequadas para viabilizar o exercício dos direitos fundamentais. Durante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF, que analisou a constitucionalidade da medida provisória n.º 954, de 17 de abril de 2020, que dispôs acerca do compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a fim de produzir a estatística oficial durante a pandemia ocasionada pela covid-19, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, a partir de uma leitura sistemática da Constituição Federal de 1988, reconheceu a existência de um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais, bem como a existência de um dever de proteção estatal em relação a ele.

Neste contexto, pretende-se enfrentar o seguinte questionamento de pesquisa: quais foram os fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para o reconhecimento de um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais e quais os deveres estatais decorrentes desta interpretação, com especial enfoque na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)? Para tanto, primeiramente é elaborado um

estudo acerca da noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais e de suas decorrências doutrinárias. Em um segundo momento, são analisados os deveres de proteção estatal originados a partir dos conceitos de "proibição de proteção insuficiente" e de "proibição de excesso". Por fim, é analisado o inteiro teor da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF, de onde são retirados os fundamentos utilizados para o reconhecimento de um direito fundamental autônomo à proteção de dados, bem como suas repercussões no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Utiliza-se o método de abordagem hipotético-dedutivo e o método de procedimento analítico, na medida em que é analisada a decisão objeto da pesquisa e extraídos os fundamentos da declaração de um direito fundamental autônomo de proteção de dados pessoais, bem como os deveres estatais existentes na concepção do Supremo Tribunal Federal. A técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica, especialmente no que se refere às teorias que sustentam a análise da decisão.

1. A noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais: Aspectos conceituais

O resgate do desdobramento do conteúdo jurídico objetivo dos direitos fundamentais é uma das inovações de maiores consequências do período pós Segunda Guerra. Fala-se em resgate pois, de acordo com Grimm,[1] apesar da difundida ideia de que a primeira dimensão dos direitos fundamentais foi a subjetiva, os elementos históricos apontam o contrário. Isso porque essa concepção está ligada à revolução americana. Os colonos americanos possuíam déficits nos direitos de liberdade a eles previstos pela lei infraconstitucional inglesa, sendo constantemente violados a partir de atos normativos do parlamento inglês, local em que não possuíam representatividade. Nesse contexto de déficit de direitos, os americanos foram forçados a romper com a metrópole inglesa e construir um poder estatal próprio, onde os direitos à liberdade foram elevados a normas constitucionais. Neste momento histórico, surge a concepção de que os direitos fundamentais surgiram em sua face subjetiva, por meio da defesa dos indivíduos frente a intervenções estatais.

Na França, país europeu de surgimento dos direitos fundamentais, o contexto é diferente, uma vez que a revolução francesa se diferencia da revolução americana tanto no ponto de partida, quanto no objetivo. Enquanto as colônias americanas já desfrutavam de uma ordem social considerada liberal no século XVIII, a França não se caracterizava nem pela liberdade, nem pela igualdade, mas apenas por deveres e obrigações, e privilégios de determinadas classes. Por esta razão, a revolução americana teve por objetivo trocar o poder estatal, para outro, baseado em uma

[1] Dieter Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Trad. por Raúl Sanz Burgos e José Luis Muñoz de Baena Simón (Madrid: Trotta, 2006), 155-16.

Constituição escrita, com a previsão da legitimidade do poder estatal, bem como seus limites. Para a revolução francesa, a troca do poder estatal constituía apenas um meio para a posterior concretização do objetivo: a reforma da ordem social, em torno das máximas de liberdade e igualdade. Neste contexto, o primeiro passo da Assembleia Nacional Francesa foi elaborar um catálogo de direitos fundamentais para, apenas após, substituir o *Ancien Régime*, por um Estado liberal-burguês:[2]

> Essa sequência revela por si só que os direitos fundamentais não podem ser concebidos aqui como direitos subjetivos de proteção: essa função teria sido contrária ao objetivo da Revolução, imunizando justamente contra a transformação em sentido liberal da velha ordem jurídica considerada injusta. Em tais circunstâncias, os direitos fundamentais funcionaram mais como os princípios orientadores supremos da ordem social, chamados a dar firmeza e continuidade à laboriosa e complicada reforma legal. Por conseguinte, e sobretudo, não indicavam limites ao Estado, mas sim a ele com um mandato de atuação. Os direitos fundamentais foram definição, guias para o legislador realizar a reforma da lei comum de acordo com eles: mas isso nada mais é do que o objetivo legal de tais direitos. (Tradução nossa)[3]

Ao inserir um catálogo de direitos fundamentais no ordenamento jurídico francês, a Assembleia Nacional Francesa pretendeu estabelecer valores que influenciariam as reformas que precisariam ocorrer para a encerrada do *Ancien Régime,* externaram, portanto, os seus efeitos objetivos. Apenas após a consolidação do Estado liberal francês que os efeitos objetivos dos direitos fundamentais foram contidos, para dar espaço à dimensão subjetiva, caracterizada por direitos negativos.

O resgate do reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais dá-se a partir da doutrina e jurisprudências alemãs, que, no cenário pós Segunda Grande Guerra evoluem o entendimento no sentido de ampliar o escopo de incidência dos direitos fundamentais. O precedente histórico do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é a decisão do Tribunal Constitucional alemão (*Bunderverfassungsgericht*) no caso *Lüth*. A referida corte analisou a possibilidade de incitação de boicote a um filme considerado antissemita, em face

---

[2] Grimm, *Constitucionalismo…*, 156-157.

[3] Grimm, *Constitucionalismo…*, 159. "Esta secuencia revela por si sola que los derechos fundamentales no pueden concebirse aquí como derechos subjetivos de protección: esta función habría sido contraria a la meta de la Revolución, inmunizando precisamente contra la transformación en sentido liberal al viejo orden jurídico considerado injusto. En tales circunstancias, los derechos fundamentales hicieron más bien las veces de principios supremos conductores del orden social, llamados a dar firmeza y continuidad a la trabajosa y complicada reforma del derecho, Por consiguiente y ante todo, no señalaban límites al Estado sino que se dirigían a él con un mandato de actuación. Los derechos fundamentales eran, por definición, guías para que el legislador llevase a cabo la reforma del derecho ordinario conforme a ellos: pero esto no es otra cosa que la función jurídico-objetiva de tales derechos".

do direito fundamental de liberdade de expressão. De um lado do processo estava Erich Lüth, diretor do Clube de Imprensa da Cidade de Hamburgo, e do outro, estava Veit Harlan, cineasta produtor do filme "*Unsterbliche Geliebte*", em português "Amada Imortal". Contextualizando, Lüth, em 1950, realizou um boicote público ao referido filme, em face do conteúdo notoriamente antissemita.[4]

Primeiro ao analisar a matéria, o Tribunal de Justiça de Hamburgo determinou, com base no Código Civil Alemão, que Lüth deveria se abster do boicote, devendo indenizar Harlan pelos prejuízos havidos. Em face desta decisão, Lüth ingressou perante o Tribunal Constitucional Alemão (*Bunderverfassungsgericht*), que reverteu a sentença, entendendo estar o boicote inserido no âmbito de proteção do direito fundamental de liberdade de expressão, devendo este ser protegido frente aos demais particulares, inclusive nas relações privadas. O Tribunal Constitucional expõe duas linhas dos direitos fundamentais. Na primeira, são direitos de defesa dos cidadãos frente ao Estado (*Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat*), reportando a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Na segunda, os direitos fundamentais estabelecem uma ordem objetiva de valores (*Wertordnung oder Wertsystem*), valores estes que devem orientar a interpretação de todos os outros ramos do direito.[5] Por fim, fica reconhecido pelo Tribunal que a norma que consagra direitos fundamentais não é neutra, tampouco sem valor, ela sempre terá conteúdo, e projeta este conteúdo em todos os ramos do direito, havendo, por conseguinte, incidência nas relações entre particulares (*Grundrechtsnormen auf das bürgerliche Recht)*.[6]

> Deve-se ter o cuidado, porém, de deixar claro que, com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, há um ganho em qualidade, isto é, trata-se de mais duma função atribuída a esses direitos (dupla dimensão), de maneira que a dimensão subjetiva não vem a ser excluída. Nessa linha, os direitos de defesa, característicos da dimensão subjetiva, como direitos de uma postura negativa, vem resguardar o direito de igualdade e liberdade frente ao Estado e continuam sendo garantias dos cidadãos. O que ocorre é que, com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, dá-se aos direitos fundamentais uma mais-valia, visto que decorre da ideia de que os direitos fundamentais incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais à comunidade, sendo que a relação estabelecida é de cidadão-Estado-comunidade, e não mais de cidadão-Estado, ultrapassando, assim, a questão meramente individual para

---

[4] Hennig Leal y Rosana Helena Maas, *"Dever de proteção estatal", "proibição de proteção insuficiente" e controle jurisdicional de políticas públicas* (Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020), 51-52.

[5] Dieter Grimm, "A função protetiva do Estado". Trad. por Eduardo Mendonça, en *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, coordenado por Cláudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmento (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007), 155.

[6] Hennig Leal y Maas, *"Dever de proteção estatal"*..., 53.

> alcançar uma noção de comunidade, devendo esta também respeitar, em suas relações os direitos fundamentais.[7]

Em outras palavras, no contexto pós Segunda Guerra Mundial, há um resgate da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que outrora auxiliou a França a estabelecer um novo regime estatal, para, ao lado de uma dimensão subjetiva, formar um sistema de diretivas e impulsos, vinculante a todos os Poderes, do qual decorre um dever de (re)adequação do ordenamento jurídico, no sentido de possibilitar o pleno exercício dos direitos fundamentais.[8] Os direitos fundamentais passam, novamente,[9] a estabelecer princípios superiores do ordenamento jurídico, devendo ser considerados, conjuntamente, como componentes estruturais da ordem jurídica-constitucional. A perspectiva axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais determina que sua eficácia não deve ser valorada sob o ponto de vista meramente individual, e sim coletivo, já que representam fins que a sociedade deve respeitar e concretizar. A dimensão objetiva auxilia a determinar o alcance e o conteúdo dos direitos fundamentais em sua perspectiva subjetiva, bem como é o que legitima eventuais restrições em benefício do interesse público. Essas restrições devem sempre observar e preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais.[10]

Na perspectiva da mais-valia jurídica, decorrem da dimensão objetiva dos direitos fundamentais a eficácia irradiante *(Ausstrahlungswirkung*), a eficácia horizontal (*Drittwirkung*) e o "dever de proteção estatal" *(Schutzpflicht*). Os direitos fundamentais contêm uma ordem dirigida ao Estado, e aos seus órgãos, de obrigação de concretização e realização permanente. Trata-se do fenômeno denominado eficácia irradiante (*Ausstrahlungswirkung*), por meio do qual os direitos fundamentais impõem ao legislador, em sua atividade legiferante; ao judiciário, em sua atividade judicante; e ao executivo, em sua atividade administrativa, a realização de determinados fins, programas e tarefas. Os direitos fundamentais na condição de normas que incorporam valores essenciais ao ordenamento jurídico[11] servem de parâmetro

---

[7] Hennig Leal y Maas, *"Dever de proteção estatal"...*, 58-59.

[8] Douglas Matheus De Azevedo y Mônia Clarissa Hennig Leal, "A postura preventiva adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: Noções de 'dever de proteção' do Estado como fundamento para a utilização das 'sentenças estruturantes'", *Novos Estudos Jurídicos* 21 (2016), 447.

[9] Grimm, *Constitucionalismo…*, 155-156.

[10] Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018), 151.

[11] Jürgen Habermas, *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade, volume II*. Trad. por Flávio Beno Siebeneichler (Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003), 320-324. Habermas critica esta identificação entre normas e valores, na medida em que na realidade americana, o outro foco de seu estudo, não se visualiza a distinção entre dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, sendo a discussão travada em um nível mais politológico, e não metodológico. Para o filósofo alemão, se os princípios estabelecem um valor a ser ótimo e não há, na mesma norma, o estabelecimento da medida, a aplicação principiológica conduz a um

para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos, independentemente de sua dimensão subjetiva. Em outras palavras, um determinado valor jurídico pode estar contido no ordenamento jurídico apenas como direito objetivo e ainda assim poderá ser utilizado como paradigma de constitucionalidade.[12]

O ordenamento jurídico passa a estar submerso nos conteúdos fundantes dos direitos fundamentais, motivo pelo qual estes condicionam a atuação dos três poderes estatais. Há uma humanização da ordem jurídica "ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social".[13] Também associada à eficácia de irradiação, está a interpretação conforme à Constituição. Por meio desta técnica hermenêutica é possível que o Estado concretize os valores fundamentais expressos nos documentos constitucionais.

A perspectiva axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais determina que a eficácia dos mesmos não deve ser valorada sob o ponto de vista meramente individual, e sim coletivo, já que representam fins que a sociedade deve respeitar e concretizar. Logo, a dimensão objetiva auxilia a delimitar o alcance e o conteúdo dos direitos fundamentais em sua perspectiva subjetiva, bem como legitima eventuais restrições em prestígio ao interesse público, restrições essas que sempre devem observar e preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais.[14]

No contexto da Constituição como sistema aberto de regras e princípios, direitos subjetivos individuais ou obrigações objetivas endereçadas ao poder público podem ser consagradas tanto por meio de princípios quanto por meio de regras, sendo impossível a criação de paralelismos, como, por exemplo, a relação entre princípios e a perspectiva objetiva de direitos ou regras e a perspectiva subjetiva.[15] A dimensão objetiva dos direitos fundamentais não se restringe apenas às relações Estado-indivíduo, alcançando também as relações entre indivíduos (sendo este fenômeno denominado de eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*), a partir da qual os indivíduos encontram-se protegidos contra abusos praticados por outros indivíduos.[16]

---

sopesamento de caráter teleológico, orientado pelos fins a serem alcançados. Entretanto, aprioristicamente não existem valores superiores perante os demais, de modo que o sopesamento acaba transmutando a interpretação de direito válido em um mero negócio jurisprudencial de concretização e realização destes valores.

[12] Mônia Clarissa Hennig Leal, *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – uma Abordagem a Partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana* (Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007), 66.

[13] Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas* (Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004), 154-155.

[14] Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 151.

[15] Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 148-151.

[16] De Azevedo y Hennig Leal, "A postura preventiva adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos", 448.

Conforme referido, decorre da dimensão objetiva dos direitos fundamentais o dever de proteção estatal, que será tratado no próximo tópico.

2. A "proibição de proteção insuficiente" e a "proibição de excesso" como desdobramentos do dever de proteção estatal

A questão dos desdobramentos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não se extinguiu em Lüth. Neste caso, "a Corte Constitucional precisou da noção de valores objetivos a fim de demonstrar que os direitos fundamentais não estavam confinados à aplicação vertical".[17] Com esta base formada, logo a Corte construiu o desdobramento mais importante da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, qual seja: o dever de proteção (*Schutzpflicht*). Foi no julgamento do Primeiro Caso do Aborto, de 1975, que o Tribunal Constitucional Alemão cunhou esta expressão. Contextualizando, no Primeiro Caso do Aborto foram questionados, pela primeira vez, os arts. 2 II 1 e 1 I 2, da Lei Fundamental Alemã, que tinham por objetivo proibir o aborto. Na oportunidade, o Tribunal Constitucional afirmou ser dever do Estado proteger a vida de todas as pessoas, bem como sua dignidade inerente, motivo pelo qual ficou estabelecido o dever do Estado de proteger o nascituro.[18]

Em 1993, chegou ao Tribunal Constitucional Alemão nova impugnação, referente aos mesmos artigos da Lei Fundamental. Nesta oportunidade, com o intuito de permitir a prática abortiva, a Corte trouxe o conceito de "proibição de proteção insuficiente" (*Untermassverbot*), de forma que ao Estado incumbe adotar medidas suficientes e efetivas para proteger os direitos à vida e à dignidade da pessoa humana. Logo, para a referida Corte a proibição de proteção insuficiente não implicaria, necessariamente na proibição do aborto, podendo haver outros meios de se proteger o feto. Neste contexto, destaca-se a importância do legislador, uma vez que a ele é outorgada a tarefa de proteger, em primeiro plano, os direitos fundamentais, sendo necessária a criação de leis e atos normativos que cumpram com os deveres propostos por aqueles direitos.[19]

Após a Segunda Decisão do Aborto, a maioria dos casos entregues ao *Bunderverfassungsgericht* se referiram a bens e interesses constitucionalmente protegidos e os riscos produzidos pelo advento de novas tecnologias e seu uso comercial: "energia atômica, manipulação genética de alimentos, ruído dos aviões e seu impacto na vida e na saúde, processamento eletrônico de dados e suas ameaças ao livre desenvolvimento pessoal (...).[20] Naquelas oportunidades, "(...) a questão não era saber se

[17] Grimm, "A função protetiva do Estado", 156.

[18] Grimm, "A função protetiva do Estado", 157.

[19] Hennig Leal y Maas, *"Dever de proteção estatal"...*, 76-77.

[20] Grimm, "A função protetiva do Estado", 158.

o legislador, ao regular atividades privadas, tinha ultrapassado os limites impostos pelos direitos fundamentais, mas sim se ele havia fornecido proteção suficiente contra riscos recém surgidos".[21] O espectro de proteção dos direitos fundamentais passa a alcançar as relações entre indivíduos, de forma que o dever de proteção deve ser interpretado como um dever estatal tanto em suas relações com os cidadãos quanto nas relações entre particulares, de modo que, independentemente da matéria que se esteja a tratar, sempre haverá a necessidade de o Estado agir no sentido de proteger suficientemente os direitos fundamentais.[22] Configura-se um duplo dever estatal (*doppelte Schutzpflicht des Staates*), uma vez que

> Enquanto os direitos fundamentais como direitos negativos protegem a liberdade individual contra o Estado, o dever de proteção derivado desses direitos destina-se a proteger indivíduos contra ameaças e riscos provenientes não do Estado, mas sim de atores privados, forças sociais ou mesmo desenvolvimentos sociais controláveis pela ação estatal.[23]

A palavra de ordem passa a ser segurança dos direitos fundamentais, uma vez que, forte no dever de proteção estatal, passa a ser insuficiente a postura negativa do Estado, devendo este adotar uma postura concretizadora dos direitos, criando condições legislativas, institucionais e estruturais para o seu exercício. Neste contexto, é possível dividir o dever de proteção estatal em três espécies: a) "dever de proibição" (*Verbotsplicht*); b) "dever de segurança" (*Sicherheitspflicht*) e; "dever de evitar riscos" (*Risikopflicht*). A primeira significa o dever imposto ao Estado de, eventualmente, proibir determinado comportamento, em nome da proteção de algum direito fundamental; o segundo, consiste no dever estatal de proteção aos direitos fundamentais de seus cidadãos em face de ataques de terceiros; por fim, o terceiro, refere-se ao dever estatal de proteger os cidadãos dos riscos de violação dos direitos fundamentais, inclusive nos âmbitos técnicos e tecnológicos que, no cenário da sociedade da informação, possuem o risco de lesão agravado.[24]

Os três Poderes devem direcionar suas atividades, em conjunto, ao cumprimento do dever de proteção estatal. Ao Poder Legislativo, além da tarefa de determinar deveres estatais após a violação de um direito fundamental, cabe adotar uma postura preventiva, em defesa destes mesmos direitos, ao passo que ao Poder Executivo incumbe a concretização dos direitos fundamentais por meio das normas programadas, restando ao Poder Judiciário o controle dos atos praticados pelos demais Poderes e a sua efetivação, tendo o Estado o dever de proteger todas as dimensões

---

[21] Grimm, "A função protetiva do Estado", 158.

[22] Hennig Leal y Maas, *"Dever de proteção estatal"...,* 81.

[23] Grimm, "A função protetiva do Estado", 156.

[24] Hennig Leal y Maas, *"Dever de proteção estatal"...,* 81-82.

dos direitos fundamentais.[25] Em alguns casos este aspecto é densificado, em face da eventual falta de habilidade e de conhecimento técnico necessário ao legislador, para fornecer a proteção adequada e suficiente aos direitos fundamentais, de modo que "mais e mais leis regulando o uso comercial de novas tecnologias são inaptas para determinar claramente os padrões de segurança. Isso é particularmente verdadeiro em relação a tecnologias complexas ou em rápida evolução".[26]

Nesta perspectiva, surgem as noções de "proibição de proteção insuficiente" (*Untermassverbot*) e de "proibição de excesso" (Übermassverbot), como parâmetros de controle do dever de proteção estatal. Estes conceitos encontram-se estreitamente relacionados ao princípio da proporcionalidade e apresentam-se em duas dimensões, insuficiência e excesso. A partir do pressuposto de que a proteção da Constituição é uma meta, ao legislador é imposta a tarefa de detalhar o tipo e a extensão desta proteção, devendo observar a proibição de insuficiência,[27] que pode ser conceituada como um mínimo exigido pela Constituição para a concretização dos direitos fundamentais. Portanto, é necessário que a efetividade do dever de proteção seja ponderada entre as balizas da proteção insuficiente e da proibição de excesso, de modo que seja possível determinar o mínimo de garantias exigidas constitucionalmente para um determinado direito fundamental.[28]

Ainda que ao legislador seja atribuída a tarefa primeira de proteger os direitos fundamentais, o Poder Judiciário tem um papel relevante, na medida que a ele incumbe a construção jurisprudencial da proteção dos direitos fundamentais. Por meio da interpretação dos Tribunais que os direitos fundamentais são atualizados e se mantêm eficazes, independentemente do transcurso temporal e das inovações tecnológicas. Logo, é relevante verificar "se" um direito fundamental possui proteção decorrente de uma violação e "como" deve se realizar a sua proteção, na perspectiva do parâmetro da proibição de insuficiência.[29]

Demonstrado o dever do Estado na proteção dos direitos fundamentais, por meio da implementação das medidas necessárias legislativas ou regulamentares para o seu exercício, será analisada, no próximo tópico, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF, de modo a verificar os fundamentos utilizados para o reconhecimento de um direito fundamental autônomo à proteção de dados, bem como seus impactos na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), decorrentes dos deveres inerentes ao dever de proteção estatal.

---

[25] Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 155.

[26] Grimm, "A função protetiva do Estado", 158.

[27] Hennig Leal, *Jurisdição Constitucional Aberta*, 37-38.

[28] Hennig Leal y Maas, *"Dever de proteção estatal"...*, 92-97.

[29] Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. por Ingo Wolfgang Sarlet y Paulo Mota Pinto (Coimbra: Almedina, 2009), 122.

3. ADI 6387/DF e os contornos do direito fundamental à proteção de dados pessoais: Algumas considerações acerca dos impactos na Lei Geral de Proteção de Dados

No combate à pandemia ocasionada pelo vírus da covid-19, foi editada, pelo Presidente da República, a Medida Provisória n.º 954, de 17 de abril de 2020,[30] que dispôs acerca do "compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações (...) com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência".[31] De fato, havia um interesse do Poder Executivo em substituir a habitual colheita de dados presencial pelo IBGE, onde o agente público saía à rua visitando as residências familiares e realizava diversos questionamentos, por uma captação de dados em massa a partir do fornecimento de informações pelas empresas de telecomunicação fixa e móvel. Esta medida despertou a desconfiança do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que propôs, perante o Supremo Tribunal Federal (STF), a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 6.387/DF, distribuída sob a relatoria da ministra Rosa Weber. Esta mesma Medida Provisória foi objeto, ainda, de outras quatro ADIs, propostas, respectivamente pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), e pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), todas distribuídas por dependência à primeira, uma vez que mais abrangente, e julgadas em conjunto.

A ministra Rosa Weber deferiu a medida cautelar pleiteada nos autos, nos termos do artigo 21, incisos IV e V, do Regimento Interno do STF,[32] e submeteu a matéria ao referendo do Plenário, referendo este que passará a ser analisado à luz da dimensão

---

[30] Considerando o contexto pandêmico oriundo da Covid-19, o governo brasileiro editou a Medida Provisória n.º 954/2020 a fim de proporcionar a realização do censo pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Historicamente, o censo ou recenciamento brasileiro é um ato por meio do qual diversas pessoas, exercendo uma função pública, deslocam-se de residência em residência com o objetivo de realizar um estudo estatístico da população brasileira. Inviabilizado o contato humano durante a pandemia, a tentativa por meio da MP foi a de realizar este censo por meio da coleta de dados diretamente nos bancos de dados das companhias telefônicas.

[31] Medida Provisória n.º 954, de 17 de abril de 2020, dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei n.º 13.973, de 6 de fevereiro de 2020 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm).

[32] Regimento interno do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, atualizado até a Emenda Regimental n.º 57/2020 (https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf).

Art. 21. São atribuições do Relator:

[...]

objetiva dos direitos fundamentais, em específico no que se refere ao dever de proteção estatal. Registre-se que, quando da propositura das ADIs, bem como da decisão do STF, a Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), não estava em vigor, uma vez que teve o prazo de *vacatio legis* expandido pela Medida Provisória nº 959, de 29 de abril de 2020.[33]

Contextualizando, a OAB questionou a constitucionalidade da referida Medida Provisória tanto sob o aspecto formal quanto material. No que concerne ao aspecto formal, que nesta pesquisa não será abordado de maneira robusta, sustentou que, na matéria, não estavam presentes os requisitos de relevância e de urgência impostos pelo art. 62 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988,[34] necessários à edição dessa espécie normativa. Já no que tange à questão material, argumentou que o diploma atentava contra o postulado fundamental da dignidade da pessoa humana,[35] bem como violava as cláusulas assecuratórias da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assim como o sigilo de dados e a autodeterminação informativa.[36]

A primeira a se pronunciar foi a ministra Rosa Weber, que, na introdução de seu voto, contextualizou o seu entendimento jurídico sobre a matéria com preocupação, entendendo que "as condições em que se dá a manipulação de dados pessoais digitalizados por agentes públicos ou privados consiste em um dos maiores desafios

---

iv – submeter ao Plenário ou à Turma, nos processos da competência respectiva, medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa;

v – determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior, ad referendum do Plenário ou da Turma;

[33] Art. 4º A Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 65. [...]

II - em 3 de maio de 2021, quanto aos demais artigos." (NR)

[34] Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

[35] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana.

[36] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

contemporâneos do direito à privacidade",[37] motivo pelo qual o "direito à privacidade (*right to privacy*) e os seus consectários direitos à intimidade, à honra e à imagem emanam do reconhecimento de que a personalidade individual merece ser protegida em todas as suas manifestações".[38] Em outras palavras, no cenário da sociedade da informação, onde os dados pessoais circulam como outrora circulou o ouro, os valores constitucionais da privacidade, da honra e da imagem devem permear essas relações, visando a proteger o indivíduo.

Por isso, entendeu a ministra que os dispositivos jurídicos tendentes a relativizar o direito à privacidade, mesmo no âmbito digital, não podem ser editados de "uma forma que não garanta mecanismos de proteção compatíveis com as cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (...), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade)".[39] Trata-se, de fato, de uma decorrência da dupla dimensão dos direitos fundamentais, na medida em que, em face destes direitos, deve o legislador buscar, sempre, em sua atividade legiferante, a concretização de direitos fundamentais, e não a sua restrição irrazoável.

Prosseguindo no julgamento, para o ministro Alexandre de Moraes, "a inviolabilidade do sigilo de dados complementa a previsão do direito à intimidade e vida privada".[40] Neste sentido, entende ele que a legislação tendente a regular ou restringi-lo necessita de uma análise acerca de sua abrangência e amplitude, "pois toda a proclamação de direitos individuais nasceu para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição".[41] Os direitos à personalidade e à proteção de dados não são absolutos, encontrando-se limitados pelos limites impostos por outros direitos fundamentais, sendo indispensável a ponderação no caso concreto:

> (...) todas as limitações, a direitos e garantias individuais precisam seguir os parâmetros constitucionais de excepcionalidade, razoabilidade e proporcionalidade. Além desses parâmetros constitucionais, precisam atentar para a finalidade de satisfação a justas exigências de moral, ordem pública e bem-estar de uma sociedade democrática (...).[42]

Pode-se afirmar, pois, que, de maneira implícita, o ministro Alexandre de Moraes reconhece uma dimensão objetiva ao direito à proteção de dados, que resulta em um ônus jurídico objetivo em face do Estado, que deve observar as limitações constitucionais para a sua regulamentação. Já o ministro Edson Fachin ressaltou a necessidade de, mesmo em tempos de grave crise, como o vivido em decorrência

---

[37] Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, Relatora ministra Rosa Weber, julgado em 07 mai. 2020, 20.

[38] Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 20.

[39] Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*.

[40] Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 35.

[41] Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 35.

[42] Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 35.

da covid-19, devem os direitos fundamentais manter-se fortes, já que "a situação de emergência, por mais penosa que seja sua natureza, não pode gerar um regime de incompatibilidade com a proteção de direitos fundamentais",[43] pois eles possuem um núcleo mínimo de eficácia que deve permanecer irradiando seus efeitos inclusive em momentos de crise.

Para o ministro Luís Roberto Barroso, "os dados são, possivelmente, o principal ativo da nossa época, ou um dos principais ativos da nossa época, junto com a tecnologia".[44] Por isso, segundo ele, é necessário ponderar o direito fundamental à vida privada e a obtenção de dados com fins estatísticos, que, em que pese não seja um fim em si mesma, é uma importante ferramenta no desenvolvimento das mais variadas políticas públicas. A conclusão da ponderação foi assim proposta em seu voto:

> Compartilhamento de dados pessoais para fins de produção de estatísticas somente será compatível com o direito à privacidade se:
>
> 1) a finalidade da pesquisa for precisamente delimitada;
>
> 2) o acesso for permitido na extensão mínima necessária para a realização dos seus objetivos;
>
> 3) forem adotados procedimentos de segurança suficientes para prevenir riscos de acesso desautorizado, vazamentos acidentais ou utilização indevida.[45]

Verifica-se, portanto, pelo exarado até aqui, que os ministros discorreram apenas implicitamente acerca da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sendo que nenhum deles reconheceu o direito à proteção de dados como um direito autônomo, antes pelo contrário, outorgaram-lhe proteção em face da dimensão objetiva dos direitos fundamentais à privacidade e à vida privada. O primeiro ministro, na ordem em que os votos encontram-se organizados no julgamento, a afirmar a existência de um direito à proteção de dados como um direito fundamental autônomo foi o ministro Luiz Fux, para quem "a proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa são direitos fundamentais autônomos, que envolvem uma tutela jurídica e âmbito de incidência específicos".[46]

Ao analisar a finalidade do compartilhamento de dados proposta pela MP 954/2020, o ministro Luiz Fux afirma que, mesmo havendo permissivo legal no art. 7º, inciso III, da Lei Geral de Proteção de Dados[47] – o qual não poderia incidir no caso concreto em face da *vacatio legis* referida outrora – no sentido de permitir

---

[43] Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 44.

[44] Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 47.

[45] Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 50.

[46] Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 65.

[47] Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

[...]

III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em

o uso, pela administração pública, dos dados necessários à execução de políticas públicas previstas em lei ou regulamentos, "tais procedimentos devem obedecer os princípios constitucionais e legais ínsitos à matéria",[48] ou seja, sobre eles incide o dever de proteção estatal. Isso porque nem sempre o legislador consegue prever uma lei protetora dos direitos fundamentais em face de terceiros, motivo pelo qual devem as salvaguardas constitucionais intervir antes de eventuais violações.[49] O contexto atual demonstra uma digitalização dos direitos fundamentais, ou de uma dimensão digital dos direitos fundamentais,[50] neste contexto, o reconhecimento da autonomia e da dupla dimensão de um direito à proteção de dados pessoais traz, à LGPD, todos os caracteres inerentes a isto.

O ministro Ricardo Lewandowski, da mesma forma, ratificou a cautela concedida pela ministra relatora, entretanto, destaca-se seu voto pela importância, por ele atribuída, às informações e aos dados pessoais. Para ele, "o maior perigo para a democracia nos dias atuais não é mais representado por golpes de Estado tradicionais, perpetrados com fuzis, tanques ou canhões, mas pelo progressivo controle da vida privada dos cidadãos".[51] O processamento massivo de dados permite, quando mal utilizado, a manipulação de informações falsas com o intuito de redução do poder de escolha dos cidadãos, cenário prejudicial às democracias como um todo. Assim, preocupou-se o ministro com a vagueza e indeterminação dos limites da MP 954/2020, que poderia possibilitar, a atores mal-intencionados, a oportunidade de realizar diversas fraudes.

O segundo ministro a declarar, expressamente, um direito fundamental à proteção de dados pessoais foi, por sua vez, o ministro Gilmar Mendes, para quem

> A afirmação de um direito fundamental à privacidade à proteção de dados pessoais deriva, ao contrário, de uma compreensão integrada do texto constitucional lastreada (i) no direito fundamental à dignidade da pessoa humana, (ii) na concretização do compromisso permanente de renovação da força normativa da proteção constitucional à intimidade (art. 5º, inciso X, da CF/88) diante do espraiamento de novos riscos derivados do avanço tecnológico e ainda (iii) no reconhecimento da centralidade do *Habeas Data* enquanto instrumento de tutela material do direito à autodeterminação informativa.[52]

---

contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;

[48] Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 74.

[49] Grimm, "A função protetiva do Estado", 158.

[50] Ingo Wolfgang Sarlet, "Proteção de dados pessoais como direito fundamental na constituição federal brasileira de 1988", *Direitos Fundamentais & Justiça* 14 (2020), 180.

[51] Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 79.

[52] Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 109.

Portanto, a partir de uma leitura sistemática da CRFB/88, retirou fundamentos necessários à criação de um direito fundamental autônomo de proteção de dados pessoais. Na sequência, em que pese os demais ministros já terem reconhecido, de maneira implícita, a dimensão objetiva do direito fundamental à proteção de dados, foi o ministro Gilmar Mendes o primeiro a explicitá-la: "a partir desses três elementos, valorização da dignidade humana, proteção constitucional à intimidade e vitalização do *habeas data,* é possível identificar dupla dimensão do âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados".[53]

Quanto à dimensão objetiva, "a afirmação do direito fundamental à proteção de dados pessoais impõe ao legislador um verdadeiro dever de proteção (*Schutzpflicht*) do direito à autodeterminação informacional",[54] devendo ser "colmatado a partir da previsão de mecanismos institucionais de salvaguarda traduzidos em normas de organização e procedimento (...) e normas de proteção",[55] Logo, verifica-se que o Estado não possui um papel meramente negativo na proteção de dados pessoais, devendo adotar um comportamento positivo, prevendo normas de organização, procedimento e proteção da matéria.

Essas normas "devem ser positivadas justamente para garantir o controle efetivo e transparente do indivíduo relativamente à circulação de seus dados, tendo como chave-interpretativa da juridicidade desse controle a noção de consentimento",[56] de modo que o titular deve ter informação plena acerca do tratamento que será dado aos seus dados pessoais.

A ministra Carmem Lúcia, por seu turno, traz um voto permeado de valores internacionais, determinando que "há de ser garantido que os governos ou empresas não abusem dessas medidas para coletar informações privadas de caráter confidencial para fins não relacionados a crise de saúde pública vigente".[57] Isso porque, conforme referido, mesmo durante as maiores crises, os direitos fundamentais não podem ser tolhidos de uma maneira desproporcional.

Os ministros Celso de Mello e Dias Toffoli apenas acompanharam a relatora, sem apresentar maiores argumentos, ao passo que o ministro Marco Aurélio teve seu voto vencido, na medida em que foi o único a defender a proporcionalidade das medidas impostas pela MP 954/2020 e sua consequente constitucionalidade. Para este ministro, esta medida provisória não deveria ser objeto de judicialização, uma vez que, em sua leitura, gozava ela de todos os atributos inerentes a relativização de um direito fundamental, já que traria o procedimento definido, as finalidades, bem como o prazo de duração da medida. Outrossim, entendeu ele que, pela natureza

---

53 Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 112.

54 Supremo Tribunal Federal *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 115.

55 Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 79.

56 Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 116.

57 Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 79.

temporária da medida provisória, deveria sua eventual inconstitucionalidade ser debatida nas casas legislativas.[58]

A partir da análise da decisão do STF nos autos da ADI n.º 6387/DF, é possível afirmar que, com o reconhecimento de um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais, bem como o reconhecimento de sua dupla dimensão (objetiva e subjetiva), a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) entra em vigor como balizadora do exercício de um direito fundamental. Aliás, tal cenário já foi destacado pelo ministro Fux, em seu voto, na medida em que ele informa a necessidade de alguns dos dispositivos legais da LGPD serem interpretados de uma maneira teleológica, em especial o tratamento diferenciado dos dados sensíveis previsto nos arts. 11 e seguintes da Lei Geral de Proteção de Dados, bem como o tratamento de dados realizado pelo Poder Público, previsto nos arts. 23 e seguintes do mesmo dispositivo legal.

> Em decorrência da paradigmática decisão aqui analisada, em conjunto com a importância do direito fundamental à proteção de dados pessoais, o legislador brasileiro, incluiu este direito expressamente, no art. 5º, LXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil[59] por meio da Emenda Constitucional n.º 115 de 2022. Ainda que esta medida legislativa não corresponda, necessariamente, a um maior grau de concretização do direito fundamental à proteção de dados, de acordo Gargarela,[60] a menção expressa a um direito no texto constitucional é de extrema relevância para clarificar os objetivos nacionais que deverão ser perseguidos. Portanto, pode-se afirmar que a inclusão do direito à proteção de dados pessoais no catálogo de direitos fundamentais brasileiro, ratifica a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal e, ingressa no ordenamento jurídica com a dúplice natureza, subjetiva e objetiva, as quais já haviam sido reconhecidas previamente pela Corte Constitucional, motivo pelo qual incidirá a teoria do dever de proteção estatal, de forma que o Estado brasileiro passa a estar ainda mais obrigado a adotar um comportamento positivo no sentido de concretizar este direito.

---

58 Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 155-157.

59 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 115, de 2022).

60 Roberto Gargarella, *Latin American Constitutionalism 1810-2010: The engine Room of the Constitution* (New York: Oxford University Press, 2013), 157.

Conclusão

Apresentada a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e suas decorrências doutrinárias e jurisprudenciais, pode-se visualizar que com o reconhecimento desta dupla dimensão dos direitos fundamentais implica numa evolução do paradigma pautado na lógica dos direitos fundamentais dirigidos "contra" o Estado para uma noção de direitos "através" do Estado. Nesta perspectiva, os direitos que outrora eram oponíveis apenas ao Estado agora permeiam também as relações privadas, bem como impõem um dever de proteção estatal efetivo e de observância obrigatória por todos os poderes.

Deste "dever de proteção estatal" decorrem, por sua vez, duas balizas: a "proibição de proteção insuficiente" e a "proibição de excesso". Assim, o Estado deve, através do teste de proporcionalidade, guiar o seu agir entre esses dois parâmetros de validade, sendo que suas medidas devem ser suficientes para proteger os direitos fundamentais, bem como não podem implicar em restrições demasiadas, sob pena de se configurar o excesso.

Nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF foi consagrado, pelo Supremo Tribunal Federal, um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais, a partir de uma interpretação sistêmica da CRFB/88, em especial do postulado fundamental à dignidade da pessoa humana, e dos direitos fundamentais à privacidade e ao *habeas data*. Nesta oportunidade, foi reconhecida a dupla dimensão deste novo direito, impondo ao Estado o dever de regulá-lo de forma eficiente, a fim de proteger eventuais ingerências arbitrárias, tanto públicas quanto privadas.

Considerando-se que a decisão foi proferida antes da entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), pode-se afirmar que ela será diretamente impactada por esta construção, na medida em que deverá ser interpretada com todos os atributos inerentes aos direitos fundamentais e à sua dimensão objetiva, em especial na questão relativa à proteção dos dados pessoais denominados de sensíveis, assim considerados aqueles que versam acerca de origem racial ou ética, convicção religiosa, dados referente à saúde, entre outros, bem como na provável interpretação restritiva da Lei no que tange ao compartilhamento de dados licitamente coletados.

Por fim, importante registrar que, em sequência ao reconhecimento de um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais, no dia 10 de fevereiro de 2022, foi promulgada, pelas mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a Emenda Constitucional 115, que incluiu, expressamente, no artigo 5º da Constituição Federal brasileira, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais.[61]

---

[61] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...].

LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 115, de 2022).

Bibliografia

Alexy, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

Canaris, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado.* Traduzido por Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.

De Azevedo, Douglas Matheus y Mônia Clarissa Hennig Leal. "A postura preventiva adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: Noções de 'dever de proteção' do Estado como fundamento para a utilização das 'sentenças estruturantes'". *Novos Estudos Jurídicos* 21 (2016): 442-461.

Gargarella, Roberto. *Latin American Constitutionalism 1810-2010: The engine Room of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2013.

Grimm, Dieter. "A função protetiva do Estado". Traduzido por Eduardo Mendonça. En Cláudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmento. *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, 149-166.

Grimm, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Traduzido Raúl Sanz Burgos e José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006.

Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade, volume II*. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

Hennig Leal, Mônia Clarissa y Rosana Helena Maas. *"Dever de proteção estatal", "proibição de proteção insuficiente" e controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020.

Hennig Leal, Mônia Clarissa. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – uma Abordagem a Partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

Presidência da República, Secretária-geral. Brasil. *Medida Provisória n.º 957, de 17 de abril de 2020.* Acceso el 01 de julio. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm.

Sarmento, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas***.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

Sarlet, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

Sarlet, Ingo Wolfgang. "Proteção de dados pessoais como direito fundamental na constituição federal brasileira de 1988". *Direitos Fundamentais & Justiça* 14 (2020): 179-218.

Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387/DF*. Relatora ministra Rosa Weber, julgado em 07 mai. 2020.

Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXVIII, BOGOTÁ, 2022, PP. 179-196, ISSN 2346-0849

Eduardo Torres Alonso* **(México)**

Corrupción y mujeres. Condiciones interseccionales de vulnerabilidad y políticas para su combate

RESUMEN

Los efectos perniciosos de la corrupción afectan a todas las personas, pero no de la misma manera. La corrupción impacta de manera pronunciada a aquellos grupos sociales en situación de vulnerabilidad, como las mujeres. Este artículo describe y analiza la relación entre corrupción y género y cómo los efectos de la primera son particularmente más severos con las mujeres, por lo que se requiere una estrategia contra la corrupción que integre, de manera necesaria y con un enfoque transversal, la perspectiva de género. Para ello, se requiere, precisamente, considerar al género como un elemento de la política anticorrupción, sin omitir los elementos de interseccionalidad que se presentan en las mujeres que son víctimas de la corrupción.

Palabras clave: corrupción; mujeres; perspectiva de género.

Corruption and women. Intersectional conditions of vulnerability and policies to combat it

ABSTRACT

The pernicious effects of corruption affect everyone, but not in the same way. Corruption has a pronounced impact on social groups in a situation of vulnerability, such as women. This article describes and analyzes the relationship between corruption and gender, and how the effects of the former are particularly more severe for women, which is why an anti-corruption strategy is required that necessarily integrates a gender perspective with a cross-cutting approach. It is thus precisely necessary to

* Profesor, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). etorres.alonso@politicas.unam.mx / Orcid: 0000-0002-0868-2240.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

consider gender as an element of anti-corruption policy, without omitting the elements of intersectionality related to women who are victims of corruption.

Keywords: corruption; women; gender perspective.

Korruption und ihre Auswirkungen auf Frauen: Intersektionelle Vorbedingungen von Gefährdungen und Ansätze zu ihrer Bekämpfung

ZUSAMMENFASSUNG

Niemand entgeht den schädlichen Auswirkungen von Korruption, aber sie betrifft die Menschen auf unterschiedliche Weise. Insbesondere wirkt sie sich auf sozial benachteiligte Gruppen wie etwa Frauen aus. Dieser Beitrag geht auf das Verhältnis von Korruption und Geschlecht ein und analysiert, inwiefern Korruption besonders schwere Folgen für Frauen hat, und weshalb eine Strategie zur Korruptionsbekämpfung erforderlich ist, die notwendigerweise eine übergreifende Genderperspektive beinhaltenn muss. Gender ist dabei als ein Bestandteil der Antikorruptionspolitik zu betrachten, ohne dass deshalb intersektionelle Elemente außer Acht gelassen werden, die bei den von Korruption betroffenen Frauen zu finden sind.

Schlagwörter: Korruption; Frauen; Genderperspektive.

Introducción

Se ha reflexionado sobre la genealogía de las prácticas corruptas, particularmente, desde el ámbito individual; es decir, aquella en la que el sujeto ha tomado una decisión calculada, racional, de participar en un acto de esa naturaleza porque corromperse le resulta benéfico (autointerés)[1] –al menos, inmediatamente–, lo que hace inevitable ese tipo de transacción.[2] Los incentivos para hacerlo son mayores en comparación con observar la norma. No obstante, ese cálculo, que persigue un beneficio ilícito, perjudica a la comunidad.

La corrupción se puede definir como el abuso del poder público para el beneficio individual.[3] De esta expresión se desprende que quien abusa de dicho poder es una persona con la capacidad para hacerlo, es decir, está investida de autoridad y

---

[1] Susan Rose-Ackerman y Bonnie J. Palifka, *Corrupción y gobierno. Causas, consecuencias y reformas* (Madrid: Marcial Pons, 2019), 40.

[2] David Arellano Gault, "Corruption as an organizational process: Understanding the logic of the denormalization of corruption", *Contaduría y Administración* 62, n.º 3 (2017): 828, http://www.cya.unam.mx/index.php/cya/article/view/1550/1121.

[3] Michel Rowland, "Visión contemporánea de la corrupción", en *La hora de la transparencia en América Latina. El manual de anticorrupción en la función pública*, ed. por Gloria Careaga Pérez y Patria Jiménez Flores (Argentina: Granica, 1998), 3, acceso el 16 de agosto de 2022, https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5005/18.pdf.

somete a otra para obtener una recompensa. Las personas que tienen una responsabilidad pública, ya sea por designación en las instituciones de la administración del Estado, o bien por votación en los cuerpos políticos que se integran por la voluntad popular de la ciudadanía, gracias a la corrupción pueden realizar actos que van en contra de la norma, ya sea porque abiertamente la violan o porque son omisos en su aplicación facilitando a un tercero algo –un servicio o un trámite– que por ley están obligados a realizar para satisfacer lo mandatado en el ordenamiento jurídico. En ambos casos, su comportamiento se desvía de la expectativa institucional. Por su parte, la ciudadanía condena dichos actos, pero se ve inmersa en ella al constatar el anquilosamiento de la administración pública.

Un ejemplo de lo anterior se observa en las compras públicas. De acuerdo con el Instituto Mexicano para la Competitividad, el sistema de compras públicas de cinco entidades federativas en México (Guanajuato, Chihuahua, Quintana Roo, Sonora y Nuevo León) no reporta la información completa del proceso en la Plataforma Nacional de Transparencia y se verifican enlaces electrónicos de naturaleza genérica, repetidos o falsos. Esto da pie a que procesos abiertos y transparentes a los que se les destinan cuantiosos recursos públicos muten en arreglos discrecionales entre autoridades y proveedores. Por la naturaleza del proceso administrativo, no participa solo una persona, sino una estructura gubernamental, lo que hace más grave el tema ya que es una acción planeada para beneficiar a un particular –o a un grupo de particulares– y a un conjunto de servidores públicos.[4]

1. Corrupción y género

1.1. El impacto diferenciado de la corrupción en contra de las mujeres

La corrupción tiene un impacto diferenciado en la sociedad y afecta más a los grupos en condición de vulnerabilidad,[5] en especial a las mujeres, quienes, generalmente, se encuentran en los sectores sociales más precarios, sufren mayores injusticias y poseen menos oportunidades para mejorar su condición. Ejemplifiquemos: ser mujer, analfabeta, habitante de una población rural poco poblada, de bajos recursos es, en definitiva, ser invisible, no existir.[6] Ciertamente, las circunstancias de desigualdad, exclusión y violencias que atraviesan las mujeres las hacen sujetos más frágiles en

---

[4] Instituto Mexicano para la Competitividad, *Compras públicas estatales: ¿dónde quedaron los datos?* (México: IMCO, 2022).

[5] Yvana Novoa, "¿Cómo afecta la corrupción a grupos vulnerables?", acceso el 15 de agosto de 2022, https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/comentario-yvana.pdf.

[6] Fátima Flores Palacios, "Vulnerabilidad y representación social de género en mujeres de una comunidad migrante", *Península* IX, n.º 2 (2014): 41-58.

un sistema político y jurídico de corte patriarcal y androcéntrico.[7] Las características mencionadas ejemplifican lo que una persona –mujer– tiene que enfrentar al tener frente a sí identidades diversas. Esta condición de interseccionalidad[8] agudiza la vulnerabilidad y se agrava aún más cuando son objeto de extorsiones sexuales (*sextortion*),[9] en donde la moneda de cambio para realizar algún trámite es su propio cuerpo. Al respecto, se ha registrado que en algunas zonas del África Subsahariana, para mantener su trabajo o, incluso, para pasar las clases, en caso de ser estudiantes, a las mujeres se les solicitan "favores" sexuales.[10] Este intercambio puede ser considerado como "pequeña corrupción" en oposición a la "gran corrupción", que incide en el diseño, implementación y evaluación de políticas públicas y cuyos responsables son los actores más destacados del sistema político. Sobre esto, y en consideración al contexto diferenciado de la mujer, se ha señalado: "La corrupción que afecta a la víctima puede ir desde la pequeña corrupción, en forma de extorsión u otra, hasta gran corrupción o sistémica, que se puede relacionar con la criminalidad organizada, donde la pequeña corrupción suele ser un eslabón de una red criminal".[11]

Los roles y estereotipos de género, aunados a la división social/sexual del trabajo, hacen más propensas a las mujeres a pagar sobornos para obtener servicios públicos, violando así sus derechos humanos.[12] En esta medida, la dimensión de género, vinculada con la corrupción, no puede ser omitida al momento de diseñar políticas públicas, por cuanto proporciona nuevas perspectivas para su identificación, entendimiento, cuantificación y solución. Con base en lo anterior, las brechas de género existentes inciden en las capacidades que tienen las mujeres para hacer valer sus derechos y ser menos susceptibles del fenómeno de la corrupción.

De acuerdo con la investigadora Farzana Nawaz:

---

7 Alda Facio y Lorena Fries, "Feminismo, género y patriarcado", *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires* 3, n.º 6 (2005): 280-282.

8 Véase Patricia Hill Collins, *Intersectionality as Critical Social Theory* (London: Duke University Press, 2019).

9 "Lo que distingue la sextorsión de otros tipos de abuso sexual es que tiene tanto un componente de abuso sexual como un componente de corrupción. El componente sexual surge de una solicitud de participar en una actividad sexual. El componente de corrupción deriva de que la persona que pide el favor sexual ocupa un cargo de autoridad, del cual abusa exigiendo, o aceptando, un favor sexual a cambio de ejercer su poder". (Deniz Devrim y Mariel Miranda, *Género y anticorrupción en América Latina y el Caribe. Buenas prácticas y oportunidades* [Canadá: Transparency International, 2021], 11).

10 Zakhona Mvelase y Tendai Mvuvu, "Sexual extortion: The silent corruption across Sub-Saharan Africa", acceso el 14 de agosto de 2022, https://africa.harvard.edu/news/sexual-extortion-%E2%80%9Csilent%E2%80%9D-corruption-across-sub-saharan-africa.

11 Ana Linda Solano López, *Mujer y corrupción: estrategias para abordar los impactos diferenciados de la corrupción en América Latina. Problemática de género y corrupción en América Latina* (EUROsociAL+, 2019), 65.

12 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, "Corrupción y género", acceso el 1 de febrero de 2022, https://www.unodc.org/mexicoandcentralamerica/es/webstories/2019/corrupcin-y-gnero.html.

> Las violaciones de los derechos humanos en los Estados frágiles afectan de manera diferente a mujeres y hombres. En algunas situaciones, las mujeres y las niñas son vulnerables a la violación y otras formas de violencia de género, así como al desplazamiento forzado. Se puede encontrar documentación sobre la extorsión sexual de mujeres y niñas durante los esfuerzos de reconstrucción y mantenimiento de la paz en situaciones de conflicto y posconflicto. Los ejemplos incluyen escándalos de "sexo por comida" en los que los refugiados y mujeres y niños vulnerables se han visto obligados a realizar actividades sexuales para integrantes de las fuerzas de mantenimiento de la paz y los trabajadores humanitarios a cambio de alimentos y otros recursos.
>
> […]
>
> La pobreza extrema y la corrupción son características comunes de los Estados frágiles y en circunstancias de posconflicto. Las mujeres se ven particularmente afectadas por la pobreza en tales contextos, ya que es probable que se vean excluidas de la participación plena en la fuerza laboral o no tengan acceso al crédito, ya sea por ley o práctica. Por lo tanto, la corrupción en estas circunstancias prohíbe la realización de los derechos básicos a la alimentación, el vestido, la vivienda y la atención médica. Un informe de 2005 del North-South Institute[13] enfatizó que abordar la corrupción en la prestación de servicios en Estados que salen de un conflicto es fundamental para garantizar la equidad de género.[14]

Lo anterior hace evidentes las circunstancias en las que están inmersas las mujeres en situaciones de rompimiento del orden y de la seguridad; no obstante, los elementos de riesgo que las exponen a prácticas de corrupción no son exclusivos de

---

[13] Stephen Baranyi y Kristina Powell, *Fragile States, Gender Equality and Aid Effectiveness: A Review of Donor Perspectives* (Ottawa: The North-South Institute, 2005), acceso el 14 de agosto de 2022, http://www.nsi-ins.ca/wp-content/uploads/2012/10/2005-Fragile-States-Gender-Equality-and-Aid-Effectiveness-A-Review-of-Donor-Perspectives.pdf.

[14] Farzana Nawaz, *State of Research on Gender and Corruption* (Oslo: Transparency International, 2009), 5-6, acceso el 2 de febrero de 2022, https://www.u4.no/publications/state-of-research-on-gender-and-corruption.pdf. Human rights violations in fragile states affect women and men differently. In some situations, women and girls are vulnerable to rape and other forms of genderbased violence, as well as to forced displacement. Some documentation can be found on sexual extortion of women and girls during conflict and post-conflict peacekeeping and reconstruction efforts. Examples include 'sex-for-food' scandals in which refugees and other vulnerable women and children have been forced to perform sexual favours for peacekeeping forces and aid workers in return for food and other resources. […] Extreme poverty and corruption are common features of post-conflict and fragile states. Women are particularly hard hit by poverty in such contexts since they are likely to be excluded from full participation in the labour force or credit markets, either by law or in practice. Corruption in these circumstances therefore prohibits the realisation of basic rights to food, clothing, housing and medical care. A 2005 report by the North-South Institute emphasised that tackling corruption in service delivery in post-conflict states in fundamental to ensuring gender equity.

momentos de crisis, también se verifican en contextos de normalidad o de paz. Esto no quiere decir que los sujetos, *per se*, tiendan a la corrupción como una práctica consuetudinaria.

Más allá de discutir si las mujeres son más o menos corruptas en comparación con los hombres, resulta más importante identificar los efectos que tiene la corrupción en ellas, que representan la mayor proporción de población mundial en situación de pobreza.[15] Al respecto, cabe también reconocer la literatura existente que sugiere, desde una posición esencialista, que las mujeres son menos corruptas por cuestiones morales y psicológicas, y desde una posición estructural o sistémica, que considera el contexto en el que se desarrollan las interacciones entre agentes e instituciones.[16]

1.2. El género y el combate a la corrupción

La relación entre género –entendido como una construcción social y cultural de la feminidad y la masculinidad, que establece pautas de comportamiento y oportunidades vinculadas con *un ser* mujer u hombre–[17] y combate a la corrupción ha sido advertida en los espacios de concertación multilateral. Por ejemplo, en la VIII Cumbre de las Américas, celebrada en Perú, en 2018, se estableció como séptimo compromiso dentro de los llamados Compromisos de Lima, la voluntad de los Estados americanos de promover la equidad e igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres como objetivo transversal de sus políticas anticorrupción.[18]

---

[15] María del Carmen Morgan López, "La feminización de la pobreza, una mirada desde el género", en *La feminización de la pobreza en México*, ed. por Gloria Careaga Pérez y Patria Jiménez Flores (México: Cámara de Diputados, 2011), 29-37.

[16] Véase, entre otros, Helena Stensöta y Lena Wängnerud, "Why expect a link between gender and corruption?", en *Gender and Corruption. Historical Roots and New Avenues for Research*, ed. por Helena Stensöta y Lena Wängnerud (London: Palgrave Macmillan, 2018), 3-20; Monique Thiteux-Altschul, ed. *Género y corrupción. Las mujeres en la democracia participativa* (Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2010); Hung-En Sung, "Fairer sex or fairer system? Gender and corruption revisited", *Social Forces* 82, n.º 2 (2003): 703-723; The World Bank, *Engendering Development. Through Gender Equality in Rights, Resources and Voice* (Washington: The World Bank-Oxford University Press, 2001); Anand Swamy *et al.*, "Gender and corruption", *Journal of Development Economics* 64, n.º 1 (2001): 25-55; David Dollar, Raymond Fisman y Roberta Gatti, "Are women really the 'fairer' sex? Corruption and Women in Government". *Policy Research Report on Gender and Development*, Working Paper Series, núm. 4 (Washington: The World Bank, 1999).

[17] Véase Rosa María Rodríguez Magda, "Género", en *Breve diccionario de feminismo*, ed. por Rosa Cobo y Beatriz Ranea (Madrid: Los Libros de la Catarata, 2020), 119; Jill K. Conway, Susan C. Bourque y Joan W. Scott, "El concepto de género", en *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual*, ed. por Marta Lamas (México: Programa Universitario de Estudios de Género, Universidad Nacional Autónoma de México-Miguel Ángel Porrúa, 2013), 21-33.

[18] Cumbre de las Américas, "Texto íntegro de la resolución de la VIII Cumbre de las Américas en materia de lucha contra la corrupción", acceso el 3 de febrero de 2022, https://www.worldcomplianceassociation.com/1776/noticia-texto-integro-de-la-resolucion-de-la-viii-cumbre-de-las-americas-en-materia-de-lucha-contra-la-corrupcion.html.

Por su parte, el Grupo de los 20 (G-20), en su Plan Anticorrupción 2019-2021, también ha incorporado esta cuestión: "Corrupción y género: El ACWG [Grupo de Trabajo Anticorrupción] continuará profundizando su comprensión de los vínculos entre género y corrupción, y discutirá posibles acciones. El ACWG también discutirá cómo la dimensión de género podría incluirse en la programación y las políticas anticorrupción".[19]

En este sentido, se puede afirmar que el enfoque de los derechos humanos sobre la corrupción contribuye a entender la relación de esta con las mujeres y sus efectos en la medida que cualquier acto corrupto restringe el ejercicio de aquellos y vulnera su vigencia. La importancia de que el tema de la corrupción sea abordado en espacios multilaterales radica en que el intercambio de visiones y experiencias permite advertir la relación e impacto de este fenómeno con otros aspectos, como los derechos, asunto transversal a las políticas de los Estados. Al respecto, puede afirmarse:

> … los grupos en situación de vulnerabilidad son más afectados por la corrupción, es decir, sus derechos se vulneran más que los de aquellas personas que no pertenecen a dichos grupos […] Ya sea porque los presupuestos que se malversan suelen ser los dedicados a esos grupos; porque los sobornos exigidos afectan más a los grupos económicamente más desaventajados […]; o porque el acto de corrupción simplemente refuerza un criterio de discriminación que previamente existía en la sociedad (el no acceso a la justicia a mujeres que sufren violencia de género).[20]

Este tema ha sido motivo de atención en grupos de trabajo de carácter internacional, ya que no es exclusivo de un número reducido de países, sino que las causas y consecuencias se advierten en Estados de todos los continentes. Sobre este particular, grupos multilaterales de diálogo como el B-20 (Business-20), C-20 (Civil Society-20) y W-20 (Women-20), vinculados todos al G-20 –que reúne a las veinte economías más grandes del planeta–, recomiendan realizar procesos de recopilación, análisis y publicación de datos relacionados con el impacto diferenciado que sobre el género tiene la corrupción; como también estructurar un marco jurídico de naturaleza penal que castigue el acoso y la extorsión sexual (*sextorsión*), en fin,

---

[19] Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), "G20 Anti-Corruption Working Group Action Plan 2019-2021 and Extract from G20 Leaders Communiqué", n.º 7, acceso el 2 de febrero de 2022, http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/WGB/RD(2018)10&docLanguage=En. "Corruption and gender: The ACWG [Anti-Corruption Working Group] will continue to deepen its understanding of the linkages between gender and corruption, and discuss possible actions. The ACWG will also discuss how the gender dimension could be included in anti-corruption programming and policies".

[20] Luis Daniel Vázquez Valencia, *Corrupción y derechos humanos. ¿Por dónde comenzar la estrategia anticorrupción?* (New York: Peter Lang Publishing, 2018), 178.

impulsar la participación de las mujeres en las esferas política, económica y pública de la sociedad.[21]

La perspectiva de género (PEG) debe también estar presente en el combate a la corrupción, como estrategia transversal, debido a que, como se ha señalado, la corrupción afecta de manera desproporcionada a las mujeres. Se debe tener presente, sin embargo, que la PEG es una visión, un enfoque teórico y político que permite describir, comprender y analizar las relaciones entre mujeres y hombres.[22] Esta perspectiva parte de considerar que mujeres y hombres son la expresión de su propio tiempo, es como si el sujeto se pusiera unos lentes y pudiera observar las conexiones entre la subjetividad, la identidad y el contexto de las personas. Así, se daría cuenta de que las feminidades y las masculinidades se construyen socialmente y que cambian con el tiempo.

De este modo, se comprendería que las desigualdades sociales que limitan las oportunidades y el ejercicio pleno de los derechos de las personas, especialmente de las mujeres, son producto de dichas conexiones. Como señala Lagarde: "La perspectiva de género tiene como uno de sus fines contribuir a la construcción subjetiva y social de una nueva configuración a partir de la resignificación de la historia, la sociedad, la cultura y la política desde las mujeres y con las mujeres".[23]

Por lo tanto, la perspectiva de género es una herramienta para el cambio de las relaciones sociales entre mujeres y hombres, y la igualdad sustantiva. Su objetivo, en suma, es conocer, comprender y transformar aquellas condiciones que hacen que las desigualdades entre mujeres y hombres se perpetúen, por ello está estrechamente relacionada con la igualdad, las políticas públicas, la acción y la lucha de las mujeres.[24]

Esto es relevante porque existen tarifas diferenciadas de la corrupción dependiendo de si la víctima es mujer u hombre. Es claro que cuando la moneda de cambio es un favor sexual, hay un sesgo de género que afecta principalmente a las mujeres

---

[21] *#Corruptiontoo: Why Gender Matters for Anti-Corruption*, acceso el 2 de febrero de 2022, https://civil-20.org/c20/wp-content/uploads/2018/10/Joint-Statement-Gender-and-Corruption-1.pdf.

[22] Gloria Luz Alejandre Ramírez, "Política pública e intervención con perspectiva de género en la agenda de la cuarta transformación. Expectativas, hechos y realidades ante la violencia contra las mujeres", *Buen Gobierno*, n.º 28 (2020): 4-7.

[23] Marcela Lagarde, *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia* (México: Siglo XXI Editores, 2019), 13.

[24] El desarrollo de la PEG surge a mediados del siglo XX, proviene de las intelectuales y los movimientos de mujeres que hicieron ver la influencia del contexto en la formación de las identidades de los seres humanos. Desde su origen, la perspectiva de género ha sido enriquecida por el feminismo y los movimientos de mujeres que han denunciado las desigualdades de las que son objeto y reivindicado el reconocimiento y el ejercicio de sus derechos: "la perspectiva de género es una toma de posición política frente a la opresión de género: es una denuncia de sus daños y su destrucción y es, a la vez, un conjunto de acciones y alternativas para erradicarlas" (Lagarde, *Género y feminismo…*, 13).

que, a su vez, resulta en violencia de género.[25] Para los hombres, en cambio, si bien no se excluye que en algunos casos haya intercambios sexuales, se registra mayoritariamente la entrega de dinero o bienes.

Construir sociedades igualitarias, en donde todas las personas puedan acceder a servicios públicos es un primer paso para hacerle frente al problema de los intercambios fuera de la ley. En particular, la construcción de infraestructura pública viene a ser una forma de retribución para las mujeres que realizan labores de cuidado no remuneradas.[26] Por otro lado, delitos que afectan a la población femenina en particular, como la trata de personas, tienen un componente de género y corrupción, puesto que los perpetradores de estos graves delitos han generado redes de complicidad con autoridades de distintos niveles que les permiten traficar con personas y ofrecer sus cuerpos para fines de explotación sexual o como fuerza de trabajo.

No resulta posible la concreción de este ilícito sin la participación, ya sea por omisión o por participación directa, de las autoridades. Este delito pone de relieve uno de los aspectos más significativos de la teoría de género: la interseccionalidad, mencionada páginas atrás. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su Resolución 1/18 ha señalado:

> … la corrupción tiene un impacto grave y diferenciado en el goce y ejercicio de los derechos humanos por parte de grupos históricamente discriminados, tales como las personas en situación de pobreza, las mujeres, los pueblos indígenas, los afrodescendientes, personas migrantes y las personas privadas de libertad y afecta de forma especialmente profunda a quienes son objeto de trata y tráfico de personas como los migrantes, niñas, niños y mujeres.[27]

Como lo han señalado autores como Zhang y Pineda, los países en donde se registran índices de mayor corrupción son aquellos en los que, también, persiguen menos la trata de personas.[28] En este sentido, a la corrupción se le tiene que ver, precisamente, desde la interseccionalidad, ya que la existencia de estereotipos ha generado que las mujeres sean tratadas de manera diferenciada y su participación

---

[25] Dalia Ferreria *et al*., *Gender and Corruption in Latin America. Is there a link?* (Panamá: United Nations Development Programme, 2014), 25.

[26] Transparency Internacional, "Género y corrupción. Recomendaciones ante el G-20", acceso el 1 de febrero de 2022, https://www.tm.org.mx/wp-content/uploads/2019/05/GENDER-AND-CORRUPTION-Transparency-International-G20-2019-ESP-1.pdf.

[27] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1/18. Corrupción y derechos humanos (Washington: OEA, 2018), acceso el 6 de febrero de 2022, https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf.

[28] Sheldon X. Zhang y Samuel L. Pineda, "Corruption as a causal factor in human trafficking", en *Organized Crime: Culture, Markets and Policies*, ed. por Dina Siegel y Hans Nelen (New York: Springer, 2008), 41-55.

en la vida pública sea limitada.[29] La trata de personas es, en efecto, una expresión criminal con un componente de género, en la medida en que las víctimas son, mayoritariamente, utilizadas para el comercio sexual. Además, esta práctica reproduce la división sexual del trabajo en la medida en que algunas víctimas son utilizadas para la maquila de productos. La mayoría de las personas (mujeres) enganchadas provienen de contextos rurales o sufren condiciones de vulnerabilidad,[30] por lo cual, tal y como lo señala Thelma Aldana, "la lucha contra la corrupción debe enfocar la problemática con transversalidad e interseccionalidad de género, de lo contrario, las mujeres y niñas con menos recursos estarán condenadas a un futuro de pobreza, abandono y olvido".[31]

Además, la corrupción puede caracterizarse como una modalidad de violencia de género. Al respecto, el artículo 18 de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, vigente en México, establece una definición de corrupción, entendida como

> … los actos u omisiones de las y los servidores públicos de cualquier orden de gobierno que discriminen o tengan como fin dilatar, obstaculizar o impedir el goce y ejercicio de los derechos humanos de las mujeres, así como su acceso al disfrute de políticas públicas destinadas a prevenir, atender, investigar, sancionar y erradicar los diferentes tipos de violencia.

El artículo 19 de este mismo instrumento jurídico establece la obligación de los tres niveles de gobierno, de organizar la estructura gubernamental para asegurar el ejercicio del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.[32] En otras palabras, los gobiernos deben actuar para desincentivar la comisión de actos de corrupción.

¿Por qué considerar la corrupción como una modalidad de la violencia contra las mujeres? Porque como se manifestó en el *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer*, elaborado por el Secretario General de las Naciones Unidas en 2006: "Las numerosas formas y manifestaciones de la violencia y las diferentes

---

[29] CIDH, *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas* (Washington: OEA, 2017), 10-13.

[30] Gretchen Kuhner y Mónica Salazar Salazar, "Características sociojurídicas del delito de trata de personas en el caso mexicano", en *Rostros diversos de la trata de personas en México: situaciones presentes y potenciales de las mujeres, niñas, niños y adolescentes*, ed. por Rodolfo Casillas (México: Cámara de Diputados, 2009), 186-216.

[31] Thelma Esperanza Aldana Hernández, "Corrupción y derechos humanos en Guatemala", en *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*, ed. por Carlos Tablante y Mariela Morales Antoniazzi (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018), 232.

[32] El artículo 19 de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia mandata: "Los tres órdenes de gobierno, a través de los cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, tienen la obligación de organizar el aparato gubernamental de manera tal que sean capaces de asegurar, en el ejercicio de sus funciones, el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia".

experiencias de violencia sufridas por las mujeres apuntan a la intersección entre la subordinación basada en el género y otras formas de subordinación experimentadas por las mujeres en contextos específicos".[33]

Más adelante, este mismo documento señala:

> La impunidad por los actos de violencia contra la mujer agrava los efectos de dicha violencia como mecanismo de control. Cuando el Estado no responsabiliza a los infractores, la impunidad no solo intensifica la subordinación y la impotencia de quienes sufren la violencia, sino que además envía a la sociedad el mensaje de que la violencia masculina contra la mujer es a la vez aceptable e inevitable. Como resultado de ello, las pautas de comportamiento violento resultan normalizadas.[34]

Esto es, precisamente, lo que ocurre con la corrupción como modalidad de violencia: al no existir sanciones para quienes cometen actos de corrupción desde el servicio público, la acción se normaliza y se repite, haciendo que cualquier mujer sea presa de la corrupción, quedando en una condición de subordinación ya que quien determina las reglas del juego –así no sea quien haya provocado el acto– será la persona servidora pública. Detrás de la ventanilla, quien tiene el poder es la persona investida de autoridad que representa, en ese momento, al Gobierno, mientras que, del otro lado, se encuentra la ciudadanía, aunque con derechos, indefensa ante el micropoder presente en ese momento. El poder es un producto bien construido; Foucault habla de microfibras de poder, que radican en las sutilezas; es decir, los individuos no se dan cuenta de que están sometidos a él, pues se encuentran entramadas en la cotidianidad de las personas.[35]

Si se pone en clave contemporánea la relación entre corrupción y género, se advertirá que durante la pandemia por covid-19 se incrementó la percepción de actos corruptos, ya que al ser ellas las cuidadoras de niñas, adultas mayores y enfermas y, en consecuencia, tener mayor vínculo con los servicios de salud, fueron víctimas de más actos de este tipo.[36]

---

[33] Naciones Unidas, Secretario General, *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer*, A/61/122/Add. 1, 32.

[34] Naciones Unidas, A/61/122/Add…, 34.

[35] Michel Foucault, "Poder-Cuerpo", en *Microfísica del poder* (Madrid: Las Ediciones de La Piqueta, 1980), 103-110.

[36] Sofía Ramírez Aguilar y Karla Guzmán, "Las mujeres: entre la corrupción, la pandemia y el desencanto", *MCCI*, 27 de septiembre de 2020, con acceso el 5 de febrero de 2022, https://contralacorrupcion.mx/las-mujeres-entre-la-corrupcion-la-pandemia-y-el-desencanto/.

1.3. Respuestas desde lo nacional en México

México enfrenta el problema de la corrupción desde tiempo atrás. Se ha encontrado evidencia de esto desde la época colonial[37] y los efectos son muy variados, aunque todos dañinos para la sociedad y para las instituciones. Más allá de las expresiones discursivas de los titulares de los poderes públicos, lo cierto es que siguen presentándose hechos de corrupción en todos los niveles de gobierno y en los tres poderes. La prensa da cuenta de manera profusa de ello.[38] Gracias a esto último, la ciudadanía se ha enterado de los malos manejos del erario o de decisiones que perjudican el bien común, dando pie a la exigencia social de sancionar a los responsables y de evitar que dichos actos se repitan.

Para enfrentar el problema, entre otras, en 2014 se promulgó la reforma a los artículos 6, 73, 89, 105, 108, 110, 111, 116 y 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derecho a la información y su concomitante, la transparencia en la tarea gubernamental.[39] La parte sustantiva de dicha reforma correspondió a la adición de la fracción VIII del artículo 6 que dotó de autonomía constitucional al hoy Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, estableciendo su naturaleza jurídica, composición y facultades.[40] Esta modificación constitucional resulta de interés, puesto que mejorar los mecanismos de acceso a la información pública por parte de los ciudadanos es, al mismo tiempo, una barrera a la comisión de actos de corrupción. Por supuesto, no puede dejarse de lado al Sistema Nacional de Transparencia, cuyo papel es medular, como lo es también el órgano especializado de fiscalización (Auditoría Superior de la Federación).

Asimismo, en México existe el Sistema Nacional Anticorrupción (SNA), conformado merced a las reformas constitucionales de 2015 y a la promulgación de

---

[37] José Juan Sánchez González, *La corrupción administrativa en México* (México: Instituto de Administración Pública del Estado de México, 2012), 119-132.

[38] A manera de ejemplo puede señalarse la investigación sobre desfalco en la institución federal que busca conseguir la autosuficiencia alimentaria del país (José Monroy, "SFP indaga con óptica de delincuencia organizada la corrupción en Segalmex", 18 de agosto de 2022, acceso el 27 de septiembre de 2022, https://www.eleconomista.com.mx/politica/Indagan-con-optica-de-delincuencia-organizada-corrupcion-en-Segalmex-20220818-0053.html), y lo que ocurre con el titular del gobierno del estado de Morelos (Redacción, "Caso Primavera: ¿Qué es y cómo involucra a Cuauhtémoc Blanco?", *El Financiero*, 15 de septiembre de 2022, acceso el 27 de septiembre de 2022, https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/2022/09/14/caso-primavera-que-es-y-como-involucra-a-cuauhtemoc-blanco/.

[39] Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de transparencia, acceso el 25 de septiembre de 2022, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5332003&fecha=07/02/2014#gsc.tab=0

[40] Jaqueline Peschard, "La expansión de un derecho fundamental: el Sistema Nacional de Transparencia", en *Hacia el Sistema Nacional de Transparencia*, ed. por Jaqueline Peschard (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016), 34.

la legislación secundaria un año después. La ley de dicho sistema es clara al establecer que el objeto del SNA es

> … establecer principios, bases generales, políticas públicas y procedimientos para la coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno en la prevención, detección y sanción de faltas administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos. Es una instancia cuya finalidad es establecer, articular y evaluar la política en la materia.

No obstante, las leyes vinculadas al SNA (Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción,[41] Ley General de Responsabilidades Administrativas,[42] Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa,[43] Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República [abrogada en 2009],[44] Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación,[45] Ley Orgánica de la Administración Pública Federal,[46] y el Código Penal Federal[47]) no consideran al género como una variable en el combate a la corrupción.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 17 de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, el Comité de Participación Ciudadana del SNA procurará que en su conformación prevalezca la equidad de género. La participación paritaria de mujeres y hombres en este organismo colegiado es muy relevante porque existe evidencia[48] de que cuando las mujeres están en espacios de decisión y elaboración de políticas públicas, toman en cuenta aspectos no considerados por sus pares masculinos que tienen que ver con el rol y las necesidades de las mujeres en la sociedad. Aquí se hace referencia a la teoría de la masa crítica expuesta por Joni Lovenduski que establece que es importante la presencia de las mujeres en los espacios de decisión y de representación política para que se incida de manera efectiva en la agenda, ya

---

[41] Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, acceso el 25 de septiembre de 2022, https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGSNA_200521.pdf.

[42] Ley General de Responsabilidades Administrativas, acceso el 25 de septiembre de 2022, https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGRA.pdf.

[43] Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, acceso el 25 de septiembre de 2022, https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOTFJA.pdf.

[44] Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, acceso el 25 de septiembre de 2022, https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lopgr_2009/LOPGR_abro.pdf.

[45] Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación, acceso el 25 de septiembre de 2022. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFRCF_200521.pdf.

[46] Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, acceso el 21 de febrero de 2023, https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOAPF.pdf.

[47] Código Penal Federal, acceso el 21 de febrero de 2023, https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf.htm.

[48] Véase United Nations Development Programme, *Where are the women? A Study of Women, Politics, Parliaments and Equality in the CARICOM Countries* (Panamá, 2015).

que los políticos solo reaccionan si la estructura de oportunidades políticas les es ventajosa; es decir, actúan de forma estratégica. Entre más mujeres haya en espacios de influencia, ocurrirá un cambio en el contenido de las políticas públicas y en la manera en que se diseñan. Estos cambios no solo se concretan en el proceso formal de la política, sino que pueden trasladarse al aspecto discursivo que impacte en la modificación de la cultura política.[49]

Conclusiones

La corrupción y sus efectos tienen género. Todas las personas son susceptibles de cometer actos que sean catalogados como corruptos en la medida que todas buscan satisfacer necesidades, incluso sabiendo que la ruta seleccionada erosiona el Estado de derecho; no obstante, como se ha mencionado en este artículo, las víctimas más vulnerables son las mujeres.

La pequeña corrupción, la que sufren con mayor frecuencia, ocurre en los niveles más bajos del aparato administrativo gubernamental y tiene que ver con asuntos cotidianos, por ejemplo, el acceso a servicios. En este nivel, la discrecionalidad entre la persona investida de autoridad y quien requiere hacer el trámite o solicitar un servicio puede ser mucha si los aparatos oficiales de supervisión de las conductas de los empleados públicos no son eficientes, lo que da lugar a un intercambio, ya sea en dinero o bienes pequeños o la prestación de servicios, que puede incluir favores sexuales.

El combate a la corrupción necesita un sistema estructurado y coordinado que considere el problema de manera integral y que tenga en cuenta los impactos diferenciados en mujeres y hombres. Por ello se recomienda, siguiendo la experiencia internacional, elaborar diagnósticos de amplio alcance entre autoridades, órganos constitucionales autónomos, universidades y sociedad civil que den cuenta de lo que significa la corrupción en clave de género y modificar, con el concurso de todos los actores involucrados, las diversas leyes en la materia para que incorporen al género como una variable y se adopte la perspectiva de género como una política transversal. Por otro lado, aunque no atienden el tema de la corrupción, pero sí inciden en él, se requieren políticas públicas más agresivas que eliminen las brechas de desigualdad entre mujeres y hombres. Al dotar a las mujeres de mayores capacidades, los perpetradores de la corrupción tendrán menos incentivos para obtener beneficios extralegales. Empoderarlas significa, también, decirle no a la corrupción.

---

[49] Joni Lovenduski, "Gender politics: A breakthrough for women?", *Parliamentary Affairs* 50, n.º 4 (1997): 708-719.

Bibliografía

#Corruptiontoo: Why Gender Matters for Anti-Corruption. Acceso el 2 de febrero de 2022. https://civil-20.org/c20/wp-content/uploads/2018/10/Joint-Statement-Gender-and-Corruption-1.pdf.

Aldana Hernández, Thelma Esperanza. "Corrupción y derechos humanos en Guatemala". *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*. Editado por Carlos Tablante y Mariela Morales Antoniazzi, 221-237. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

Alejandre Ramírez, Gloria Luz. "Política pública e intervención con perspectiva de género en la agenda de la cuarta transformación. Expectativas, hechos y realidades ante la violencia contra las mujeres", *Buen Gobierno*, n.º 28 (2020): 1-32.

Arellano Gault, David. "Corruption as an organizational process: Understanding the logic of the denormalization of corruption". *Contaduría y Administración* 62, n.º 3 (2017): 827-842. doi: 10.1016/j.cya.2016.01.008.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "Resolución 1 / 18. Corrupción y derechos humanos". Washington: Organización de los Estados Americanos, 2018. Acceso el 6 de febrero de 2022. https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf.

Baranyi, Stephen y Kristina Powell. *Fragile States, Gender Equality and Aid Effectiveness: A Review of Donor Perspectives*. Ottawa: The North-South Institute, 2005. Acceso el 14 de agosto de 2022. http://www.nsi-ins.ca/wp-content/uploads/2012/10/2005-Fragile-States-Gender-Equality-and-Aid-Effectiveness-A-Review-of-Donor-Perspectives.pdf.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*. Washington: Organización de los Estados Americanos, 2017.

Conway, Jill K., Susan C. Bourque y Joan W. Scott. "El concepto de género". *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual*, editado por Marta Lamas, 21-33. México: Programa Universitario de Estudios de Género, Universidad Nacional Autónoma de México, Miguel Ángel Porrúa, 2013.

Cumbre de las Américas, "Texto íntegro de la resolución de la VIII Cumbre de las Américas en materia de lucha contra la corrupción". Acceso el 3 de febrero de 2022. https://www.worldcomplianceassociation.com/1776/noticia-texto-integro-de-la-resolucion-de-la-viii-cumbre-de-las-americas-en-materia-de-lucha-contra-la-corrupcion.html.

Dollar, David, Raymond Fisman y Roberta Gatti. "Are women really the 'fairer' sex? Corruption and women in government". *Policy Research Report on Gender and Development, Working Paper Series*, núm. 4. Washington: The World Bank, 1999.

Devrim, Deniz y Mariel Miranda. *Género y anticorrupción en América Latina y el Caribe. Buenas prácticas y oportunidades*. Ottawa: Transparency International, 2021.

Facio, Alda y Lorena Fries. "Feminismo, género y patriarcado". *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires* 3, n.º 6 (2005): 259-294.

Ferreria, Dalia *et al*., *Gender and Corruption in Latin America. Is there a link?* Panamá: United Nations Development Programme, 2014.

Foucault, Michel, "Poder-Cuerpo". En *Microfísica del poder*, 103-110. Madrid: Las Ediciones de La Piqueta, 1980.

Flores Palacios, Fátima. "Vulnerabilidad y representación social de género en mujeres de una comunidad migrante", *Península* IX, n.º 2 (2014): 41-58.

Hill Collins, Patricia. *Intersectionality as Critical Social Theory*. London: Duke University Press, 2019.

Instituto Mexicano para la Competitividad. *Compras públicas estatales: ¿dónde quedaron los datos?* México: IMCO, 2022.

Kuhner, Gretchen y Mónica Salazar Salazar. "Características sociojurídicas del delito de trata de personas en el caso mexicano". *Rostros diversos de la trata de personas en México: situaciones presentes y potenciales de las mujeres, niñas, niños y adolescentes*. Editado por Rodolfo Casillas, 186-216. México: Cámara de Diputados, 2009.

Lagarde, Marcela. *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia*. México: Siglo XXI Editores, 2019.

Lovenduski, Joni. "Gender politics: A breakthrough for women?". *Parliamentary Affairs* 50, n.º 4 (1997): 708-719.

Facio, Alda y Lorena Fries. "Feminismo, género y patriarcado". *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires* 3, n.º 6 (2005): 259-294.

Mvelase, Zakhona y Tendai Mvuvu. "Sexual extortion: The silent corruption across Sub-Saharan Africa". Acceso el 14 de agosto de 2022. https://africa.harvard.edu/news/sexual-extortion-%E2%80%9Csilent%E2%80%9D-corruption-across-sub-saharan-africa.

Monroy, José. "SFP indaga con óptica de delincuencia organizada la corrupción en Segalmex", 18 de agosto de 2022. Acceso el 27 de septiembre de 2022. https://www.eleconomista.com.mx/politica/Indagan-con-optica-de-delincuencia-organizada-corrupcion-en-Segalmex-20220818-0053.html.

Morgan López, María del Carmen. "La feminización de la pobreza, una mirada desde el género". En *La feminización de la pobreza en México*. Editado por Gloria Careaga Pérez y Patria Jiménez Flores, 29-37. México: Cámara de Diputados, 2011.

Nawaz, Farzana. *State of Research on Gender and Corruption*. Oslo: Transparency International, 2009. Acceso el 2 de febrero de 2022. https://www.u4.no/publications/state-of-research-on-gender-and-corruption.pdf.

Novoa, Yvana. "¿Cómo afecta la corrupción a grupos vulnerables?". Acceso el 15 de agosto de 2022. https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/comentario-yvana.pdf.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (Unodc). "Corrupción y género". Acceso el 1 de febrero de 2022. https://www.unodc.org/mexicoandcentralamerica/es/webstories/2019/corrupcin-y-gnero.html.

Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). "G20 Anti-Corruption Working Group Action Plan 2019-2021 and Extract from G20 Leaders Communiqué". Acceso el 2 de febrero de 2022. http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/WGB/RD(2018)10&docLanguage=En.

Peschard, Jaqueline. "La expansión de un derecho fundamental: el Sistema Nacional de Transparencia". En *Hacia el Sistema Nacional de Transparencia*. Editado por Jaqueline Peschard, 33-61. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Seminario Universitario de Transparencia-Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.

Ramírez Aguilar, Sofía y Karla Guzmán. "Las mujeres: entre la corrupción, la pandemia y el desencanto", *MCCI*, 27 de septiembre de 2020. Acceso el 5 de febrero de 2022. https://contralacorrupcion.mx/las-mujeres-entre-la-corrupcion-la-pandemia-y-el-desencanto/.

Redacción, "Caso Primavera: ¿Qué es y cómo involucra a Cuauhtémoc Blanco?". *El Financiero*, 15 de septiembre de 2022. Acceso el 27 de septiembre de 2022. https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/2022/09/14/caso-primavera-que-es-y-como-involucra-a-cuauhtemoc-blanco/.

Rodríguez Magda, Rosa María. "Género". En *Breve diccionario de feminismo*. Editado por Rosa Cobo y Beatriz Ranea. Madrid: Los Libros de la Catarata, 2020.

Rose-Ackerman, Susan y Bonnie J. Palifka. *Corrupción y gobierno. Causas, consecuencias y reformas*. Madrid: Marcial Pons, 2019.

Rowland, Michel. "Visión contemporánea de la corrupción". En *La hora de la transparencia en América Latina. El manual de anticorrupción en la función pública*. Editado por Gloria Careaga Pérez y Patria Jiménez Flores. Buenos Aires: Granica, 1998. Acceso el 16 de agosto de 2022. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5005/18.pdf.

Sánchez González, José Juan. *La corrupción administrativa en México*. México: Instituto de Administración Pública del Estado de México, 2012.

Naciones Unidas, Secretario General. *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer*. A/61/122/Add. 1, 2006.

Secretaría de la Gobernación (Segob). Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de transparencia. Acceso el 25 de septiembre de 2022. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5332003&fecha=07/02/2014#gsc.tab=0.

Solano López, Ana Linda. *Mujer y corrupción: estrategias para abordar los impactos diferenciados de la corrupción en América Latina. Problemática de género y corrupción en América Latina*. EUROsociAL+, 2019.

Stensöta, Helena y Lena Wängnerud. "Why expect a link between gender and corruption?". En *Gender and Corruption. Historical Roots and New Avenues for Research*. Editado por Helena Stensöta y Lena Wängnerud, 3-30. London: Palgrave Macmillan, 2018.

Sung, Hung-En. "Fairer sex or fairer system? Gender and corruption revisited", *Social Forces* 82, n.º 2 (2003): 703-723.

Swamy, Anand *et al*. "Gender and corruption". *Journal of Development Economics* 64, n.º 1 (2001): 25-55.

The World Bank. *Engendering Development. Through Gender Equality in Rights, Resources and Voice*. Washington: The World Bank-Oxford University Press, 2001.

Thiteux-Altschul, Monique, ed. *Género y corrupción. Las mujeres en la democracia participativa*. Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2010.

Transparency Internacional. "Género y corrupción. Recomendaciones ante el G-20". Acceso el 1 de febrero de 2022. https://www.tm.org.mx/wp-content/uploads/2019/05/GENDER-AND-CORRUPTION-Transparency-International-G20-2019-ESP-1.pdf.

United Nations Development Programme. *Where are the women? A Study of Women, Politics, Parliaments and Equality in the CARICOM Countries*. Panamá, 2015.

Vázquez Valencia, Luis Daniel. *Corrupción y derechos humanos. ¿Por dónde comenzar la estrategia anticorrupción?* Nueva York: Peter Lang Publishing, 2018.

Zhang, Sheldon X. y Samuel L. Pineda. "Corruption as a causal factor in human trafficking". En *Organized Crime: Culture, Markets and Policies*. Editado por Dina Siegel y Hans Nelen, 41-55. New York: Springer, 2008.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXVIII, BOGOTÁ, 2022, PP. 197-212, ISSN 2346-0849

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

Algunas consideraciones acerca del rol de los tribunales constitucionales ante el fenómeno de la corrupción en los Estados de derecho

RESUMEN

Este trabajo muestra un panorama general sobre el concepto de corrupción, sus matices en el contexto de los derechos humanos y la importancia de los tribunales constitucionales en los Estados para resguardar la legalidad de la autoridad administrativa, así como para resaltar su relevancia ante el fenómeno de la corrupción, sobre todo, desde el punto de vista preventivo.

Palabras clave: Tribunal Constitucional; corrupción; Estado de derecho.

Some considerations about the role of the Constitutional Courts in dealing with the phenomenon of corruption in states based on the rule of law

ABSTRACT

This work provides a general overview of the concept of corruption, its nuances in the context of human rights, and the importance of the States' Constitutional Courts in safeguarding the legality of administrative authority, highlighting their relevance in dealing with the phenomenon of corruption, especially from a preventive point of view.

Keywords: Constitutional Court; corruption; state based on the rule of law.

* Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica; magíster profesional en Derecho Público, Universidad de Costa Rica; magíster iberoamericano en Políticas Anticorrupción, Universidad de Salamanca. Ha sido abogado litigante, letrado en la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, abogado asesor en materia municipal y de gobierno local; actualmente se desempeña como abogado fiscalizador en la División Jurídica de la Contraloría General de la República. davidoconi@gmail.com / código orcid: 0000 -0002-6271-0513.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Einige Überlegungen zur Rolle der Verfassungsgerichte angesichts der Korruption im Rechtsstaat

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag beabsichtigt eine allgemeine Einführung zum Begriff der Korruption, zu seinen Nuancen im Kontext der Menschenrechte und zur Bedeutung der Verfassungsgerichte in den einzelnen Staaten, um die Rechtmäßigkeit der Verwaltungsbehörden sicherzustellen und, vor allem aus präventiver Perspektive, ihre Relevanz angesichts des Phänomens der Korruption hervorzuheben.

Schlagwörter: Verfassungsgericht; Korruption; Rechtsstaat.

1. Corrupción: un poco sobre el alcance del concepto

Existen pocos temas que sean tan populares y relevantes en las diferentes sociedades como la corrupción, principalmente si se trata de la corrupción en el interior de una administración pública o alguna oficina gubernamental, que es el punto de partida y desarrollo de este trabajo. Es tal vez uno de los asuntos que mayores pasiones despierta entre las personas y que genera grandes plataformas de discusión, opinión e incluso que se posiciona fuertemente en las agendas de los partidos políticos en contienda electoral.

Sin embargo, cuando se intenta conceptualizar sobre la corrupción, siempre es difícil encontrar puntos de partida, datos, mediciones y estadísticas que permitan construir un estado de la situación, y muchas veces es algo intangible y poco visible, pero de innegable presencia. Asimismo, existe tanta diversidad de tipos de corrupción como ámbitos de acción tiene el ser humano en la vida cotidiana: el financiamiento de una campaña electoral, el pago a un agente estatal para ganar la contratación de algún servicio por parte de alguna administración del Estado, el pago de un soborno de un particular a un juez, entre muchos otros, desde los más organizados que revelan verdaderas estructuras para delinquir hasta los más simples como el pago a un oficial de tránsito para evitar alguna infracción.

La corrupción como fenómeno social es complejo, multicausal y afecta de manera directa los modos de vida de las sociedades, les impide prosperar, superarse e incluso, en muchas ocasiones, les impide consolidar el bienestar de la mayoría de las personas. Es decir, la corrupción puede tener incidencias económicas,[1] que pueden ser medibles y proyectar sus efectos sobre el Estado. Esta es una preocupación que se ha extendido en las ciencias económicas desde la década de los noventa del siglo

[1] Francisco Alcalá Angulo y Fernando Jiménez Sánchez, *Los costes económicos del déficit de calidad institucional y la corrupción en España* (Bilbao: Biblioteca Nueva SL, 2018), 37.

pasado, y es creciente el interés por comprender cada vez más y mejor las causas, así como los costes económicos de la corrupción.[2]

A lo largo de los años, la corrupción ha introducido distorsiones que conllevan distintos costes sociales en términos del bienestar de las personas y ha incidido en aspectos como la pobreza, la desigualdad en términos de distribución de la riqueza y el ingreso. Asimismo, ha impactado los niveles de renta, productividad, ritmo de crecimiento económico de los Estados y el funcionamiento del sector público.[3]

Lo anterior denota una idea medular: la corrupción afecta directamente las capacidades prestacionales del Estado, su operación y ejercicio de potestades; puede llegar a entorpecer el funcionamiento normal del aparato estatal y tener consecuencias directas sobre las personas que reciben los servicios públicos. Esta es una idea central que ha sido abordada recientemente e incluso se realizan mediciones sobre el impacto en los derechos humanos.[4]

Ahora bien, volviendo al concepto de la corrupción que sucede en el sector público, claramente, siempre va a existir la participación de un agente público como colaborador de una institución en condición de burócrata, funcionario o bien autoridad electa (gobernante). Este es un elemento básico, que permea la percepción ciudadana sobre las diferentes instituciones, pues se parte de que si un agente institucional comete un delito o falta administrativa relacionada con la corrupción o apartándose de la legalidad y ética, es posible esperar un juicio de opinión general negativo sobre el actuar institucional por parte de la población.

Es razonable que se espere siempre un comportamiento con apego a la ética y más altos valores por parte del funcionario o agente público. Por ello, más allá del incentivo para cometer algún acto indebido o el riesgo moral que exista para el burócrata o funcionario y el contexto en que se realiza una acción considerada como no apegada a la legalidad o estándar mínimo de ética en la función pública, siempre se espera rectitud en el actuar del agente estatal; por eso, el grado de reproche por parte del ciudadano es alto. Lo anterior encuentra explicación en que la administración pública es un espacio especial de acción social que genera obligaciones especiales a todos los que trabajan en ese ámbito y, por ende, existen obligaciones de carácter ético en la función pública, específicas según la jerarquía que se ocupe en el organigrama institucional.[5]

---

[2] María del Mar Salinas Jiménez y Javier Salinas Jiménez, "Corrupción y actividad económica: una visión panorámica", *Revista de Economía Pública*, n.º 180 (2007): 109-137.

[3] Salinas Jiménez y Salinas Jiménez, "Corrupción y actividad económica: una visión panorámica", 121.

[4] Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Corrupción y derechos económicos y sociales en América Latina* (San José: IIDH, 2020), 9.

[5] Manuel Villoria Mendieta, "Ética en las administraciones públicas: de los principios al marco institucional", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 9 (2015): 8-17.

En este orden de razones, salta a la vista un tema importante en cuanto a la definición del concepto mismo de corrupción. Este se encuentra enraizado en la misma administración pública, pues es en donde suceden la mayoría de los actos de corrupción pública, pero extrañamente no es habitual encontrar referencias en las normas de las administraciones públicas acerca de la corrupción y la sanción a la misma sino más bien una descripción de una serie de actos o conductas que se configuran como corruptas. Esto es un elemento común en las diferentes legislaciones que regulan la materia.[6] Lo antedicho sucede en el caso del Estado de Costa Rica, que ha adoptado una línea de acuerdo con la normativa y los convenios internacionales, pero sin definir el concepto en su Código Penal e incluso remitiendo la definición misma en el ordenamiento jurídico interno, al reglamento de la Ley contra la Corrupción y Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, que establece una serie de actos considerados como corruptos. Así, por ejemplo, el Decreto Ejecutivo define la corrupción de la siguiente manera:

> Es el uso de funciones y atribuciones públicas para obtener o conceder beneficios particulares, en contravención de las disposiciones legales y la normativa existente en un momento histórico dado. De manera más general, es el uso indebido del poder y de los recursos públicos para el beneficio personal, el beneficio político particular o el de terceros. Actos de corrupción o corruptelas: Se entenderá, entre otros, como tales, los siguientes: a) El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, premios, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas bajo cualquier modalidad o denominación. b) El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, premios, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas bajo cualquier modalidad o denominación. c) La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero. d) El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo. e) La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o cualquier

[6] Jorge Leiva Poveda, comp., *Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda en Costa Rica: 50 aniversario* (San José: Jorge Leiva Poveda, 2022), edición en PDF, 223-224.

> otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos descritos en el presente artículo.[7]

Sin embargo, en el caso del Estado de Costa Rica, a nivel de normas jurídicas de la administración o bien normas de derecho público, se utiliza para efectos sancionatorios el deber de probidad que se encuentra descrito en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Esta norma señala:

> El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público. Este deber se manifestará, fundamentalmente, al identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias, de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República; asimismo, al demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente.[8]

En este mismo sentido, en el reglamento a la ley recién citada se establece una precisión sobre el concepto probidad a saber:

> Deber de probidad: Obligación del funcionario público de orientar su gestión a la satisfacción del interés público, el cual se expresa, fundamentalmente, en las siguientes acciones: a) Identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República. b) Demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley. c) Asegurar que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña. d) Administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente. e) Rechazar dádivas, obsequios, premios, recompensas, o cualquier otro emolumento, honorario, estipendio, salario o beneficio por parte de personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, en razón del cumplimiento de sus funciones o con ocasión de éstas, en el país o fuera de él; salvo los casos que admita la Ley. f) Abstenerse de conocer y resolver un asunto cuando existan las mismas causas de impedimento y recusación que se establecen en la Ley Orgánica

---

[7] Decreto Ejecutivo 32333 de 12 de abril de 2005.

[8] Asamblea Legislativa, Ley 8422 de 06 de noviembre de 2004, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

> del Poder Judicial, en el Código Procesal Civil, y en otras leyes. g) Orientar su actividad administrativa a satisfacer primordialmente el interés público.[9]

Asimismo, la sanción administrativa prevista en el ordenamiento jurídico para una falta al deber de probidad se encuentra descrita expresamente en el numeral 4 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función pública que establece: "Sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que procedan, la infracción del deber de probidad, debidamente comprobada y previa defensa, constituirá justa causa para la separación del cargo público sin responsabilidad patronal".[10]

Así las cosas, puede notarse, como se mencionó anteriormente, que el Estado de Costa Rica sigue una tendencia a no incorporar el concepto de corrupción de forma positiva en el Código Penal, sino a regular una serie de conductas que pueden entrar en esa categoría de actos corruptos. En este punto, es valiosa la diferenciación entre corrupción y corrupción penal, pues puede existir corrupción tanto en estrados judiciales en sede penal como también en sede administrativa, tal como se ha descrito en este trabajo, no en un sentido técnico-jurídico, sino en el ideario social de lo que es o no aceptado en el ejercicio de la función pública y, en algunas ocasiones, en coincidencia con lo positivizado como delito de corrupción. Esto da pie a resaltar la idea de que es necesaria la existencia de mecanismos que permitan combatir o prevenir la corrupción desde el mismo sistema de normas administrativas que rigen la función pública.

Lo anterior vigoriza e impulsa propuestas interesantes como esquemas de gobierno o Estado abierto en la gestión pública, que promuevan la transparencia, la rendición de cuentas y la participación ciudadana. En este sentido, claramente, la mejor forma de involucrar a los diferentes actores sociales es incentivando la participación informada en los quehaceres de la administración pública desde una perspectiva colaborativa del Gobierno con el ciudadano.

Así las cosas, es claro que un ámbito vital para el control y la prevención de los actos de corrupción es la sede administrativa. Desde el punto de vista general, para la corrupción pública o privada se ha ensayado la muy conocida fórmula C = M + D – A, es decir, la corrupción (C) equivale a monopolio de la decisión (M) más discrecionalidad (D) menos rendición de cuentas (A).[11] A partir de esta idea se han formulado mecanismos de control interno de las administraciones que faciliten el control en la toma de decisiones y distribuyan el poder, disminuyendo la discrecionalidad; incluso, se ha fomentado la rendición de cuentas como un postulado del Estado de derecho.

---

[9] Decreto Ejecutivo 32333 de 12 de abril de 2005.

[10] Asamblea Legislativa, Ley 8422 de 06 de noviembre de 2004, cit.

[11] Raque Chanto Víquez, "Legislación de control de la corrupción y el gasto público y sus efectos sobre la política pública" (tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica), 42.

Esto denota nuevamente la idea del espacio en donde deben concentrarse los esfuerzos para prevenir y sancionar la corrupción, que es en la sede administrativa, en los diferentes ordenamientos, sistemas y subsistemas normativos de las administraciones públicas, para regular de manera precisa las competencias, las potestades y el marco de actuación de las administraciones y los funcionarios, así como la forma de sancionar y ejecutar la sanción a dichas faltas.

Además, es importante señalar que no necesariamente debe existir un daño económico para que haya una conducta que pueda ser catalogada como corrupta; basta con quebrantar una norma legal que establece una prohibición o bien incumplir la obligación de realizar una acción por parte del agente público. En este sentido, es válido el ejemplo del nepotismo, en el que se pierde de vista el interés general que debe satisfacer el agente público, para dar paso a favorecimientos basados en una relación de familiaridad. Esta misma lógica se sigue en la jurisprudencia de la Sala I de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, que ha sido insistente en el hecho de que no debe existir un daño económico como tal para que haya una falta al ordenamiento de fiscalización superior de la hacienda pública. Muchas veces se sancionan en sede administrativa faltas al deber de probidad de los funcionarios públicos, y la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito forma parte de ese ordenamiento de fiscalización superior, por lo que bastaría la mera transgresión normativa para que pueda sancionarse a la persona investigada.[12]

Es necesario indicar que el derecho penal mantiene en este tipo de delitos relacionados con la corrupción una de sus características primordiales y definitorias, como lo es la última *ratio*. Y el concepto de corrupción deviene en incierto, pues no todos los ordenamientos jurídicos lo positivizan y los instrumentos de derecho internacional no han ofrecido definiciones puntuales; han marcado pautas que orientan a los Estados en el uso de su discrecionalidad legislativa para regular y tener contemplada la figura en sus ordenamientos jurídicos. A su vez, el derecho internacional viene desarrollando una serie de estudios que vinculan las afectaciones de este fenómeno de la corrupción, especialmente, la que sucede en la función pública con las afectaciones a los derechos humanos, lo que denota la trascendencia de esta figura en la actualidad, no como una estratagema discursiva sino como un problema con incidencia práctica reale.

2. Corrupción y derechos humanos

Como se ha venido indicando, la corrupción es un fenómeno multicausal y con consecuencias variadas. Sin embargo, dentro de las afectaciones que puede tener, pueden incluirse la no garantía y el incumplimiento por parte de los Estados de los

[12] Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Tribunal de Casación, Resolución 00079 de 15 de junio de 2017, entre otras.

derechos humanos, principalmente, de las poblaciones vulnerables. Así las cosas, se ha conceptuado la corrupción en su relación con los derechos humanos como el ejercicio abusivo de una situación de poder en la que existe un incumplimiento de un mandato normativo con efectos institucionales y que puede afectar a terceros.[13]

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos (Corte IDH) ha acumulado experiencias en su actividad para establecer criterios que permitan evidenciar el rol del sistema regional de los derechos humanos con los Estados. Por lo anterior, es pertinente incluir un deber de prevención a la vulneración de los derechos fundamentales por parte de los Estados en el sistema interamericano de los derechos humanos. Es decir, no es el sistema interamericano un aparato de mera reparación por medio de sentencias de la Corte; los diferentes órganos que le componen actualmente tienen un rol fortalecido.

En este orden de ideas, en el caso González y otras *vs*. México, la Corte IDH plantea un deber para los Estados que parece bastante básico. En esta sentencia, este tribunal dice que los Estados deben prevenir las vulneraciones de los derechos humanos, tomando un camino que enriquece lo hasta ahora dispuesto por la Corte en cuanto a los deberes de los Estados en materia de derechos humanos.

En el párrafo 252 de la sentencia arriba mencionada se establece:

> La Corte ha establecido que el deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado.[14]

Esto no quiere decir que deba aplicarse el deber de prevención sin criterio alguno. Es evidente que para responsabilizar a un Estado de la aplicación del deber de prevención hay que hacerlo en observancia del principio de proporcionalidad. Al respecto se ha indicado que la Corte IDH ha determinado que un Estado no puede ser responsable de cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción; sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados por el conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y por las posibilidades razonables de prevenir

---

[13] Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Marie-Christine Fuchs, *Corrupción y derecho penal: prevención, investigación y sanción* (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2021), 27.

[14] Corte IDH, Caso González y otras *vs*. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 205, párrafo 253.

o evitar ese riesgo. Aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquel no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía.[15]

Es importante destacar que la conceptualización de la corrupción como una afectación directa a los derechos humanos presenta ciertos problemas de base, principalmente en cuanto a la figura del nexo causal con el daño, o sea el vínculo entre corrupción y vulneración de los derechos humanos en una relación de causalidad.[16] Así las cosas, no interesa problematizar un análisis jurídico en este plano, sino advertir que es un aspecto de suma importancia al momento de realizar algún tipo de afirmación en la materia.

En este sentido, es usual encontrar referencia a vulneraciones indirectas de derechos humanos.[17] Es innegable que pueden existir afectaciones de diversa índole por medio de actos corruptos en las administraciones públicas, afectaciones indirectas a derechos como la vida, la salud, la vivienda e incluso podría tener otras manifestaciones menos obvias como el derecho a la protección judicial y a un juicio justo sin demora en el poder judicial.[18] Sin embargo, es precisamente en el campo de los llamados derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en donde existe un fuerte enfoque sobre el análisis del impacto de la corrupción en los derechos humanos.[19]

En este orden de razones, el deber de prevención de la corrupción parece ser el aspecto más relevante desde la óptica del derecho internacional público y desde el punto de vista de los derechos humanos. Hacia este elemento se han dirigido muchos de los esfuerzos estatales, precisamente a adoptar medidas para erradicar factores que permitan la corrupción, previniendo hechos que puedan ser calificados como tales. Asimismo, se busca que los Estados adopten medidas necesarias y eficaces para la protección a los afectados por la corrupción, incluyendo actuaciones específicas que permitan a estos grupos la protección y goce de sus derechos. Por último, es pertinente la existencia de medidas eficaces destinadas a investigar y sancionar los actos de corrupción por parte de los agentes estatales y no estatales.[20]

---

[15] Christian Steiner, *Convencion Americana de Derechos Humanos comentada* (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014), 29.

[16] Carlos Tablante y Mariela Morales, *Impacto de la corrupción en los derechos humanos* (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018), 48-49.

[17] CIDH, *Corrupción y derechos humanos: estándares interamericanos* (Washington: Organización de Estados Americanos, 2019), 50.

[18] Tablante y Morales, *Impacto…*, 33.

[19] En este sentido, véase Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Corrupción y derechos económicos y sociales en América Latina Ecuador, México y República Dominicana* (Costa Rica: IIDH, 2020), 20.

[20] Ambos, Malarino y Fuchs, *Corrupción…*, 33-34.

3. Tribunales constitucionales y corrupción

El Estado de derecho debe garantizar el control y la revisión de las conductas administrativas en sede jurisdiccional. Para lo anterior, en los diferentes ordenamientos jurídicos existen órganos especializados, cuyos principales referentes en la materia son los juzgados y tribunales de lo contencioso administrativo y la Sala Constitucional, los cuales velan por un examen completo de las conductas administrativas estatales por asuntos de constitucionalidad o de legislación ordinaria, según corresponda.

Es innegable la importancia de las cortes o tribunales constitucionales en los Estados de derecho contemporáneos, dadas sus diversas labores en resguardo de las constituciones políticas de los Estados, la legalidad de las actuaciones administrativas y el balance de poderes que interactúan constantemente en las diferentes funciones de las distintas autoridades administrativas. En este orden de ideas, es necesario mencionar que la labor de las cortes o tribunales constitucionales tiene un impacto directo en el resguardo de garantías individuales y en la prevención de afectaciones a las libertades de las personas.[21]

Lo anterior corresponde a un pilar fundamental en la agenda de medidas anticorrupción, pues adquiere un valor aún más relevante el rol fuerte de los tribunales constitucionales en la defensa de las libertades, más aún en contextos de corrupción arraigada en la institucionalidad. Es vital entonces una adecuada intervención de las cortes o tribunales constitucionales en casos puntuales que pueden tener algún punto de encuentro o influencia en temas de corrupción. Por lo tanto, se desarrollarán algunos temas en donde, desde mi punto de vista, la participación de las cortes o tribunales constitucionales es claramente vital desde el punto de vista de la agenda anticorrupción, por ejemplo, la protección de algunas libertades, el debido proceso en temas de corrupción, la existencia misma de normativa para sancionar la corrupción y la razonabilidad-proporcionalidad de las medidas anticorrupción.[22]

3.1. La protección de las libertades anticorrupción

La protección de las libertades individuales es fundamental para asegurar la sobrevivencia del propio Estado de derecho y de la vida en democracia. Las libertades de expresión, de prensa y de asociación corresponden a claros ejemplos de libertades que deben garantizarse para asegurar la existencia misma de controles y denuncia de esquemas de corrupción en la función pública, así como la organización de personas

[21] Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Resolución 01739 de 1 de julio de 1992.

[22] Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Resolución 01739 de 1 de julio de 1992.

en pro de denunciar la articulación de hechos que pueden ser considerados como corruptos en las administraciones públicas.

Así, desde la aparición de la agenda de gobierno abierto se ha incrementado la importancia de algunos deberes de las administraciones públicas, tales como la transparencia de sus actuaciones y la rendición de cuentas. Lo anterior, antecedido por el acceso a la información pública y la participación ciudadana. Este conjunto –acceso a la información, transparencia, participación ciudadana y rendición de cuentas– ha sido impulsado en el marco de una nueva relación entre la persona y la administración pública, bajo un nuevo esquema o paradigma de la cosa pública, como el gobierno abierto.

La protección de la libertad de expresión, la libertad de prensa, el acceso a la información pública, la transparencia en la función pública y la rendición de cuentas son justiciables con frecuencia ante los tribunales constitucionales y a ellos corresponde hacer dimensionamientos adecuados de los casos cuando se sometan a su estudio en contextos de hechos de corrupción o vinculados de alguna forma a esta última.

Así, como una forma de contribuir a la prevención de la corrupción en la gestión pública, en la agenda de las políticas de gobierno o Estado abierto se propician espacios de transparencia, rendición de cuentas e interacción con los usuarios, que en teoría dejan poco espacio a las oportunidades de actuar al margen de la vigilancia ciudadana. Adicionalmente, el constante escrutinio ciudadano de la labor administrativa desincentiva, en buena parte, las posibilidades de que los funcionarios puedan corromperse. Los diversos componentes que integran el esquema de gobierno abierto constituyen temas justiciables ante los tribunales constitucionales y deben ser vistos desde esta nueva perspectiva por parte de los juzgadores.

3.2. El debido proceso en la sanción de la corrupción

Es preciso indicar que, ante un fenómeno tan complejo como la corrupción y ante la demanda social para que se combata efectivamente desde el punto de vista administrativo y judicial, debe existir el cuidado de no generar políticas para contrarrestar la corrupción que atenten en contra de derechos como el acceso a la justicia y el debido proceso.[23] Asimismo, la ciudadanía debe ser partícipe sobre todo en las medidas preventivas, mas no en las de sanción. Lo anterior se refiere, no al rol de denunciante sino de juzgador, pues al ser un fenómeno complejo y técnico, implementar medidas de este tipo puede atentar en contra del proceso o procedimiento mismo, por ejemplo, en jurados especiales para este tipo de delitos o infracciones administrativas. Lo anterior como parte de la razonabilidad que deben contener las medidas de agenda para contrarrestar la corrupción y las políticas públicas sobre las que los tribunales constitucionales ejercen control.

[23] Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Corrupción…*, 138.

Asimismo, en los procesos penales relacionados con corrupción, debe abogarse en los Estados para que las personas sean juzgadas en plazos razonables. En este sentido, el estándar interamericano fijado por la Corte IDH ha pivotado sobre la razonabilidad de elementos como la complejidad del caso, la actividad de las partes, la conducta de las autoridades administrativas y las consecuencias sobre los derechos de las personas investigadas.[24]

No se debe dejar de lado la importancia de garantizar la presunción de inocencia de las personas investigadas por delitos de corrupción en estrados judiciales y en sede administrativa, como tampoco la imparcialidad de los jueces, ni la integridad y corrección de los funcionarios judiciales en el ejercicio de la judicatura en los casos relacionados con corrupción.[25] Las cortes o tribunales constitucionales deben resguardar la garantía de derechos fundamentales, como ser oído en el proceso, la motivación de las resoluciones, el derecho a la defensa y el derecho a impugnación de las resoluciones. También es importante destacar el uso de la prisión preventiva como medida excepcional y cuya aplicación deberá contener una motivación suficiente e individualizada que permita evaluar si tal detención se ajusta a las condiciones necesarias para su aplicación, como indicios razonables que vinculen al acusado, fines legítimos, aplicación excepcional, y criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, entre otros.[26]

3.3. Existencia de normativa para sancionar la corrupción

Desde el punto de vista de las responsabilidades por sus acciones y según sea un funcionario de elección popular que desempeña un puesto político o un burócrata, pueden existir diferentes tipos de responsabilidad con reglas muy diferentes para cada supuesto. Así, lo ideal es que existan siempre mecanismos diseñados para exigir responsabilidad por actos que pueden catalogarse de corrupción.

En este sentido, desde un punto de vista incluso de responsabilidad internacional, los Estados deben velar por la existencia de medidas para contrarrestar la corrupción, así como de mecanismos para sancionarla y proceder con la ejecución adecuada de las sanciones o penas. En este caso, en materia de lucha contra la corrupción corresponde siempre el establecimiento de la verdad del hecho de corrupción y determinar la existencia o no de sistemas de corrupción y sus liderazgos. Todas las medidas deben ser idóneas para alcanzar el fin perseguido. De este modo, cobran

---

[24] Corte IDH, Caso Andrade Salmón *vs*. Bolivia, Sentencia de 1 de diciembre de 2016, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 330. En este mismo sentido puede consultarse Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Resolución 2020016299 de 28 de agosto de 2020.

[25] Ingrid Díaz y Cristina Montero, *Estado democrático de derecho, sistema interamericano de derechos humanos y lucha contra la corrupción. Reflexiones del Segundo Conversatorio en Jurisprudencia Interamericana* (Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018), 24.

[26] CIDH, *Corrupción…*, 143.

sentido aquellas medidas que permiten alcanzar el objetivo de la realización de justicia, mientras que deben condenarse las que tienen otros fines, como, por ejemplo, la sanción social.

En este orden de ideas, valga hacer nuevamente la referencia al estándar interamericano fijado por la Corte IDH respecto al principio de legalidad en relación con la corrupción. Este tribunal ha indicado que la elaboración correcta de los tipos penales deberá cuidar siempre definiciones claras de las conductas incriminadas, que fijen sus elementos objetivos y subjetivos de modo que permitan deslindarlas de comportamientos no punibles o de otras conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. El ámbito de aplicación de cada uno de los tipos debe estar delimitado de la manera más clara y nítida que sea posible, en forma expresa, precisa, taxativa y previa. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor, pues, de no ser así, las personas no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de este.[27] Así las cosas, el control de los tribunales constitucionales sobre la tipicidad, legalidad, elementos del tipo penal o bien la existencia de infracciones administrativas adecuadas para la sanción de la corrupción son elementos básicos en garantía de las personas investigadas por asuntos relacionados con la corrupción.

En el Estado de Costa Rica existe un triste ejemplo de una sentencia exhortativa por parte de la Sala Constitucional a la Asamblea Legislativa para que dicte normativa en el contexto del deber de probidad, concepto este último que, como se mencionó anteriormente, se apareja en sede administrativa en infracciones que pueden considerarse corruptas. Mediante el voto 11352-2010, de las 15:05 del 29 de junio de 2010, la Sala Constitucional realizó un análisis en materia electoral, relacionado con el retiro de credenciales de los diputados, declaró parcialmente con lugar la acción contra el artículo 262 del Código Electoral y anuló la frase "sin perjuicio de lo que establece el artículo 68 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República". Además, otorgó a la Asamblea Legislativa el plazo de 36 meses para que dictara la reforma parcial de la Constitución Política y la enmienda al Reglamento de la Asamblea Legislativa, para que se incorporara como causal de pérdida de credencial de los diputados, las faltas al deber de probidad, así como el establecimiento de otras sanciones administrativas que no implicaran esa cancelación, cuando los diputados cometieran faltas a los deberes éticos-funcionariales. Es importante establecer que, en este caso, si bien se cumplió con la reforma constitucional, aunque de manera extemporánea al límite fijado, queda pendiente la legislación ordinaria que haga aplicable dicha reforma, por lo que aún no es posible aplicar el mecanismo de destitución ordenado por la Sala Constitucional.

[27] CIDH, Corrupción…, 144.

3.4. Legalidad, razonabilidad y proporcionalidad de las medidas anticorrupción

La agenda de políticas y medidas para contrarrestar la corrupción puede provocar tensiones en cuanto a la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas utilizadas por los diferentes Estados o administraciones públicas. Ahora bien, es posible que se insista en la legislación, la investigación y el enjuiciamiento. Más claramente debe centrarse la atención en la prevención misma de la corrupción, por ejemplo, promoviendo la depuración de los sistemas de control interno de las instituciones como herramienta de prevención. Esto, a la vez que salvaguarda la integridad del Gobierno y del sistema político, garantiza la aplicación de las normas y los procedimientos y la correcta utilización de los fondos, adicionalmente tiene un efecto benéfico al fomentar la confianza pública y en lo relativo a la gestión de la conducta de los funcionarios públicos.[28]

En el diseño de esos instrumentos normativos para que un Estado pueda restringir legítimamente el goce y ejercicio de derechos humanos deben concurrir cuatro elementos: i) legalidad, ii) objetivo y fin legítimo, iii) necesidad en una sociedad democrática y iv) proporcionalidad en sentido estricto. Así, las medidas anticorrupción podrán considerar restricciones de derechos cuando sean idóneas (conducentes a obtener el fin legítimo, a saber, el combate a la corrupción); necesarias (hay un interés público comprometido, como la lucha contra la corrupción y no hay otra vía menos invasiva para alcanzarlo además de una restricción de derechos); y proporcionales (al ponderar la medida estatal anticorrupción con el derecho humano en juego, la medida afecta en la menor medida posible el derecho para obtener el resultado perseguido).[29]

Valga hacer la puntualización respecto de un caso específico para ejemplificar el tema. Anteriormente se mencionó el acceso a la información como una herramienta en el paradigma de gobierno abierto como un instrumento útil en la agenda anticorrupción. En el diseño del sistema de denuncia puede optarse perfectamente por el legislador, por otorgar confidencialidad al denunciante de forma perpetua en temas relacionados con corrupción. Sobre este aspecto, recientemente, la Sala Constitucional de Costa Rica, en el voto 2022006202, consideró que es una actuación válida para el incentivo de la denuncia de hechos relacionados con corrupción.[30]

---

[28] Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción* (Nueva York: Naciones Unidas, 2010), 24.

[29] Ambos, Malarino y Fuchs, *Corrupción…*, 36.

[30] Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Resolución 2022006202 de 18 de marzo de 2022.

Conclusiones

En torno a la definición del concepto mismo de corrupción evidentemente no existe un consenso. Los instrumentos internacionales dan discrecionalidad a los Estados y sugieren contenidos para la regulación. Sin embargo, no hay duda de que, al ser un fenómeno complejo y con muchas aristas, el rol de cortes o tribunales constitucionales consiste en identificar los contenidos que pueden reñir con el derecho constitucional de los Estados, y velar por la adecuación de los ordenamientos nacionales a las exigencias mínimas para prevenir y sancionar los hechos que se definan como propios de la corrupción, sea en sede administrativa o en sede judicial, haciendo un balance entre lo propuesto en las diferentes estrategias y políticas que se materialicen en normativa o actuaciones de las administraciones públicas para contrarrestar la corrupción. Además, se debe destacar que la afectación de la corrupción sobre los derechos humanos es palmaria, principalmente sobre los derechos prestados por los Estados en materias que afectan a poblaciones vulnerables en contextos de corrupción estructural, en sectores como salud, educación y vivienda.

Asimismo, se identifica un rol fundamental de los tribunales constitucionales en lo que en este trabajo se ha denominado como libertades anticorrupción. Esto, en esquemas de gobierno o Estado abierto, sin que la enumeración se hubiera agotado, son temas que han sido revitalizados y estructurados como una herramienta para contrarrestar la corrupción, en la que los diferentes tribunales constitucionales tienen mucho que aportar para dar contenido a derechos como el acceso a la información, la transparencia, la participación ciudadana y la rendición de cuentas, así como en la defensa de la libertad de expresión, la libertad de prensa y la libertad de asociación.

Bibliografía

Alcalá Angulo, Francisco y Fernando Jiménez Sánchez. *Los costes económicos del déficit de calidad institucional y la corrupción en España.* Bilbao: Biblioteca Nueva SL, 2018.

Ambos, Kai, Ezequiel Malarino y Marie Christine Fuchs. *Corrupción y derecho penal: prevención, investigación y sanción.* Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2021.

Chanto Víquez, Raquel. "Legislación de control de la corrupción y el gasto público y sus efectos sobre la política pública". Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, 2010.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Corrupción y derechos humanos: estándares interamericanos.* Washington: Organización de Estados Americanos, 2019.

Díaz, Ingrid y Cristina Montero. *Estado democrático de derecho, sistema interamericano de derechos humanos y lucha contra la corrupción. Reflexiones del Segundo*

Conversatorio en Jurisprudencia Interamericana. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Corrupción y derechos económicos y sociales en América Latina.* San José: IIDH, 2020.

Leiva Poveda, Jorge, comp. *Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda en Costa Rica: 50 aniversario*. San José: Jorge Leiva Poveda, 2022.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Guía Técnica de la Convenciones de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.* Nueva York: Naciones Unidas, 2010.

Salinas Jiménez, María del Mar y Javier Salinas Jiménez. "Corrupción y actividad económica: una visión panorámica". *Revista de Economía Pública*, n.º 180 (2007).

Steiner, Christian. *Convención Americana de Derechos Humanos comentada.* Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014.

Tablante, Carlos y Mariela Morales. *Impacto de la corrupción en los derechos humanos.* México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

Villoria Mendieta, Manuel. "Ética en las administraciones públicas: de los principios al marco institucional". *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 9 (2015).

Jurisprudencia

Corte IDH. Caso González y otras *vs.* México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, n.º 205.

Corte IDH. Caso Andrade Salmón *vs.* Bolivia. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, n.º 330.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional. Resolución 01739 de 1 de julio de 1992.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Tribunal de Casación. Resolución 00079 de 15 de junio de 2017.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional. Resolución 2020016299 de 28 de agosto de 2020.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional. Resolución 2022006202 de 18 de marzo de 2022.

Ívinna Ellionay Alves dos Santos (Brasil)*
Thiago Oliveira Moreira (Brasil)**
Leonardo Oliveira Freire (Brasil)***

O princípio anticorrupção e a sua inserção no processo de constitucionalização do direito internacional******

RESUMO

Este capítulo discute de que forma o princípio anticorrupção está inserido no processo de constitucionalização do direito internacional. Assim, delimita-se a relação entre o princípio citado e o constitucionalismo global, objetivando avaliar se aquele pode ser enquadrado como um bem juridicamente comum a ser tutelado pelos estados. Para tanto, adotou-se a metodologia de pesquisa qualitativa, bibliográfica e documental, além da análise de normativas internacionais e nacionais pertinentes à temática em tela. Ao final, observou-se que o princípio anticorrupção, autônomo e implícito na Carta Magna brasileira, serve de diretriz interpretativa e premissa maior anticorrupção no sistema constitucional, não se limitando às normativas internas, mas ganhando destaque no cenário global de proteção aos direitos humanos.

Palavras-chave: Constitucionalismo global, Direitos Humanos, Princípio anticorrupção.

---

* Assessora Jurídica Ministerial (MPRN). Mestranda em Direito (UFRN). Colaboradora do Projeto Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no Estado do Rio Grande do Norte (CNPq/UFRN). ivinnaellionay@gmail.com / código orcid: 0000-0002-4098-0096.

** Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN/Brasil). Doutor e Mestre em Direito pela UPV/EHU (Espanha). Mestre em Direito pela UFRN. thiago.moreira@ufrn.br / código orcid: 0000-0001-6010-976X.

***Doutor em Filosofia do Direito e Pós-Doutor em Direito. Pós-Doutorando em Ética. Professor do PPGD/UFRN e do MGPI/ UFRN. freiredireitos@gmail.com / código orcid: 0000-0002-6688-8538.

**** Artigo produzido no âmbito da disciplina Constitucionalismo Multinível Latino-Americano, cursada no Mestrado em Direito do PPGD/UFRN e ministrada pelo professor Doutor Thiago Oliveira Moreira.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

The anti-corruption principle and its insertion in the process of constitutionalization of international law

ABSTRACT

This chapter discusses how the anti-corruption principle is inserted in the process of constitutionalization of international law. Thus, the relationship between the aforementioned principle and global constitutionalism is delimited, aiming to assess whether the former can be framed as a legally common good to be protected by the states. To this end, a qualitative, bibliographic and documentary research methodology was adopted, in addition to the analysis of international and national regulations relevant to the subject. In the end, it was observed that the anti-corruption principle, autonomous and implicit in the Brazilian Constitution, serves as an interpretative guideline and major anti-corruption premise in the constitutional system, not limited to internal regulations, but gaining prominence in the global scenario of protection of human rights.

Keywords: Global Constitutionalism; Human Rights; Anti-Corruption Principle.

Das Anti-Korruptionsprinzip und seine Einführung in den Prozess der Konstitutionalisierung des Völkerrechts

ZUSAMMENFASSUNG

Dieses Kapitel befasst sich mit der Frage, inwiefern das Anti-Korruptionsprinzip ein Bestandteil des Konstitutionalisierungsprozesses des Völkerrechts ist. Dementsprechend wird zwischen dem genannten Prinzip und dem globalen Konstitutionalismus unterschieden, um zu beurteilen, ob das Prinzip als von den Staaten zu schützendes gemeinsames Rechtsgut einzustufen ist. Diesem Zweck dient eine qualitative Forschungsmethode einschließlich der Erhebung von bibliografischem und dokumentarischem Material und die Analyse der themenrelevanten internationalen und nationalen Normen. Abschließend lässt sich feststellen, dass das in der brasilianischen Verfassung eigenständig und implizit enthaltene Anti-Korruptionsprinzip als Interpretationsleitlinie und oberste Anti-Korruptionsprämisse im Verfassungssystem wirkt, die sich nicht auf die internen Normen beschränkt, sondern ihren Schwerpunkt auf der Ebene des internationalen Menschenrechtsschutzes hat.

Schlagwörter: Globaler Konstitutionalismus; Menschenrechte; Anti-Korruptionsprinzip.

Introdução

A corrupção, em seu sentido *lato sensu, é uma* patologia do sistema político e social que vai de encontro à cidadania, aos povos e à própria democracia. Por isso, contribui para a descredibilidade das instituições e tolhe a possibilidade de os governos garantirem, efetivamente, os direitos dos indivíduos.

Adota-se, no presente estudo, um conceito amplo de corrupção, multifacetário, com liame direto com o processo de globalização. Em virtude disso, a análise não está restrita à corrupção encartada no direito criminal, vindo a contemplar a perspectiva social, econômica e política, tudo isso à luz das normativas internacionais e nacionais.

Vê-se que, enquanto um fenômeno sistêmico e que ocorre em maior ou menor grau em diversos países, a corrupção assola principalmente as populações mais pobres, haja vista que impede o investimento adequado em políticas públicas e, assim, prejudica o desenvolvimento das nações. Logo, os recursos públicos ou de origem privada que poderiam ser destinados à promoção dos direitos humanos, tomam um curso diverso, pautado no egoísmo e na fraude, de tal sorte que uma maioria é lesada em contrapartida ao benefício de poucos, acentuando a desigualdade social e privando parte significativa da população de bens e serviços públicos necessários e eficientes.

Diante disso, faz-se premente averiguar as consequências da corrupção para os direitos humanos, porquanto sua estrutura, desde a origem deletéria, deteriora o contrato social firmado entre os indivíduos e põe em xeque valores essenciais aos povos, como a democracia e a própria dignidade do ser humano.

Nesse contexto, a concretização do princípio anticorrupção é um dos temas que extrapola os debates na ordem jurídica interna e atrai a aplicação do direito constitucional internacional. De fato, no Brasil, a relevância dessa discussão passa pela leitura da Constituição de 1988, a qual emprega à administração legal e honesta o status de direito fundamental, bem como pelo seu diálogo com o constitucionalismo global e os direitos humanos.

A Carta Magna brasileira, com fulcro no regime democrático, elegendo a forma republicana de governo e consagrando o dever de probidade da administração, o que é ratificado em diversos tratados e convenções internacionais, abre margens para a reflexão sobre o princípio anticorrupção, implícito no texto constitucional, mas imprescindível a todo o ordenamento jurídico.

Nessa direção, indaga-se: sob a luz dos direitos humanos, de que forma o princípio anticorrupção está inserido no processo de constitucionalização do direito internacional? Seria o referido princípio um bem juridicamente comum a ser tutelado pelos estados na seara do constitucionalismo global?

Com o intuito de responder à problemática retro estabelecida, mister se faz traçar os objetivos a serem alcançados. Busca-se, em primeiro lugar, conceituar e contextualizar os aspectos centrais do princípio anticorrupção. Após, pretende-se estabelecer o liame entre o referido princípio e os direitos humanos. Por fim, objetiva-se também analisar a forma em que tal princípio se insere no processo de constitucionalização do direito internacional, com ênfase nos debates sobre o constitucionalismo global e os bens comuns protegidos pelos estados.

Para os fins aqui pretendidos serão abordados os diplomas normativos internacionais a respeito da matéria em discussão, bem como os dispositivos constitucionais brasileiros relativos ao tema em tela. Nesse entorno, como aporte teórico será

adotado o pensamento de alguns autores, dentre os quais citam-se: Zephyr Teachout, Denise Nevez Abade, Anne Peters, Aline Betiatto e outros.

Almeja-se que a presente abordagem possa somar aos estudos sobre o princípio anticorrupção e sobre a maneira como ele vem sendo interpretado e aplicado a partir do processo de constitucionalização global e à luz do debate sobre os direitos humanos.

1. Aspectos gerais e conceituais sobre a corrupção

A palavra corrupção vem do latim *corruptio onis*, significando a ação ou o efeito de corromper-se, a degradação moral e depravação e/ou suborno.[1] No Dicionário de Filosofia, de Nicola Abbagnano, a corrupção é tratada, à luz do pensamento de Aristóteles, como "uma mudança que vai de algo ao não-ser desse algo [...]".[2] Nesse caso, corresponderia a um desvio da substância e da natureza de um objeto.

É sabido que muito embora a corrupção assuma novas roupagens, conforme o contexto histórico e social em que ocorre, substancialmente, está associada à ideia de injustiça. Nesse sentido, longe de ser uma criação moderna, está presente desde os primórdios da humanidade, fazendo-se inserta, por exemplo, no texto sagrado do cristianismo. Conforme registrado na Bíblia Sagrada, o próprio Jesus Cristo foi vítima de um sistema corrupto, uma vez que foi traído por Judas Iscariotes, homem que resolveu vendê-lo/entregá-lo para ser crucificado, ainda que ausentes provas de crime, a homens cegos pelo poder, por míseras 30 (trinta) moedas (Mt 27:3-10).[3]

Além disso, as atitudes corruptas dos anciãos e de todo o conselho da época se pautaram na manipulação da lei em seu benefício, buscando testemunhos falsos para a incriminação e morte de Jesus (Mt 26.59-60).[4]

Emerge destacar que são várias as passagens bíblicas que repudiam a corrupção, a qual, fazendo-se uma analogia com os dias de hoje, era identificada nos poderes legislativo,[5] executivo[6] e judiciário[7] da época. Não apenas isso, era criticada no

---

[1] Evanildo Bechara, *Dicionário da língua portuguesa* (Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011), 459.

[2] Nicola Abbagnano, *Dicionário de Filosofia* (São Paulo: Martins Fontes, 2004), 214.

[3] Nova Bíblia Viva (São Paulo: Hagnos, 2018), 806.

[4] Nova Bíblia Viva, 805-06.

[5] Isaías 10:1-3 diz: "Ai dos juízes desonestos! Ai das autoridades que fazem leis injustas, que escrevem decretos opressores, vocês que não tratam com justiça os pobres, roubam os que já perderam quase tudo, exploram as viúvas e roubam dos órfãos! Vocês não terão meios de escapar quando eu trouxer de longe um castigo terrível! A quem vocês vão pedir ajuda? Onde vão esconder seus tesouros roubados?" (Nova Bíblia Viva, 572).

[6] Isaías 1:23 diz: "As suas autoridades se revoltaram contra Deus, e fizeram amizade com ladrões. Recebem parte do que os ladrões roubam, e não dão atenção aos problemas das viúvas e dos órfãos" (Nova Bíblia Viva, 566).

[7] Deuteronômio 16:19-20 dispõe que: "Não pervertam a justiça, nem sejam parciais, fazendo acepção de pessoas. Não aceitem suborno, porque o suborno cega até os sábios e perverte

funcionalismo público,[8] no meio policial[9] e em várias outras oportunidades, o que demonstra a proporção ampla que tal dilema assume desde os tempos antigos.[10]

O Código de Hamurabi, por sua vez, que representa uma compilação de normas elaboradas aproximadamente 1800 a.C., na antiga Mesopotâmia, dedicou um espaço para tratar sobre "O Juiz Corrupto", prevendo, de forma genérica, sanções de expulsão aos magistrados que modificassem sentenças. No entanto, para Brioschi, inexistem evidências de que tal previsão tenha sido criada como reação específica a sentenças alteradas em troca de recompensas, mas seria possível que a punição se destinasse, no contexto de um sistema de trocas e de reciprocidade da época, aos juízes que não cumprissem a sua parte e rompessem com o costume, recusando, por exemplo, a recompensa de um subordinado.[11]

Assim, fica claro que o que se buscava preservar, em verdade, era a tradição do sistema de trocas e favores, de sorte que não era o suborno, em si, alvo das reprimendas, até porque o sentido que empregamos ao suborno, com as lentes de hoje, não é o mesmo que se verificava em culturas nas quais os presentes eram comuns.[12] Todavia, vê-se de forma embrionária essa relação entre a corrupção e a "troca de favores".

Tal espécie de costume também restou evidente nas histórias bíblicas, tendo originado, inclusive, o conceito de simonia. Expressão que faz referência à compra ou venda de um ofício na igreja,[13] o que pode ser verificado na passagem de Atos 8:18-19, em que Simão ofereceu dinheiro aos apóstolos Pedro e João para que lhe fosse dado o poder do Espírito Santo.

---

a causa dos justos. Sigam a justiça e somente a justiça, para que tenham vida e tomem posse da terra que o Senhor, o seu Deus, dá a vocês" (Nova Bíblia Viva, 163).

Êxodo 23:8 diz: "Não aceite suborno, porque o suborno cega os que têm entendimento e corrompe as palavras dos honestos" (Nova Bíblia Viva, 63).

[8] Lucas 3:12-13 diz: "Até os cobradores de impostos vieram para serem batizados. Eles perguntaram: "Mestre, o que devemos fazer?" Ele respondeu: "Cuidem para que não cobrem mais impostos do que o governo romano exige de vocês" (Nova Bíblia Viva, 831).

[9] "E nós?", perguntaram alguns soldados. "O que devemos fazer?" João respondeu: "Não pratiquem extorsão nem façam acusações falsas. Contentem-se com seu salário" (Nova Bíblia Viva, 831).

[10] Mateus 21:12-13 diz: "Então Jesus entrou no templo e começou a expulsar todos que ali estavam comprando e vendendo animais para os sacrifícios. Derrubou as mesas dos cambistas e as cadeiras dos que vendiam pombas, dizendo: "As Escrituras declaram: 'Meu templo será chamado casa de oração', mas vocês o transformaram num esconderijo de ladrões!" (Nova Bíblia Viva, 798).

[11] Carlo Alberto Brioschi, *Corruption: A Short History* (Washington: Brookings Institution Press, 2017), 31.

[12] Sobre o assunto: "o suborno em si não era condenado dada a conivência com tal política [...] nem nas leis de Ur-Nammu (2100 a.C), nem nas de Lipit-Ishtar (1975 a.C) e [...] de Eshnunna (1700 a.C) constam qualquer tipo de condenação objetiva para tal aliciamento quid pro quo", véase Aline Betiatto, *O Princípio Anticorrupção e a Reorientação do Direito Constitucional face aos Desafios no Enfrentamento à Corrupção: Dogmática, Hermenêutica e Prática* (Dissertação de Mestrado, Universidade de Coimbra, 2019), 14.

[13] Brioschi, *Corruption: A Short History*, 31.

No Brasil, a prática do clientelismo, que sobrevive às custas da oferta de benefícios materiais no período das eleições e em tantas outras ocasiões, evidencia o quanto tal prática está associada à corrupção, ao mercado e ao governo hodiernamente.[14]

Nesse pisar, Montesquieu já dizia que "não são apenas os crimes que destroem a virtude, mas também [...] as sementes da corrupção, isso que não vai contra as leis, mas as contorna, isso que não as destrói, mas as enfraquece: tudo isso deve ser corrigido por censores".[15] Ainda de acordo com o pensador, "quando uma república está corrompida, só se pode remediar os males que nascem extirpando a corrupção e trazendo de volta os princípios: qualquer outra correção ou é inútil ou constitui um novo mal".[16]

Diante de tais considerações, percebe-se que nenhum regime político ou sociedade está blindada contra a corrupção, a qual aparece em menor ou maior grau dentro das comunidades. Até mesmo a democracia, desde o seu nascedouro, está passível de ter a corrupção como obstáculo ao seu fiel funcionamento.

Importa salientar que desde o início o regime democrático comportava, até mesmo nas tragédias gregas e em sua polis do século V, vicissitudes como a ganância e a corrupção, haja vista que, nos tribunais, os jurados que eram sorteados estavam dispostos a vender os seus votos. Por isso mesmo é que não se poderia afirmar que a democracia surgiu com o fim precípuo de erradicar as práticas corruptas.[17] Nesse momento, os costumes da reciprocidade e troca, ou mesmo suborno, passaram a ser objeto de questionamento na polis grega.

Porém, ao revés de repudiar a democracia e outros regimes políticos, sob o argumento de que em qualquer deles a corrupção poderia imperar, é preciso ponderar que "[...] apesar de a Democracia possibilitar certas faltas de coerências na condução dos rumos de uma nação, dando azo a governos fracos e ascensão da demagogia, é também o principal "antídoto" contra a perpetuação de injustiças".[18]

Nesse direcionamento, os países costumam reduzir o nível da corrupção enfrentando outros problemas de gestão pública, dentre os quais é possível citar a criminalização de atos ilícitos em face da administração pública, mas, em regra, não provocam mudanças diretas na infraestrutura institucional já corrompida. Ainda assim, "instituições democráticas sólidas e competições de Mercado saudáveis (em especial preocupadas com aqueles Direitos Fundamentais referidos) podem contribuir em muito para a economia como para programas anticorrupção".[19]

---

[14] Rogério Gesta Leal, "Corrupção, governo e mercado: perversidades de relações clientelísticas", *Novos Estudos Jurídicos* 22, n.º 3 (dezembro de 2017): 890, doi: 10.14210/NEJ.V22N3.P877-898.

[15] Charles de Secondat Montesquieu, *O espírito das leis* (São Paulo: Martins Fntes, 1996), 81.

[16] Montesquieu, *O espírito das leis*, 129.

[17] Brioschi, *Corruption: A Short History*, 25.

[18] Betiatto, *O Princípio Anticorrupção e a Reorientação...*, 20.

[19] Leal, "*Corrupção, governo e mercado...*", 880.

Com base no exposto, é notável que a engrenagem corrupta é complexa, multifacetada e global, razão pela qual não possui uma solução única e simplista, nem muito menos igual para todas as comunidades.

Fato é que a partir da década de 90 a corrupção extrapolou os debates restritos às fronteiras nacionais e ao conceito até então limitado da ação contra a concorrência desleal,[20] tomando, assim, proporções internacionais devido ao aumento das interações globais. Essas, por seu turno, ao tempo em que contribuíram para o desenvolvimento, abriram margens para os crimes transnacionais, como o ora discutido. Daí porque o fortalecimento do combate às práticas corruptas surgiu como resposta da comunidade internacional ao referido fenômeno, por meio de ações como a criação de organizações e convenções internacionais.[21]

Com efeito, a luta contra a corrupção passou a incluir, em sua abordagem, a defesa dos direitos humanos internacionalmente protegidos, dentre os quais se pode mencionar o direito difuso à boa governança.[22]

O liame entre os institutos é facilmente verificado quando se observam as consequências da corrupção. Dentre elas, de maneira geral, há que se destacar os prejuízos ao crescimento econômico, com efeitos negativos, portanto, sobre o capital humano e as finanças públicas. Por isso mesmo, é que ao falar sobre corrupção não se pode ignorar os debates sobre as afrontas aos direitos fundamentais e humanos dos indivíduos, os quais, sem acesso aos bens e serviços públicos que lhes são necessários a uma vida digna, permanecem às margens da sociedade, ignorados ou esquecidos.

De igual forma, tais direitos também são atingidos pelos comportamentos corruptos de alguns cidadãos cujas atitudes evidenciam falha estatal. Isso acontece quando ocorre o suborno para obtenção de tratamento médico-hospitalar, de vaga em escolas ou, pela via indireta, quando autoridades estatais permitem, mediante recebimento de suborno, o comércio de resíduos tóxicos em áreas de alta densidade demográfica, causando danos à saúde das pessoas que residem em tais locais ao longo do tempo.[23]

No que toca ao sistema de justiça, fazendo um recorte quanto ao direito a um processo justo, fixado, por exemplo, no art.14, do Pacto Internacional dos Direitos

---

[20] "A gênese do direito internacional anticorrupção está na detecção de práticas de concorrência desleal advindas de subornos pagos a funcionários públicos estrangeiros para obtenção de vantagem competitiva sobre empresas rivais, na década de 70 do século passado". Véase en Denise Neves Abade, "Direito internacional anticorrupção no Brasil", *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, n.º 13 (2019): 215, doi: 10.16890/RSTPR.A7.N13.P213.

[21] Niedja de Andrade y Silva Forte dos Santos, "O princípio anticorrupção na base do constitucionalismo internacionalista global: a agenda 2030 da ONU como elemento indicador", em Anais de Artigos Completos do IV CIDH, org. César Augusto R. Nunes (Jundiaí: Brasil, Editora Fibra/Editora Brasílica, 2020), 31.

[22] Andrade e Forte dos Santos, "O principio anticorrupção...", 35.

[23] Rogério Gesta Leal, "Os efeitos deletérios da corrupção em face dos Direitos Humanos e Fundamentais", em *As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea*, ed. Rogerio Gesta Leal e Ianaiê Simonelli Silva, (Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014), 11.

Civis e Políticos – ICCPR, da Organização das Nações Unidas-ONU, vê-se o quanto o acúmulo de processos prontos para julgamento evidenciam não somente a falta de otimização do tempo, mas também o descontrole institucional que fomenta comportamentos corruptivos, posto que abre margens para que os interessados se sintam na obrigação ou em posse da possibilidade de oferecer o que for necessário para a obtenção de uma prestação jurisdicional. Com isso, estando contaminada a administração do sistema de justiça pela razão apontada, restam violados os direitos internacional e nacionalmente garantidos à pessoa humana, pois mesmo que os interessados diretos não sofram danos materiais específicos, o sistema foi violado quanto à presunção de sua "veracidade, imparcialidade, independência e confiança nas instituições".[24]

Nessa conjuntura, tratando-se do Brasil, nos termos do Índice de Percepções de Corrupção (IPC), em relatório produzido pela Transparência Internacional Brasil (2021), o país possui apenas 38 pontos em uma escala que varia de 0 a 100, do menos ao mais corrupto, ocupando a 96ª posição de um total de 180 países no ranking, tendo caído, portanto, em duas posições e apresentando o terceiro pior resultado da série histórica, de modo que, com exceção dos anos de 2012 e 2014, o país esteve abaixo da média global do IPC em todas as avaliações até então realizadas.[25]

Tal pontuação, no entanto, está abaixo da média da América Latina e o Caribe (41) e mundial (43), bem como da média dos países do G20 (54), BRICS (39), e da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) (66), demonstrando a pertinência de se trabalhar a referida temática com afinco, em busca de estratégias que permitam o combate à corrupção e, por conseguinte, a destinação das verbas públicas às políticas de estado que alcancem os indivíduos equitativamente.

Nesse norte, as próprias políticas de incentivo à privatização vivenciadas no país, inclusive no atual governo do presidente Bolsonaro e com o ministro Paulo Guedes, que chegou a afirmar que o plano para os próximos 10 (dez) anos seria continuar com as privatizações[26] demonstram, como lembra Rousseau, o quanto é perigoso para o Estado sofrer a influência de interesses iminentemente privados nos negócios públicos, pois "é difícil que aquele, a quem o Estado foi vendido, não o venda por seu turno, e não se indenize, à custa dos fracos, do dinheiro, que os poderosos lhe extorquiram".[27]

---

[24] Leal, "Os efeitos deletérios da corrupção...", 15-16.

[25] Transparência Internacional, "*Índice de Percepção da Corrupção* 2021", acesso em 30 de agosto de 2022 em https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/indice-de-percepcao-da-corrupcao-2021.

[26] Colaboração para o UOL, "Bolsonaro diz que era estatizante, mas apoia desejo de Guedes de privatizar", *UOL Economia*, 27 de setembro de 2021, acesso em 30 de agosto de 2022 em https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2021/09/27/bolsonaro-paulo-guedes-estatizante-privatizacoes.htm.

[27] Jean-Jacques Rousseau, *Do contrato social ou princípios do direito político*, 3.ª ed. (São Paulo: Martin Claret, 2011), 70.

Pensando nisso, busca-se partir do princípio anticorrupção para compreender a sua natureza[28] e construção interpretativa com base no texto constitucional brasileiro, sem perder de vista o constitucionalismo global e sua interligação com os direitos humanos, notadamente no que tange ao processo de constitucionalização e à força normativa do referido princípio.

2. O princípio anticorrupção e a sua internacionalização

De acordo com Zephyr Teachout, o combate à corrupção é um princípio de natureza constitucional que decorre da proteção aos direitos fundamentais, do regime republicano, da democracia, do Estado de Direito e de outros princípios. Para a pensadora, em síntese, o princípio anticorrupção teria relação dogmática autônoma com o princípio da separação de poderes, tendo como razão de ser a limitação do exercício abusivo do poder e a garantia da observância da boa governança democrática.[29]

Assim, sua autonomia dogmática lhe permite ser um princípio constitucional estruturante que flui do constitucionalismo.[30] Nesse contexto, José Joaquim Gomes Canotilho assevera que o constitucionalismo é um movimento político, social e cultural que enaltece a ideia de governo limitado, o que guarda consonância com o princípio da boa governança acima citado, sendo fruto das reivindicações da população para a formação do poder político do Estado e para as restrições do exercício do poder estatal.[31] Diante disso, sua relevância é sentida na garantia dos direitos dos indivíduos no que concerne à organização político-social da comunidade.

O movimento constitucionalista contribuiu, dessa forma, para servir de obstáculo e resistência frente aos atos ilegais e abusivos, inclusive corruptos, cometidos pelos agentes públicos. Daí advém a importância de se vincular o princípio em comento à luta contra a violação de direitos em suas facetas preventiva e repressiva.

Acontece que o constitucionalismo não é compreendido com base unicamente no direito interno. Pensando nisso, Anne Peters defende a existência de um constitucionalismo global, o qual concebe princípios constitucionais globais que servem

---

[28] Para Denise Neves Abade, "Há uma dupla natureza do combate à corrupção: (i) é fruto do dever do Estado de proteger e implementar direitos, em especial os direitos sociais e (ii) é medida de preservação do direito à boa governança, também denominado direito a uma administração íntegra. Consolida-se o "direito internacional anticorrupção", que abarca diplomas convencionais de diversos quilates (no plano global e regional), bem como normas de soft law, como declarações e resoluções não vinculantes" (véase Denise neves Abade, "Direito internacional anticorrupção no Brasil", 214).

[29] Zephyr Teachout, "The anti-corruption principle", Cornell Law Review 94, nº 341 (2009): 342-46.

[30] Andrade e Santos, "O princípio anticorrupção...", 31.

[31] José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed. (Coimbra: Almedina, 2003), 51.

de proteção aos bens comuns dos estados, isto é, que não são de interesse de uma nação isolada, mas da comunidade internacional.[32]

Partindo desse pressuposto, discute-se na presente oportunidade se o princípio anticorrupção se enquadraria na categoria de princípio constitucional global a defender bens comuns dos estados, dentre os quais estão os próprios direitos humanos. Pois, sendo indiscutível que tal fenômeno está presente em muitos países (e por que não dizer todos), encontrando facilidade de realização nos países subdesenvolvidos, com índices sociais, econômicos e educacionais críticos, mas também tendo alcance em países desenvolvidos, percebe-se a sua abrangência global, sendo de interesse de todos, uma vez que em razão da sua ocorrência muitos são privados de saúde, segurança, previdência, educação e tantos outros direitos.[33]

E, apesar de não existir uma "régua" precisa capaz de medir os impactos negativos e concretos da corrupção, no que diz respeito aos prejuízos à economia tem-se a estimativa do Fundo Monetário Internacional (FMI), o qual aponta que cerca de 1,5 (um vírgula cinco) a 2 (dois) trilhões de dólares sejam gastos por ano em propinas e subornos, o equivalente à aproximadamente 2% (dois por cento) do Produto Interno Bruto (PIB) mundial.[34]

Quanto ao Brasil, a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP)[35] aponta que até 2,3% (dois vírgula três por cento) do PIB nacional, isto é, 22 (vinte e dois) bilhões de dólares americanos[36] são perdidos por ano em práticas corruptas, colocando em risco o crescimento, o desenvolvimento e a competitividade do país, considerando que tais cifras deixam de ser aplicadas em melhorias de infraestrutura e bem-estar social.

Ocorre que "os custos sociais não dispõem do mesmo caráter matemático",[37] requerendo análises críticas mais minuciosas junto ao corpo social. Dada a

---

[32] Anne Peters, "Bienes juridicos globales en un orden mundial constitucionalizado", *SSRN Electronic Journal* (2012): 76, acesso em 30 de agosto de 2022 em https://doi.org/10.2139/ssrn.2168780.

[33] Michele Braun, "O fenômeno corrupção: de suas raízes à revitalização da cidadania brasileira como forma de enfrentamento do vício social", em Rogério Gesta Leal e Ianaiê Simonelli da Silva, *As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea* (Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2014), 52.

[34] International Monetary Fund, *Corruption: Costs and Mitigating Strategies*, Staff Discussion Notes 16, n.º 05 (2016): 5, acesso em 30 de agosto de 2022 em https://doi.org/10.5089/9781513594330.006.

[35] Fiesp, "Custo da corrupção no Brasil chega a R$ 69 bi por ano", FIESP, acesso em 30 de agosto de 2022 em https://www.fiesp.com.br/noticias/custo-da-corrupcao-no-brasil-chega-a-r-69-bi-por-ano/.

[36] Reinaldo Azevedo, 31 de julho de 2020, comentário à Veja, "Matéria de capa – O custo da corrupção no Brasil: 82 bilhões [de reais] por ano!!!", Blog do jornalista Reinaldo Azevedo, 31 de julho de 2020, acesso em 30 de agosto de 2022 em https://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/materia-de-capa-8211-o-custo-da-corrupcao-no-brasil-r-82-bilhoes-por-ano/.

[37] Betiatto, O Princípio Anticorrupção e a Reorientação..., 62.

complexidade, alguns estudiosos entendem que a boa governança da gestão pública é gênero que compreende algumas espécies de princípios (legalidade, impessoalidade, eficiência, eficácia, participação e transparência); seria, nesse sentido, um "princípio geral de combate à corrupção e do direito fundamental a uma boa Administração Pública como uma prerrogativa do exercício da cidadania [...]"[38] que se coloca contrariamente aos índices acima, cujo pressuposto maior é a própria desonestidade e má governança.

No entanto, para melhor compreender a posição ocupada pelo princípio aludido, importante lembrar os ensinamentos, em resumo, de Canotilho, para quem os princípios são normas qualitativamente diferentes das regras, são mandados de otimização compatíveis com as circunstâncias fáticas e jurídicas.[39] E, ao passo em que a convivência entre os princípios é conflitual, sem que um exclua o outro, uma vez que coexistem e requerem a ponderação, as regras são imperativas, sendo sua convivência antinômica, de maneira que em caso de conflito se excluem, a não ser que possa ser solucionado mediante a introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se alguma das regras for declarada inválida.[40]

Já para Marcelo Neves haveria uma relação circular entre princípios e regras dentro do processo de concretização constitucional. Sua tese tem respaldo no fato de que não "há uma relação linear entre estruturas ou processos reflexivos e estruturas e processos 'reflexionados'", de modo que os princípios constitucionais são balizadores e construtores do "desenvolvimento, enfraquecimento e fortalecimento de regras, assim como, eventualmente, para restrição e ampliação do seu conteúdo". Já as regras serão "condições de aplicação dos princípios na solução de casos constitucionais", haja vista que na ausência das regras os princípios perdem seu significado.[41]

Consoante os ensinamentos do autor acima, podem ser classificados como princípios estruturantes de qualquer Estado de Direito, independentemente de qual seja o conteúdo da sua Constituição, do regime político e do sistema de governo, os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proibição do excesso, da proteção da confiança, da proibição do déficit, da reserva da lei e da determinabilidade.[42]

---

[38] Eduardo Augusto de Souza Massarutti *et al*., "A boa governança como um princípio geral anticorrupção e o direito fundamental a uma boa administração pública", em Anna Candida da Cunha Ferraz e Henrique Ribeiro Cardoso, *Constituição e democracia II* (Florianópolis: Conpedi, 2016), 213, acesso em 30 de agosto de 2022 em http://site.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/z15hvb59/SVI8obCH33N1w9n5.pdf.

[39] Canotilho, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 1161.

[40] Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. por Virgílio Afonso da Silva (São Paulo: Malheiros, 2008), 92-93.

[41] Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico* (São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013), 134.

[42] Jorge Reis Novais, *Princípios Estruturantes de Estado de Direito* (Coimbra: Almedina, 2019), 11.

Nessa conjuntura, sendo a anticorrupção um princípio que se apresenta de forma autônoma na estrutura constitucional, ainda que relacionado ao princípio geral da boa governança, alguns autores, a exemplo de Aline Betiatto, defendem o seu enquadramento enquanto princípio estruturante,[43] utilizando-se da definição acima. Nesse contexto, há de se observar a maneira em que se dá a sua inserção também no ordenamento jurídico brasileiro.

3. A inserção do princípio anticorrupção no processo de constitucionalização do direito internacional

A inclusão da corrupção na Agenda 2030 da ONU, como se depreende da leitura das metas 16.4 e 16.5,[44] evidencia o reconhecimento geral dos efeitos negativos de tal problemática no desenvolvimento e nos direitos humanos. O Conselho de Direitos Humanos da ONU reconheceu, por meio da Resolução 35/25, aprovada em 2017,[45] que há uma "creciente sensibilización de la comunidad internacional respecto de los efectos nocivos que tiene la corrupción generalizada en los derechos humanos", que se manifesta principalmente por meio das seguintes características:

> o enfraquecimento das instituições e a erosão da confiança pública no governo quanto à limitação da sua capacidade de cumprir todas as suas obrigações de direitos humanos e atingir, na medida máxima permitida por seus recursos disponíveis, os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.[46] (Tradução nossa)

Em âmbito internacional, a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em 1984, publicou sua primeira recomendação contra a corrupção

---

[43] Betiatto, *O Princípio Anticorrupção e a Reorientação...*, 87.

[44] A Meta 16.4 conclama aos Estados para "reduzirem significativamente os fluxos financeiros e de armas ilícitos, fortalecerem a recuperação e devolução de bens roubados e combaterem todas as formas de crime organizado". A Meta 16.5 apela para se "reduzir substancialmente a corrupção e o suborno em todas as suas formas" (Organização das Nações Unidas, *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável* [2015], 38, acesso em 30 de agosto de 2022 em https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/Brasil_Amigo_Pesso_Idosa/Agenda2030.pdf.

[45] Nações Unidas, *Consejo de Derechos Humanos. Las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos,* Resolução 35/25, 2017, 2, acesso em 30 de agosto de 2022 em https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/191/81/PDF/G1719181.pdf?OpenElement.

[46] Nações Unidas, Consejo de Derechos Humanos, "(...) el debilitamiento de las instituciones y la erosión de la confianza de la población en el gobierno como por la limitación de la capacidad de los Gobiernos para cumplir todas sus obligaciones en materia de derechos humanos y lograr, hasta donde permitan sus recursos disponibles, los Objetivos de Desarrollo Sostenible"

(Antibribery Recommendation), focando na repressão de favorecimentos ilegais de determinada empresa ou negócio. Tais termos foram reiterados em nova recomendação editada em 1996.

Seguindo o direcionamento retro, tem-se a Convenção sobre corrupção de funcionários públicos em transações comerciais internacionais, elaborada pela OCDE e que foi ratificada pelo Brasil em agosto de 2000, por meio do Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000.

Importa destacar, também, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, diploma mais extenso que trata sobre a matéria em tela, subscrita inicialmente por 180 países, em Mérida, no México, entre 9 e 11 de dezembro de 2003, e ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

Por seu turno, a Conferência dos Estados Partes (COSP), na declaração de Marrakech sobre prevenção à corrupção,[47] requereu aos Estados Membros que realizem atividades bilaterais, regionais e internacionais para prevenir a corrupção, como workshops para o intercâmbio de experiências e boas práticas.

Destaca-se, nesse cenário de boas iniciativas, a conscientização promovida em escolas e universidades sobre esforços anticorrupção (artigo 13.1.c Uncac), cujas práticas promissoras são desempenhadas por muitos países europeus e latino-americanos. Assim, a cooperação e a troca de experiências entre esses países em nível inter-regional poderiam ser benéficas para a efetivação dos direitos humanos, pois "contribuiria para sistematizar a educação anticorrupção nas escolas e universidades. Alguns exemplos relatados ao Grupo de Trabalho Intergovernamental Aberto sobre Prevenção da Corrupção são [...] Áustria, Alemanha, Grécia, Noruega, Eslováquia e Eslovênia".[48]

Cite-se, ainda, a Resolução 01/2017 – Direitos humanos e combate à impunidade e à corrupção, e a Resolução 01/2018 – Corrupção e Direitos Humanos, publicada em 16 de março de 2018, ambas pertinentes à reflexão sobre os direitos humanos e a corrupção, sendo essa tratada como um fenômeno que prejudica tais direitos em sua totalidade.

Tais medidas, dentre outras, evidenciam que o princípio anticorrupção deve ser interpretado e aplicado nos ordenamentos jurídicos internos, incluindo o brasileiro, levando-se em conta a sua relação intrínseca com a proteção dos direitos humanos e da democracia, especialmente quando se vislumbra o princípio da boa governança

---

[47] Nações Unidas, *Conferência dos Estados Partes da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Declaração de Marrakech sobre a prevenção da corrupção*, Resolução 4/3, 2011, acesso em 30 de agosto de 2022 em https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/COSP/session4-resolutions.html.

[48] Rosana Garciandia, "Euro-Latin-American Cooperation against Corruption and Its Impact in Human Rights", Araucaria, n.º 40 (2018): 616, acesso em 30 de agosto de 2022 em https://doi.org/10.12795/araucaria.2018.i40.25.

enquanto uma das faces do princípio anticorrupção, em relação complementar ou de gênero e espécie.

No Brasil, desde o período colonial e durante séculos, se viveu uma economia que frustrou e escravizou a vontade e a autonomia dos brasileiros, considerando que "desde as elites oligárquicas às latifundiárias, o Estado esteve nas mãos de dominadores políticos, totalmente estranhos aos interesses da população".[49]

Sérgio Buarque de Holanda, em Raízes do Brasil, destaca algumas características marcantes desde o período da colonização portuguesa e que fomentaram a disseminação da corrupção em nosso país, especialmente no tocante à confusão entre os interesses particulares da família colonial e os interesses do coletivo. Veja-se

> [...] a família colonial fornecia a idéia mais normal do poder, da respeitabilidade, da obediência e da coesão entre os homens. O resultado era predominarem, em toda a vida social, sentimentos próprios à comunidade doméstica, naturalmente particularista e antipolítica, uma invasão do público pelo privado, do Estado pela família.[50]

Mais recentemente, mediante o recuo no combate à corrupção no Brasil, a OCDE tomou a decisão inédita de criar um grupo permanente de monitoramento sobre o assunto no Brasil, isso porque "a entidade, na qual o Brasil pleiteia entrada, está preocupada com o fim "surpreendente da Lava Jato", o uso da lei contra abuso de autoridade e as dificuldades no compartilhamento de informações de órgãos financeiros para investigações".[51]

Daí porque tal matéria é de relevante presença no ordenamento jurídico pátrio. Destarte, no Brasil, o princípio constitucional anticorrupção é implícito, mas o seu respeito tem respaldo desde o Título I "Dos Princípios Fundamentais" da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, que coloca a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa, o qual, por óbvio, não pode ser respeitado dentro de quadros corruptivos que ofendem os direitos básicos dos indivíduos.

O princípio em tela também é facilmente verificado mediante a leitura do art. 3º[52] da Carta Magna, pelas mesmas razões esposadas acima. E os princípios explici-

---

[49] Braun, "O fenômeno corrupção", 48.

[50] Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil* (São Paulo: Companhia das Letras, 1995), 82.

[51] Mariana Sanches, "OCDE adota medida inédita contra o Brasil após sinais de retrocesso no combate à corrupção no país", *BBC NEWS Brasil*, acesso em 30 de agosto de 2022 em https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56406033.

[52] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

tados em seu art. 37, dentre os quais estão a moralidade e impessoalidade, também guardam ligação direta com as balizas contrárias à corrupção.

A opção do constituinte em dispor sobre princípios que, em seu conjunto e soma, repudiam práticas ímprobas, é de salutar pertinência à compreensão da presente temática, pois "cabe ao Direito Constitucional estabelecer os preceitos mais básicos acerca da relação entre a ordem jurídica interna e o Direito Internacional, vez que a Constituição estatal é, sem dúvida, o elemento de acoplamento entre as referidas ordens jurídicas".[53] E, consoante debatido neste trabalho, a Carta Magna Brasileira dialoga com o Direito Internacional e com o princípio anticorrupção.

Consoante assevera Eros Roberto Grau e Luiz Gonzaga de Mello Belluzo, o direito brasileiro possui "instrumentos de efetivo controle e coibição da corrupção estatal. Não obstante, eles resultam inócuos, na medida em que não se consolidou, entre nós, o respeito às virtudes republicanas".[54]

Em um recorte específico para as questões do suborno no âmbito das empresas transnacionais, Luciano Vaz Ferreira[55] adverte que o suborno é um problema global, razão pela qual é necessário construir um regime jurídico internacional antissuborno, tendo defendido que a regulação pelo direito interno com o intuito de controlar as atividades que ocorrem no território não é suficiente quando limitada apenas ao princípio da territorialidade e soberania. Lógica essa também aplicável quanto ao princípio anticorrupção.

Sendo assim, no ordenamento jurídico brasileiro, a corrupção é repudiada expressamente por meio dos dispositivos citados e diplomas internacionais ratificados pelo Brasil. No entanto, o fato de não haver expressamente positivado o princípio da anticorrupção poderia suscitar debates a respeito da sua constitucionalização e inserção expressa no texto constitucional, como também poderia ser utilizado como baliza interpretativa a guiar os entendimentos a respeito do combate à corrupção.

Todavia, em respeito à dialética, mister se faz pontuar entendimentos contrários ao acima expresso. Destarte, de acordo com Konrd Hesse,[56] o excesso de acréscimo escrito nas constituições de interesses momentâneos ou particulares ocasionaria uma série de revisões constitucionais e prejudicaria a força normativa da Constituição. Tomando como norte tal entendimento, Aline Betiatto assevera que não sendo o

---

[53] Thiago Oliveira Moreira, "A Abertura do Estado ao Direito Internacional e a Jurisdição Cooperativa: uma análise a partir do pensamento de Peter Häberle", en Wagner Menezes, *Anais do XIV CBDI-Direito Internacional em Expansão* (Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016), 40.

[54] Eros Roberto Grau e Luiz Gonzaga de Mello Belluzo, "A corrupção no Brasil", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n.º 80 (1995): 10.

[55] Luciano Vaz Ferreira, "A construção do regime jurídico internacional antissuborno e seus impactos no Brasil: como o Brasil pode controlar o suborno praticado por empresas transnacionais?" (UFRGS, 2015), 219, acesso em 30 de agosto de 2022 em http://hdl.handle.net/10183/109268.

[56] Konrad Hesse, *A força normativa da Constituição*, trad. por Gilmar Ferreira Mendes (Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991), 17.

combate à corrupção um interesse momentâneo, mas existente enquanto problema desde o início da humanidade, não existiriam prejuízos na inclusão do princípio anticorrupção no texto constitucional.[57]

Ocorre que, de uma forma ou de outra, fato é que a proteção aos direitos humanos, à democracia, à vida digna dos brasileiros, depende de atitudes concretas de combate às práticas corruptas, sendo certo que a inserção escrita do referido princípio em nossa Constituição em nada surtiria efeitos práticos se não existirem investimentos em setores como a educação e cultura, com o intuito de se construir uma sociedade consciente e politicamente ativa. Por isso mesmo é que debater a sua interpretação à luz das normativas atuais se torna mais eficaz e coeso, uma vez que as atenções devem se voltar para as medidas necessárias à sua implementação.

Nessa perspectiva, o princípio em comento, mediante sua autonomia dogmática, e considerando à ponderação na hipótese de conflito com outros princípios, permite uma construção hermenêutica mais rica e estruturante, de salutar relevância ao regime democrático de direito, o qual não comporta mais uma visão restrita (apartada do modelo internacional) de um país fechado ao diálogo, isolado e com soberania absoluta independente de seus atos corruptos e prejudiciais aos direitos humanos.

Por causa disso, "diz-se que o modelo atual de cidadania deve ser revitalizado, pois se apresenta hoje insuficiente diante das necessidades individuais e coletivas".[58] Realmente, cientes de que direta ou indiretamente a corrupção afeta à comunidade global, com maior ênfase nos países subdesenvolvidos, impossível não se defender a revitalização da compreensão da inserção do princípio anticorrupção nesse processo internacional de constitucionalização, "deixando de lado a apatia que nos é cultural, vislumbrando um novo e duradouro horizonte cívico".[59]

E mais, ao tratar sobre a responsabilidade internacional do Brasil no que tange aos atos corruptos praticados, Luciano Meneguetti Pereira esclarece que diante dos quadros graves de violações de direitos humanos provocados pela corrupção, o Brasil, assim como outros países em igual situação, tanto podem como devem ser responsabilizados internacionalmente "pelo descumprimento das obrigações internacionais que deveria adimplir, especialmente quanto à salvaguarda dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais que são frontalmente atingidos e amplamente violados em razão da corrupção no país".[60]

Com isso, busca-se fortalecer as associações comunitárias, os movimentos sociais e as políticas públicas de combate efetivo à corrupção, o que não seria possível sem um ordenamento jurídico que por meio de princípios implícitos, como o da

---

57 Betiatto, *O Princípio Anticorrupção e a Reorientação...*, 88.

58 Braun, "O fenômeno corrupção", 55.

59 Braun, "O fenômeno corrupção", 56.

60 Luciano Meneguetti Pereira, "A responsabilidade internacional do estado brasileiro por corrupção", *XII Anuário Brasileiro de Direito Internacional* 2, n.º 23 (2017): 124.

anticorrupção, e subprincípios que lhes são inerentes, como o da boa governança e probidade.

Conclusão

O estudo do combate à corrupção, atualmente, não pode se restringir aos diplomas normativos internos, haja vista a ampla construção de medidas e normativas internacionais que versam sobre o assunto. Frise-se, nesse contexto, que ao proteger bens comuns globais como os próprios direitos humanos, o princípio anticorrupção assume status de princípio constitucional global.

Nesse contexto, o princípio em comento, autônomo e implícito na Carta Magna brasileira, serve de diretriz interpretativa e premissa maior anticorrupção no sistema constitucional, considerando ser necessário à proteção do Estado Democrático de Direito e dos direitos humanos e fundamentais, frente às ações corruptas e que acentuam a desigualdade, pobreza, falta de credibilidade e confiança nos órgãos e instituições públicos, dentre outros.

Além disso, muito embora existentes teses em contrário, o que fortalece o exercício da dialética acadêmica, defendeu-se no presente estudo que inexistem prejuízos ao fato de não haver uma previsão escrita, expressa, do princípio anticorrupção no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a Carta Magna está permeada de princípios correlatos, ou subprincípios, que em seu conjunto contribuem para o fortalecimento da boa governança e do combate à corrupção, dentre os quais estão os princípios da moralidade pública, probidade administrativa e transparência.

Consoante restou evidente, em termos matematicamente apontados quanto aos prejuízos sofridos na economia, como também em termos subjetivos quanto aos efeitos deletérios da corrupção nos diversos cenários sociais, tal dilema é fator de colapso no sistema de um país, corroendo a sociedade como um todo, contaminando a democracia, as instituições e culminando na falta de credibilidade do Estado junto à população.

Constatou-se que com o processo do constitucionalismo, o fortalecimento da democracia e a ideia de limitação do poder do Estado, outrora vislumbrado como absoluto e ilimitado, a corrupção passou a ser de amplo debate internacionalmente, até porque as suas consequências não se limitam, muitas vezes, às barreiras territoriais de cada país.

Sendo um fenômeno sistêmico e complexo, que tolhe a capacidade dos países de garantir políticas públicas efetivas e direitos mínimos principalmente às comunidades já carentes, invisibilizadas e sem voz, a corrupção fomenta a impossibilidade de desenvolvimento das nações e de promoção dos direitos humanos.

Assim, no Brasil, desde o período colonial são marcantes as características corruptivas que de forma acentuada fez confusões entre o interesse público e o privado, sempre em benefício dos poderosos, escravizando os anseios dos brasileiros

enquanto povo. No entanto, com a democracia, muito embora não se tenha extirpado a corrupção, merece ênfase a necessidade urgente do seu fortalecimento, por meio da ampla participação da população e do diálogo com as normativas e organizações internacionais.

Desse modo, a discussão volta-se para o processo de constitucionalização internacional do princípio anticorrupção, cuja aplicabilidade prática é totalmente possível no ordenamento jurídico brasileiro, como corolário da própria democracia e demais princípios presentes na Carta Magna, como a boa governança. Pois, isso não retira a sua característica da autonomia dogmática e força estruturante, independentemente de estar explícito ou implícito em dada constituição, com amparo nos próprios pilares do constitucionalismo e direitos defendidos pela comunidade global.

Bibliografia

Abade, Denise Neves. "Direito internacional anticorrupção no Brasil". *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, n.º 13 (2019): 213-32. http://scielo.iics.una.py/pdf/rstpr/v7n13/2304-7887-rstpr-7-13-213.pdf.

Abbagnano, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

Alexy, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

Andrade, Niedja de e Silva Forte dos Santos. "O princípio anticorrupção na base do constitucionalismo internacionalista global: a agenda 2030 da ONU como elemento indicador". Em *Anais de Artigos Completos do IV CIDH*, organizado por César Augusto R. Nunes, 30-46. Jundiaí: Fibra e Brasílica, 2020.

Bechara, Evanildo. *Dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

Betiatto, Aline. *O Princípio Anticorrupção e a Reorientação do Direito Constitucional face aos Desafios no Enfrentamento à Corrupção: Dogmática, Hermenêutica e Prática*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Coimbra, 2019.

Blog de Renato Azevedo. https://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/materia-de-capa-8211-o-custo-da-corrupcao-no-brasil-r-82-bilhoes-por-ano/.

Colaboração para o UOL. "Bolsonaro diz que era estatizante, mas apoia desejo de Guedes de privatizar". *UOL Economia*, 27 de setembro de 2021. https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2021/09/27/bolsonaro-paulo-guedes-estatizante-privatizacoes.htm.

Braun, Michele. "O fenômeno corrupção: de suas raízes à revitalização da cidadania brasileira como forma de enfrentamento do vício social". Em *As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea*, organizado por Rogério Gesta Leal e Ianaiê Simonelli da Silva, 42-58. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014.

Brioschi, Carlo Alberto. *Corruption: A Short History*. Brookings Institution Press, 2017.

Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

Comissão das Comunidades Europeias. "Governança Europeia: um Livro Branco". *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, 12 de outubro de 2001. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:52001DC0428.

Nações Unidas. *Consejo de Derechos Humanos*. "Las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos". Resolução 35/25, 23 de junho de 2017. https://documents-dds ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/191/81/PDF/G1719181.pdf?OpenElement.

Nações Unidas. *Conferência dos Estados Partes da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*. "Declaração de Marrakech sobre a prevenção da corrupção". Resolução 4/3. Aprovada em 28 de outubro de 2011.

Ferreira, Luciano Vaz. "A construção do regime jurídico internacional antissuborno e seus impactos no Brasil: como o Brasil pode controlar o suborno praticado por empresas transnacionais?" Tese de doutorado, UFRGS, 2015. http://hdl.handle.net/10183/109268.

Fiesp, "Custo da corrupção no Brasil chega a R$ 69 bi por ano". FIESP. Acesso em 30 de março de 2022. https://www.fiesp.com.br/noticias/custo-da-corrupcao-no-brasil-chega-a-r-69-bi-por-ano/.

Garciandia, Rosana. "Euro-Latin-American Cooperation against Corruption and Its Impact in Human Rights". *Araucaria*, n.º 40 (2018): 605-29. https://doi.org/10.12795/araucaria.2018.i40.25.

Grau, Eros Roberto e Luiz Gonzaga de Mello Belluzo. "A corrupção no Brasil". *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, nº 80 (janeiro de 1995): 7-20.

Hesse, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

Holanda, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26.ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

International Monetary Fund. "Corruption: costs and mitigating strategies". *Staff Discussion Notes* 16, n.º 05 (2016): 1. https://doi.org/10.5089/9781513594330.006.

Leal, Rogério Gesta. "Os efeitos deletérios da corrupção em face dos direitos humanos e fundamentais". Em Rogério Gesta Leal e Ianaiê Simonelli da Silva, *As* múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea, organizado por Rogério Gesta Leal e Ianaiê Simonelli da Silva, 9-26. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014.

Leal, Rogério Gesta. "Corrupção, governo e mercado: perversidades de relações clientelísticas". *Novos Estudos* Jurídicos 22, nº 3 (2017): 877. https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/12109/7000.

Massarutti, Eduardo Augusto De Souza e André Vinícius Rosolen. "A boa governança como um princípio geral anticorrupção e o direito fundamental a uma boa administração pública". Em *Constituição e democracia II*, coordenado por Anna Candida da Cunha Ferraz e Henrique Ribeiro Cardoso, 212-32.

Florianópolis: Conpedi, 2016. http://site.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/z15hvb59/SVI8obCH33N1w9n5.pdf.

Montesquieu, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

Moreira, Thiago Oliveira. "A Abertura do Estado ao Direito Internacional e a Jurisdição Cooperativa: uma análise a partir do pensamento de Peter Häberle". Em *Anais do XIV CBDI-Direito Internacional em Expansão,* organizado por Wagner Menezes. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

Neves, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

Nova Bíblia Viva. São Paulo: Hagnos, 2018.

Novais, Jorge Reis. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019.

Organização das Nações Unidas. *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*, 2015. https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/Brasil_Amigo_Pesso_Idosa/Agenda2030.pdf.

Pereira, Luciano Meneguetti. "A responsabilidade internacional do estado brasileiro por corrupção". *Anuário Brasileiro de Direito Internacional* 2, n.º 23 (2017): 98-127.

Peter, Anne. "Bienes jurídicos globales en un orden mundial constitucionalizado". *SSRN Electronic Journal*, 2012. https://doi.org/10.2139/ssrn.2168780.

Rousseau, Jean-Jacques. *Do contrato social ou princípios do direito político*. 3.ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2011.

Sanches, Mariana. "OCDE adota medida inédita contra o Brasil após sinais de retrocesso no combate à corrupção no país". *BBC NEWS Brasil*. Acesso em 22 de fevereiro de 2022. https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56406033.

Teachout, Zephyr. "The anti-corruption principle". *Cornell Law Review* 94, n.º 341 (2009), 342-414.

Transparência Internacional. Índice de Percepção da Corrupção, 2021. https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/indice-de-percepcao-da-corrupcao-2021.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXVIII, BOGOTÁ, 2022, PP. 233-250, ISSN 2346-0849

Felipe Franco-Gutiérrez* **(Colombia)**

La protección del denunciante de corrupción como defensor de derechos humanos en el sistema interamericano

RESUMEN

La corrupción es un problema asociado a la vulneración de los derechos fundamentales de las personas. Este enfoque implica poner de presente a las víctimas de este flagelo, incluyendo a quienes denuncian o reportan la comisión de actos corruptos en el interior de entidades públicas y privadas. Este artículo busca analizar la labor de los denunciantes de corrupción como asimilable a la de un defensor de derechos humanos, así como el conjunto de obligaciones y estándares definidos internacionalmente para brindar una protección material efectiva a los denunciantes que son objeto de amenazas y represalias.

Palabras clave: denunciante de corrupción; defensor de derechos humanos; sistema interamericano.

The protection of corruption whistleblowers as human rights defenders in the Inter-American System

ABSTRACT

Corruption is a problem associated with the violation of people's fundamental rights. This approach implies the need to focus on the victims of this scourge, including those who denounce or report the commission of corrupt acts within public and private entities. This article posits that the work of corruption whistleblowers is comparable to that of human rights defenders, and it analyzes the obligations and standards de-

* Abogado; especialista en Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Javeriana (Colombia); magíster en asuntos internacionales con énfasis en gobernanza global del School of International Service de American University (Estados Unidos). Docente universitario. francofel@gmail.com / código orcid: 0000-0001-5340-7291.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

fined internationally to provide effective material protection to whistleblowers who are targeted with threats and reprisals.

Keywords: corruption whistleblower; human rights defender; Inter-American System.

Der Schutz des Anzeigeerstatters von Korruptionsfällen als Verteidiger der Menschenrechte im Interamerikanischen System

ZUSAMMENFASSUNG

Die Korruption stellt ein Problem dar, das mit der Verletzung der Grundrechte von Personen verbunden ist. Aus diesem Ansatz folgt die Notwendigkeit, sich die Lage der Opfer dieser Geißel zu vergegenwärtigen, und damit all derer, die korrupte Handlungen in öffentlichen und privaten Organisationen anzeigen oder darüber berichten. Mit dem Beitrag soll die Tätigkeit derer, die Korruptionsfälle anzeigen, aus der Perspektive ihrer Vergleichbarkeit mit Menschenrechtsverteidigern sowie der Gesamtheit aller Verpflichtungen und Standards betrachtet werden, die auf internationaler Ebene vereinbart wurden, um den wirksamen materiellrechtlichen Schutz von Anzeigeerstattern sicherzustellen, die Drohungen und Repressalien ausgesetzt sind.

Schlagwörter: Anzeigeerstatter von Korruptionsfällen, Verteidiger der Menschenrechte, Interamerikanisches System.

Introducción

El fenómeno de la corrupción es multifacético[1] e integra distintas visiones para su análisis y, particularmente, para determinar sus posibles soluciones. Una de estas visiones, podríamos decir la más tradicional, entiende a la corrupción como un delito o una práctica delictiva que vulnera bienes jurídicos asociados a la administración pública del Estado.[2]

Sin embargo, esta visión tradicional se ha visto devaluada ante una naciente necesidad de alejarse de este enfoque estrictamente punitivo para pensar en la corrupción como un problema asociado a la vulneración de los derechos humanos de las personas.[3]

---

[1] Alejandro M. Estévez, "Reflexiones teóricas sobre la corrupción: sus dimensiones política, económica y social", *Revista Venezolana de Gerencia* 10, n.º 29 (2005): 43-85.

[2] Manuel M. Ruiz-Morales, "La corrupción como delito del pensamiento en el siglo XIX. Un esbozo de su formación jurídico-penal en la historia desde la filosofía", *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 21, n.º 2, 331-356, doi: https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7853.

[3] Claudio Nash, "Corrupción, democracia, Estado de derecho y derechos humanos. Sus vínculos y sus consecuencias", en *Corrupción, Estado de derecho y derechos humanos*. Ed. por Claudio Nash Rojas y Marie-Christine Fuchs (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019), 15-67.

En un reciente informe presentado por la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos al Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se reconoció, que al ser la corrupción un problema de derechos humanos, quienes trabajan para promover la transparencia y luchan para accionar las alertas sobre estos actos deben ser considerados como defensores de derechos humanos.[4] En este mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha destacado el rol de los denunciantes o *whistleblowers* que, siendo trabajadores gubernamentales, divulguen información sobre casos de corrupción y ha señalado que existe el deber de protegerlos frente a sanciones legales, administrativas o laborales siempre que hayan actuado de buena fe.[5]

Quienes denuncian actos de corrupción son objeto de vulneraciones de sus derechos humanos. Su vida e integridad se ven amenazadas ante intimidaciones e instigaciones como producto de la presentación de su denuncia; son víctimas de restricciones a sus derechos económicos, sociales y culturales y, lo que es más grave, los derechos de sus familiares se ven también comprometidos como consecuencia del acto de denunciar. Bajo este contexto, resulta más que necesario que los denunciantes de corrupción cuenten con una debida protección de sus derechos humanos, la cual recae en los Estados, en atención a sus obligaciones internacionales de respeto y garantía.

La protección de los denunciantes de corrupción, entonces, se encuentra en el centro de la lucha contra este flagelo, tal y como se evidenció en el informe de la ONU, ante la necesidad de priorizar la situación de estas personas que, por su labor, se encuentran a menudo en peligro de sufrir amenazas físicas o represalias en su contra, las cuales, como se señaló, pueden resultar en graves vulneraciones de sus derechos humanos.[6]

Este artículo expondrá la idea del denunciante de corrupción como un defensor de derechos humanos, con base en el enfoque anteriormente mencionado que se ha buscado aplicar al momento de estudiar los efectos y las consecuencias de la corrupción, reafirmando que los denunciantes de corrupción son, en esencia, defensores de derechos humanos.[7]

Bajo este postulado, se analizarán los estándares del sistema interamericano de protección de derechos humanos, que les son aplicables a los denunciantes de corrupción en materia de protección de sus derechos. Para mejor comprensión de este análisis, se tomará como ejemplo el caso de Óscar Alfonso Morales presentado ante

---

[4] Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *En el centro de la lucha: los defensores de los derechos humanos que combaten la corrupción*, Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, A/HRC/49/49, 28 de diciembre de 2021, párrafo 99.

[5] CIDH, *Corrupción y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 236, 6 diciembre 2019, 165.

[6] Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *En el centro de la lucha…*, párrafo 2.

[7] Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *En el centro de la lucha…*, párrafo 39.

la CIDH en 2003 por presuntas violaciones de derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), todas ellas como producto de su denuncia de actos de corrupción en Colombia.[8]

1. Marco internacional en materia de lucha contra la corrupción y sus denunciantes

En el ámbito internacional encontramos dos instrumentos normativos en materia de corrupción: la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)[9] y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC)[10].

La CICC se destaca por ser el primer tratado internacional que consagra obligaciones jurídicas vinculantes para los Estados en materia de lucha contra la corrupción. Dentro de su contenido, la CICC contiene medidas preventivas que tienen un carácter menos imperativo que el resto de la Convención, y medidas represivas que buscan criminalizar conductas constitutivas de corrupción, instando a los Estados a tipificarlas y sancionarlas adecuadamente.[11]

En materia de protección a denunciantes de corrupción, la CICC dispone en su artículo 3.8, como una de las medidas preventivas que los Estados parte están llamados a adoptar, la creación de "sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno".

El mismo artículo 3 señala que los Estados podrán "considerar la aplicabilidad de las medidas dispuestas", lo cual indica que estas no son obligatorias y que los Estados podrán adoptarlas discrecionalmente. En tal medida, la CICC no describe de manera detallada cómo serán este tipo de sistemas de protección a denunciantes y condiciona su aplicación a lo señalado en el texto constitucional de cada Estado y en sus principios jurídicos. Debe valorarse que la CICC dispone una especial protección a la identidad de los denunciantes, por cuanto el anonimato en la denuncia

---

[8] CIDH, Óscar Alfonso Morales Díaz y Familiares *vs.* Colombia, 5 de noviembre de 2013, Informe 105/13.

[9] Organización de los Estados Americanos (OEA), *Convención Interamericana contra la Corrupción*, 29 de marzo de 1996, https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.pdf.

[10] Organización de las Naciones Unidas, *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, 31 de octubre de 2003, https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf.

[11] Carmen D. Benito Sánchez, "Análisis de las principales iniciativas supranacionales en la lucha contra la corrupción", *Iustitia* 6 (2008): 31, doi: https://doi.org/https://doi.org/10.15332/iust.v0i6.936.

incentiva su realización, por el hecho de que el denunciante no podrá ser objeto de represalias al no conocerse su identidad.[12]

Por su parte, la CNUCC es el único instrumento jurídico dentro del sistema universal que establece obligaciones jurídicamente vinculantes para la prevención y lucha contra actos de corrupción.[13] En tal sentido, resalta la importancia del denunciante como sujeto protegido en su artículo 33, en el cual señala que los Estados tendrán la posibilidad de disponer medidas apropiadas para la protección de los denunciantes de corrupción dentro de su ordenamiento jurídico interno.

El lenguaje del artículo 33 de la CNUCC, al igual que la CICC, no advierte que los Estados están obligados a adoptar medidas de protección para denunciantes de corrupción. Al respecto, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), que ha sido la intérprete oficial de esta convención internacional, ha señalado que el artículo 33 de la CNUCC no es en sí mismo vinculante para sus Estados parte, con lo cual se deja a su discreción la adopción de estas medidas. Incluso, se resaltó que son los mismos Estados los que, desde su propio ordenamiento jurídico interno, pueden (o deben) ponderar los derechos del denunciado frente a la necesidad de proteger al denunciante.[14]

Ahora bien, estos estándares legales han sido nutridos por compromisos políticos recientes que aluden también a la importancia de la protección de los denunciantes en el marco de la lucha global contra la corrupción. El *Compromiso de Lima. Gobernabilidad democrática frente a la corrupción*,[15] adoptado en el marco de la VIII Cumbre de las Américas celebrada en abril de 2018, buscó reafirmar, entre otros puntos, el compromiso de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en la lucha contra el fenómeno de la corrupción en consonancia con lo establecido en la CICC y la CNUCC.[16] El literal B del Compromiso alude a la protección de denunciantes, destacando que los Estados se comprometerán a "proteger a los denunciantes, testigos e informantes de actos de corrupción frente a acciones intimidatorias y represalias".

El numeral 23 del Compromiso de Lima, por su parte, reconoce el rol de los periodistas y de personas que realizan labores de investigación de hechos de corrupción,

---

[12] Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Guía de recursos sobre buenas prácticas en la protección de los denunciantes* (ONU, 2016), 55, https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2016/16-02538_S_ebook.pdf.

[13] UNODC, *Guía de recursos sobre buenas prácticas…*, 1.

[14] UNODC, *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (ONU, 2010), 112, https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/TechnicalGuide/10-53541_Ebook_s.pdf.

[15] OEA, VIII Cumbre de las Américas, *Compromiso de Lima. Gobernabilidad democrática frente a la corrupción*, OEA/Ser.E CA-VIII/doc.1/18 rev, 13-14 de abril 2018.

[16] Véase el preámbulo del *Compromiso*, http://www.summit-americas.org/LIMA_COMMITMENT/LimaCommitment_es.pdf.

reconociendo que, bajo las obligaciones y los compromisos internacionales de derechos humanos, su libertad de expresión debe ser protegida.

Estos compromisos han sido retomados más recientemente por los Estados de la OEA en el *Plan de Acción sobre Gobernabilidad Democrática* adoptado por la IX Cumbre de las Américas celebrada en junio de 2022,[17] que en su literal C señala:

> 12. Continuar con el cumplimiento de los compromisos asumidos en la Octava Cumbre de las Américas, en particular, el Compromiso de Lima sobre Gobernabilidad Democrática frente a la Corrupción, reafirmando el compromiso con los tratados en la materia, tales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y la Convención Interamericana contra la Corrupción, e implementando las siguientes acciones:
>
> [....]
>
> b. Establecer medidas, sistemas y campañas de concientización pública que incentiven y mejoren las condiciones para la presentación de denuncias sobre posibles irregularidades y actos de corrupción, incluido el lavado de dinero generado por actos de corrupción, así como medidas que brinden una protección eficaz contra posibles represalias o intimidación, el uso de la fuerza física o de amenazas hacia denunciantes, víctimas, testigos informantes y funcionarios encargados del cumplimiento de la ley y la justicia de conformidad con las obligaciones internacionales.

Por otro lado, en la última conferencia de los Estados parte de la CNUCC, celebrada en Egipto en el mes de diciembre de 2021, se adoptó la *Declaración de Sharm El-Sheikh* sobre el fortalecimiento de la cooperación internacional en la prevención y lucha contra la corrupción en tiempos de emergencias y crisis.[18] El punto resolutivo 17 llama a los Estados parte de la Convención a

> … establecer y, en su caso, diversificar y fortalecer sistemas confidenciales de denuncia y sistemas protegidos de denuncia que sean accesibles e inclusivos para facilitar la denuncia oportuna y brindar protección contra cualquier trato injustificado a cualquier persona que denuncie de buena fe y con motivos razonables cualquier hecho concerniente a delitos tipificados de conformidad con la Convención […], incluidos los relacionados con la asignación, distribución, uso y gestión del socorro de emergencia. (Traducción propia)

---

[17] Organización de los Estados Americanos (OEA), *Plan de Acción Interamericano sobre Gobernabilidad Democrática,* OEA/Ser.E CA-IX/doc.5/22, 9 de junio de 2022, http://summitamericas.org/documentos_oficiales_ixsummit/CMBRS02295S02.pdf.

[18] UNODC, *Sharm el-Sheikh declaration on strengthening international cooperation in the prevention of and fight against corruption during times of emergencies and crisis response and recovery*, Resolución 9/1, https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/COSP/session9-resolutions.html#Res.9-1.

Los textos anteriormente reseñados destacan la existencia de referentes normativos en el ámbito internacional sobre la protección a denunciantes de corrupción. Sin embargo, hasta el momento, ninguno de ellos es vinculante u obligatorio desde el punto de vista jurídico-formal, y no compele a los Estados a brindar medidas efectivas de protección. Su reconocimiento pertenece, como ya se ha resaltado, a la discreción de las autoridades estatales y al contenido de su ordenamiento jurídico, lo cual dificulta la adopción de un marco general o de estándares objetivos de protección que puedan ser aplicados por todos los Estados.

2. Referentes interamericanos sobre protección a denunciantes de corrupción

El sistema interamericano de derechos humanos, particularmente la CIDH, ha producido algunos referentes que ilustran la visión de la corrupción como un problema asociado a la vulneración de derechos. Así, en su Resolución 1/17 del 12 de septiembre de 2017, la CIDH se pronunció por primera vez en el tema de derechos humanos y lucha contra la corrupción, ante un claro ejemplo de represalias por una denuncia de corrupción. Esta resolución se dio a raíz de la expulsión del jefe de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, por parte del Gobierno de dicho país, la cual ocurrió poco después de hacerse pública una denuncia sobre un caso que involucraría al entonces presidente de la República.[19]

En esta primera oportunidad, la CIDH enfatizó el importante rol que cumple una justicia independiente e imparcial como medio de control ciudadano, función que también ejercen los denunciantes, entre otros actores mencionados.[20]

Posteriormente, la Resolución 1/18, emitida en marzo de 2018, definió las primeras líneas de acción de la CIDH en el tema de corrupción y derechos humanos, dentro de cuatro ejes fundamentales: i) independencia, imparcialidad, autonomía y capacidad de los sistemas de justicia; ii) transparencia, acceso a la información y libertad de expresión; iii) derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y iv) cooperación internacional.[21] La CIDH emitió dos recomendaciones alusivas a la protección a denunciantes en esta resolución. La primera recomendación dentro del eje 2, "transparencia, acceso a la información y libertad de expresión", alude a medidas positivas para el ejercicio del control social a la corrupción que incluyen:

> V. Promover un ambiente con garantías para la libertad de denunciar actos de corrupción, el desarrollo del periodismo investigativo y el ejercicio del

[19] CIDH, *Derechos humanos y lucha contra la impunidad y la corrupción*, Resolución 1/17, 12 de septiembre de 2017, 1.

[20] CIDH, *Derechos humanos y lucha…*, Resolución 1/17, 12 de septiembre de 2017, 2.

[21] CIDH, *Corrupción y derechos humanos*, Resolución 1/18, 3 de marzo de 2018.

> derecho a buscar, recibir y difundir información relativa a corrupción. [....] Garantizar la seguridad de periodistas, defensores de derechos humanos y activistas que investigan y denuncian corrupción, derogar leyes de desacato y difamación criminal y garantizar la proporcionalidad de sanciones civiles, asegurar la protección de la confidencialidad de las fuentes periodísticas; y establecer sistemas de protección de denunciantes de corrupción.[22]

Bajo el eje 3, "derechos económicos, sociales, culturales y ambientales", la CIDH también recomendó a los Estados:

> VI. Adoptar medidas para prevenir, investigar y sancionar, en su caso, las agresiones y hostigamientos en contra de dirigentes u otras personas involucradas en los procesos de defensa de los derechos de comunidades, población o pueblos indígenas y tribales afectados por actividades de extracción, explotación o desarrollo y de personas que denuncian actos de corrupción en proyectos de desarrollo, de infraestructura y programas sociales.[23]

A raíz de estos referentes, la CIDH elaboró su informe *Corrupción y derechos humanos: estándares interamericanos* emitido en diciembre de 2019, el cual compila una serie de principios y presenta un análisis de esta problemática desde el enfoque de derechos humanos destacando, entre otros, las obligaciones de los Estados relativas a la investigación, el procesamiento y la sanción en casos de corrupción, y el impacto de esta problemática sobre personas y grupos de especial atención dentro de los que se comprende a las personas denunciantes y testigos de actos de corrupción.[24]

Estos elementos son el primer punto de partida para el abordaje de casos de denunciantes de corrupción. Aun cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) no ha fallado un caso relativo a un denunciante de corrupción, al considerar el rol de los denunciantes como defensores de derechos humanos se observa que los estándares de protección que han sido ampliamente definidos en su jurisprudencia le son también aplicables e implican incluso que sean reforzados en consideración a la naturaleza sensible de su labor.

---

[22] CIDH, *Corrupción y derechos humanos*, Resolución 1/18, 5.

[23] CIDH, *Corrupción y derechos humanos*, Resolución 1/18, 6.

[24] CIDH, *Corrupción y derechos humanos: estándares…*, 14 y ss.

3. El rol del denunciante de corrupción como defensor de derechos humanos

El denunciante de corrupción o *whistleblower* cuenta con diferentes definiciones en legislaciones extranjeras como las de Estados Unidos[25] y el Reino Unido.[26] El artículo 33 de la CNUCC no trae una definición puntual de este concepto, no obstante, se refiere, en su idioma original, al término *reporting persons* o *reportantes* sin utilizar la acepción común de *whistleblower*. Lo anterior extiende la protección establecida por dicho artículo a personas que cuenten con información que i) no tiene tal nivel de detalle para constituir evidencias en el ámbito legal, ii) está disponible en una etapa temprana del proceso legal y iii) es indicativa de una conducta indebida que merece ser reportada a un organismo encargado de hacer cumplir la ley.[27]

La CIDH ha definido al denunciante de corrupción como:

> … toda persona que, de buena fe, denuncia a las autoridades competentes hechos relacionados con actos o situaciones de corrupción. Son denunciantes aquellos trabajadores/as o empleados del sector público o privado que revelan información de interés público sobre actividades corruptas, ilegales, fraudulentas o peligrosas que se cometen en organizaciones públicas o privadas, a entidades o personas consideradas en posición de actuar frente a ello.[28]

Un defensor de derechos humanos, por otro lado, en concepto de la misma CIDH, es definido como: "toda persona que de cualquier forma promueva o procure la realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos a nivel nacional e internacional".[29]

Al respecto, la Corte IDH ha señalado que el criterio que califica al defensor de derechos humanos como tal es la labor que realiza, sin importar su calidad o

---

[25] En Estados Unidos fue aprobada una ley de protección de denunciantes de corrupción, o *whistleblowers*, denominada Whistleblower Protection Act de 1989. Esta ley cobija a "empleados federales que hacen divulgaciones descritas en la sección 2302(b)(8) del título 5 [del] Código de los Estados Unidos [y que] sirven al interés público al ayudar en la eliminación del fraude, el despilfarro, el abuso y los gastos del gobierno", así como aquellos que "revelan la ilegalidad del gobierno, el despilfarro y la corrupción" (traducción propia).

[26] El Reino Unido cuenta con la Public Interest Disclosure Act de 1998, la cual incluyó disposiciones atinentes a la protección de denunciantes de corrupción en la legislación laboral inglesa, que se encuentra contenida en la Employment Rights Act de 1996. Estas disposiciones protegen a trabajadores que denuncian irregularidades de interés público ocurridas en el pasado, el presente o el futuro cercano.

[27] UNODC, *Guía técnica de la Convención de las Naciones Unidas…*, 109.

[28] CIDH, *Corrupción y derechos humanos: estándares…*, 165.

[29] CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y los Defensores de Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 66, 31 de diciembre de 2011, párrafo 12.

afiliación al realizarla[30] y, en esta misma medida, ha destacado la denuncia como una de las actividades que desempeñan estos actores, en pro de la promoción y protección de los derechos humanos.[31]

De esta forma, el elemento que equipara estas dos definiciones es la denuncia como una actividad central para la defensa de los derechos humanos. Al respecto, la CIDH ha señalado que la defensa de derechos humanos y la denuncia de corrupción pueden coincidir,[32] por lo cual las denuncias de hechos de corrupción son, entonces, una clara manifestación del derecho de todo individuo a defender los derechos humanos, el cual es plenamente reconocido por el sistema interamericano.[33]

Ahora bien, de acuerdo con el informe de la Relatora Especial de la ONU, los activistas anticorrupción no son generalmente reconocidos como defensores de los derechos humanos, con lo cual su trabajo puede considerarse distinto o menos importante que el dedicado a los derechos humanos.[34] No obstante, el denunciante de corrupción es un defensor de tales derechos, y como tal su labor es importante para el fortalecimiento de la democracia y el Estado de derecho.[35] De igual manera, tal y como lo ha reiterado la Corte IDH en su jurisprudencia, esta labor solo puede ejercerse libremente cuando no se presenten hechos de amenazas o de cualquier tipo de agresiones físicas, psíquicas o morales, u otros actos de hostigamiento en contra del individuo o grupo que lo ejerce.[36]

4. El caso de Óscar Alfonso Morales y los estándares de protección aplicables

Óscar Alfonso Morales Díaz presentó una petición ante la CIDH contra el Estado de Colombia en octubre de 2000, alegando que fue víctima de amenazas y de un

---

[30] Corte IDH, Caso Defensor de Derechos Humanos *vs*. Guatemala, Sentencia de 28 de agosto de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 283, párrafo 129; Caso Luna López *vs*. Honduras, Sentencia de 10 de octubre de 2013, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 269, párrafo 122.

[31] Corte IDH, Caso Defensor de Derechos Humanos *vs*. Guatemala, 129.

[32] CIDH, *Corrupción y derechos humanos: estándares…*, 166.

[33] Marta González Domínguez, "El derecho a defender los derechos humanos como un derecho autónomo", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* 63 (2016), 105-145.

[34] Naciones Unidas, *En el centro de la lucha*, párrafo 16.

[35] Corte IDH, Caso Defensor de Derechos Humanos y otros *vs*. Guatemala, párrafo 128; Caso Valle Jaramillo y otros *vs*. Colombia, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 192, párrafo 87; Caso Castillo González y otros *vs*. Venezuela, Sentencia de 27 de noviembre de 2012, Fondo, Serie C, núm. 256, párrafo 124.

[36] CIDH, *Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 5 rev.1 de 7 marzo de 2006, párrafo 46; Corte IDH, Caso Defensor de Derechos Humanos y otros *vs*. Guatemala, párrafo 142; Caso Fleury y otros *vs*. Haití, Sentencia de 6 de mayo de 2008, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 236, párrafo 81.

atentado contra su vida, luego de haber interpuesto una denuncia por hechos de corrupción en contra de funcionarios del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) de la ciudad de Bogotá. Morales denunció estos atentados en su contra ante el Ministerio Público, entidades del Poder Ejecutivo y ante un tribunal del circuito en donde se encontraba.[37]

El informe de admisibilidad de esta petición, emitido en noviembre de 2013, determinó la presunta vulneración de derechos consagrados en la CADH, todos ellos relacionados con la obligación consignada en el artículo 1.1.[38] En este sentido, se debe partir de la obligación convencional del artículo 1 que encabeza el catálogo de derechos del sistema interamericano y su interpretación en este caso.

El artículo 1.1 de la CADH señala que los Estados deben "respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y garantizar su pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción". La jurisprudencia de la Corte IDH distingue entre una obligación general de respeto y una obligación general de garantía, las cuales son fundamentales para determinar la atribución de responsabilidad internacional del Estado por violaciones a la CADH.[39]

La obligación de respeto, particularmente para casos como el de Morales, significa que el Estado debe cumplir con lo consagrado en el texto de la CADH, bien sea adoptando una acción o prestación, o absteniéndose de realizar una conducta que atente con lo reglado por dicha norma. Esta obligación comprende la protección de derechos civiles y políticos, así como los derechos económicos, sociales y culturales, acarreando para los Estados sobre estos últimos, asumir una carga prestacional específica.[40] En casos de corrupción, un Estado puede incumplir esta obligación de respeto cuando sus autoridades, en el ejercicio de su función pública, actúan de manera contraria u omiten realizar una acción a la que se encuentran obligados, de conformidad con la norma, con base en un acto de corrupción.[41]

4.1. Derecho a la vida y a la integridad personal

Dentro de los hechos alegados en su petición ante la CIDH, Óscar Alfonso Morales señaló que fue víctima de amenazas telefónicas a causa de las denuncias que presentó

---

[37] CIDH, Óscar Alfonso Morales Díaz y Familiares *vs.* Colombia, Informe 105/13, 5 de noviembre de 2013, párrafo 7.

[38] CIDH, Óscar Alfonso Morales Díaz y Familiares *vs.* Colombia, Informe 105/13, párrafo 3.

[39] Eduardo Ferrer-MacGregor y Carlos María Pelayo Möller, "Enumeración de deberes. Artículo 1. Obligación de respetar los derechos", en Christian Steiner y Marie-Christine Fuchs, *Comentario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2019), 19-70.

[40] Ferrer -MacGregor y Pelayo Möller, "Enumeración de deberes…", 43.

[41] Nash, "Corrupción, democracia, Estado de derecho y derechos humanos", 31.

y fue víctima de un atentado donde dos personas lo persiguieron y dispararon.[42] Tras la denuncia por estos hechos, realizada ante las autoridades del Estado, Morales obtuvo una serie de medidas de protección, como resultado de una evaluación del riesgo al cual estaba expuesto. Esta evaluación fue realizada por la Policía Nacional y determinó la adopción de recomendaciones de seguridad, en una primera instancia, y en patrullajes de policía a su residencia, en una segunda instancia, dado que el resultado de dicha evaluación arrojó un nivel de "riesgo medio".[43]

Infortunadamente, las amenazas contra la vida y la integridad personal, derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la CADH, son usuales en la labor que realizan los defensores de derechos humanos y los ponen en una situación de especial vulnerabilidad.[44] La Corte IDH ha afirmado que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales del Estado, cuyo cumplimiento corresponde a sus autoridades y que implica la plena satisfacción de las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos.[45]

Dicha obligación de respeto y garantía del derecho a la vida se ve reforzada cuando se trata de un defensor de derechos humanos,[46] ya que se exige del Estado no solo brindar una adecuada protección material a la presunta víctima, sino también a que se generen condiciones para la erradicación de violaciones por parte de agentes estatales o de particulares, y que se permita la investigación y sanción de dichos hechos.[47] La CIDH ha considerado también, en este mismo sentido, que los deberes de diligencia estudiados a propósito de la obligación de garantizar los derechos a la vida, integridad y libertad se aplican a otros derechos cuando existan circunstancias que hacen exigibles al Estado reforzar las medidas de prevención y protección, sea que la amenaza provenga de agentes estatales o privados, lo cual es aplicable, según sea el caso, a los denunciantes de corrupción.[48]

---

[42] CIDH, Óscar Alfonso Morales Díaz y Familiares *vs.* Colombia, Informe 105/13, párrafos 8 y 9.

[43] CIDH, Óscar Alfonso Morales Díaz y Familiares *vs.* Colombia, Informe 105/13, párrafo 18.

[44] Desde su primer informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de los derechos humanos en las Américas, la CIDH ha resaltado que en el contexto de las sociedades democráticas latinoamericanas, las defensoras y los defensores siguen siendo víctimas de ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas; agresiones, amenazas y hostigamientos; campañas de desprestigio, iniciación de acciones judiciales; restricción al acceso de información en poder del Estado; abusivos controles administrativos y financieros; e impunidad para quienes son autores de estas violaciones.

[45] CIDH, *Corrupción y derechos humanos: estándares…*, 170.

[46] Corte IDH, Caso Defensor de Derechos Humanos y otros *vs.* Guatemala, párrafo 142.

[47] CIDH, *Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.124, Doc.5.rev.1, 7 de marzo de 2006, párrafo 45, https://www.cidh.oas.org/countryrep/defensores/defensorescap1-4.htm.

[48] CIDH, *Corrupción y derechos humanos: estándares…*, 169.

Las amenazas en contra de la vida e integridad de Oscar Alberto Morales provinieron con posterioridad a haber denunciado hechos de corrupción dentro de la entidad pública en la que trabajaba. Esta acción generó un riesgo de vulneración de sus derechos, pero la magnitud y posible incidencia de dicha afectación, de acuerdo con el criterio de la CIDH, dependen de otros factores que el Estado debe analizar.[49] Al respecto, la Corte IDH ha entendido que el Estado debe tener conocimiento de que el riesgo potencial de una víctima es real e inmediato, y debe considerar las posibilidades razonables de prevenirlo o evitarlo.[50] En tal medida, el conocimiento de este riesgo radica en la realización de una evaluación, como la que fue realizada en el caso bajo estudio, la cual debe permitir, como fin último, que se adopten medidas de seguridad apropiadas para salvaguardar los derechos del solicitante.[51]

Con base en la decisión adoptada por la Corte IDH en su resolución de Medidas Provisionales del 26 de diciembre de 2010 en el asunto Alvarado Reyes y otros *vs*. México,[52] la CIDH ha señalado tres estándares para utilizar a fin de valorar un riesgo en cuanto a su posible afectación a los derechos a la vida y la integridad.[53] En primer lugar, se debe valorar el problema planteado, lo cual requiere estudiar los factores o las circunstancias ocurridas y que pudieran incidir en el nivel de riesgo de la persona. Seguidamente, se debe analizar la idoneidad y efectividad de las medidas de protección tomadas por el Estado, por lo cual la CIDH ha entendido que la medida debe hacer frente al riesgo que atraviesa la persona para ser considerada como una medida idónea, además de cumplir con un carácter provisional y temporal.[54] Finalmente, los Estados deben monitorear la situación de la víctima con miras a determinar la pertinencia de las medidas adoptadas y ponderar si la persona se encontraría en un riesgo o no.[55]

Estos estándares son aplicables en el caso de un denunciante de corrupción como lo fue el de Óscar Alfonso Morales. No obstante, es importante que también se estudie la denuncia presentada en cuanto a la magnitud e impacto del hecho de corrupción que se pretende alertar. Al respecto, no se ha establecido una forma de medición objetiva de esta magnitud, por lo cual debe recurrirse a un análisis caso por caso. La denuncia en el caso de Morales involucró a una entidad local colombiana con un historial de casos de corrupción que llevaron al enjuiciamiento de

---

[49] CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y los Defensores de Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 66, 31 diciembre 2011, párrafo 508, http://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/defensores2011.pdf.

[50] Corte IDH, Caso Defensor de Derechos Humanos y otros *vs*. Guatemala, párrafo 141; Caso Luna López *vs*. Honduras, párrafo 123.

[51] CIDH, *Segundo Informe…*, párrafo 505.

[52] Corte IDH, Resolución de 26 de diciembre de 2010. Medidas Provisionales respecto de México, Asunto Alvarado Reyes y Otros, considerando 1052.

[53] CIDH, *Segundo Informe…*, párrafos 508 y ss.

[54] CIDH, *Segundo Informe…*, párrafos 521 y ss.

[55] CIDH, *Segundo Informe…*, párrafo 532.

varios de sus funcionarios[56] y al otorgamiento de medidas de protección a un alto directivo que servía como testigo dentro de un conjunto de casos conocidos por las autoridades judiciales colombianas.[57] Estos dos aspectos demuestran la alta sensibilidad que implicaba, en su momento, la denuncia presentada por el peticionario, y, por lo tanto, representaba un elemento fundante de su riesgo.

4.2. Garantías y protección judicial

Por otro lado, en su petición a la CIDH, Morales alegó una omisión del Estado de investigar los hechos de los que fue víctima, destacando una falta de interés de las autoridades de realizar esta labor,[58] la cual se tradujo en una presunta vulneración de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, que se encuentran en los artículos 8 y 25 de la CADH.

Al respecto, la Corte IDH ha resaltado que el acceso a la justicia, representado en estos dos derechos, significa que los Estados deben hacer todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables.[59] Este deber del Estado depende, entre otros elementos, de la iniciativa procesal del presunto afectado o de la aportación privada de pruebas que demuestran estos hechos.[60]

La CIDH ha destacado que en los casos de denunciantes de corrupción, su participación se limita a la revelación de información sobre un acto de corrupción, la cual puede o no dar lugar a un proceso de investigación administrativa o penal.[61] Se puede ver entonces que, como resultado de dicha revelación, los denunciantes son objeto de amenazas que representan también delitos sobre los cuales recae el deber del Estado de investigar, de manera independiente, con el fin de prevenir que estas sigan ocurriendo y poder sancionar a sus responsables. A su turno, estas investigaciones sobre los hechos de amenaza en contra de los denunciantes constituyen

---

[56] Blu Radio, "Escándalo de corrupción en el IDU deja cinco capturados", acceso el 30 de agosto de 2022, https://www.bluradio.com/judicial/escandalo-de-corrupcion-en-el-idu-deja-cinco-capturados.

[57] La FM, "Ordenan al gobierno brindar seguridad a Inocencio Meléndez", acceso el 30 de agosto de 2022, https://www.rcnradio.com/colombia/juez-ordena-proteccion-especial-para-inocencio-melendez-testigo-del-carrusel.

[58] CIDH, Informe 105/13, párrafo 14.

[59] Corte IDH, Caso Defensor de Derechos Humanos *vs*. Guatemala, párrafo 199; Caso Bulacio *vs*. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 100, párrafo 114; y Caso Osorio Rivera y Familiares *vs*. Perú, Sentencia de 26 de noviembre de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 274, párrafo 200.

[60] Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez *vs*. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo, Serie C, n.º 4, párrafo 177; Caso García y Familiares *vs*. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2012, Serie C, n.º 258, párrafo 132.

[61] CIDH, *Corrupción y derechos humanos: estándares…*, párrafo 166.

también elementos que agravan la ocurrencia del hecho de corrupción, por cuanto justifican que el denunciante haya sido objeto de represalias para amedrentarlo o para prevenir que se revelen mayores detalles acerca de los hechos ocurridos.

De esta manera, la investigación debe ser seria, imparcial y efectiva, y estar orientada, como lo ha reiterado la Corte IDH, a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de los autores de los hechos.[62] De igual manera, se debe reiterar el deber del Estado de conducir estas investigaciones bajo la debida diligencia, lo cual exige que el órgano que investiga lleve a cabo todas aquellas actuaciones y averiguaciones necesarias para procurar el resultado que se busca,[63] entre las cuales se incluye el estudio integral de la denuncia presentada, adelantando las diligencias necesarias para comprobar su veracidad.

Según la CIDH, los denunciantes de corrupción tienen el derecho de acceder a un recurso rápido y efectivo para la protección de sus derechos en caso de que sean objeto de amenazas o perturbación, conforme lo dispone el artículo 25.1 de la CADH.[64] Esto implica la posibilidad de acceder a instancias judiciales en caso de ser perseguidos o silenciados mediante investigaciones y sanciones administrativas, acciones civiles o penales. Los denunciantes de corrupción que sean investigados por delitos o faltas disciplinarias o administrativas tienen derecho a que estos procesos no sean utilizados para desacreditarlos o estigmatizarlos.[65]

Conclusiones

El caso de Óscar Alfonso Morales fue resuelto mediante una solución amistosa iniciada por Colombia ante la CIDH. El Estado, en cumplimiento de dicho acuerdo, reconoció públicamente su responsabilidad por los hechos ocurridos, en un acto público realizado el 4 de julio de 2019. En dicho acto de reconocimiento, Colombia exaltó la labor y valentía de Morales al denunciar hechos de corrupción y resaltó una serie de medidas legales que se adoptarían para sancionar penalmente a los responsables de este tipo de hechos.[66] Sin embargo, no se evidenció un compromiso del Estado por adoptar medidas especiales de protección o formas en las cuales

---

[62] Corte IDH, Caso Defensor de Derechos Humanos *vs.* Guatemala, párrafo 200; Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras, párrafo 177; Caso Luna López *vs.* Honduras, párrafo 155.

[63] Corte IDH, Caso Defensor de Derechos Humanos *vs.* Guatemala, párrafo 200; Caso Juan Humberto Sánchez *vs.* Honduras, Sentencia de 7 de junio de 2003, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 99, párrafo 127, y Caso García y Familiares *vs.* Guatemala, párrafo 135.

[64] CIDH, *Corrupción y derechos humanos: estándares…*, párrafo 169.

[65] CIDH, *Corrupción y derechos humanos: estándares…*, párrafo 169.

[66] "Nación pide perdón por amenazas a hombre que denunció corrupción en IDU", *El Tiempo*, acceso el 30 de agosto de 2022, https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/nacion-pide-perdon-por-amenazas-a-hombre-que-denuncio-corrupcion-en-idu-385874.

las medidas ya existentes en el ordenamiento colombiano se pudieran reforzar, con miras a que casos como el de Morales no se repitieran en el futuro.

Los estándares reseñados anteriormente, si bien son importantes en el ámbito de la responsabilidad internacional de los Estados con los denunciantes de corrupción, no son suficientes sin un compromiso real para su protección. Los Estados están llamados a crear políticas integrales de reconocimiento y protección para los denunciantes de corrupción, que permitan que cualquier persona pueda denunciar dichos actos de manera libre y siempre bajo la protección de todos los estamentos del Estado.

Esto implica, por ejemplo, la adopción de normas legales que regulen la protección expresa de los denunciantes. Al respecto, para ayudar a los Estados parte a proveer medidas preventivas dentro de lo consagrado en el artículo 3 de la CICC, se diseñó una Ley Modelo sobre Protección a personas que denuncian actos de corrupción. Esta ley no es obligatoria para los Estados parte, no obstante, constituye una herramienta para el desarrollo de sistemas internos de protección a denunciantes.[67]

Es necesario entonces resaltar, como se ha visto a lo largo de este artículo, que la labor de los denunciantes de corrupción es en defensa de los derechos humanos de las personas que padecen sus efectos. El ejercicio de este rol representa un riesgo especial sobre el cual los Estados están llamados a responder de manera eficiente y en consideración al contexto concreto del denunciante. Ello implica la protección material efectiva de la vida e integridad personal del denunciante, basada en un estudio del nivel de riesgo que contemple no solo la condición de la víctima, sino la denuncia y el impacto que esta tiene para el ejercicio de sus derechos, pero también que se conduzcan investigaciones serias en todos los ámbitos del ordenamiento legal de los Estados, tanto para quienes cometen los actos de represalia en contra de los denunciantes como para quienes realizan el acto de corrupción que se denuncia.

Bibliografía

Benito Sánchez, Carmen D. "Análisis de las principales iniciativas supranacionales en la lucha contra la Corrupción". *Iustitia* 6 (2008).

Blu Radio. "Escándalo de corrupción en el IDU deja cinco capturados". 19 de noviembre de 2019. https://www.bluradio.com/judicial/escandalo-de-corrupcion--en-el-idu-deja-cinco-capturados.

CIDH. *Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de derechos humanos en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 5 rev.1, 2006.

[67] Para la debida aplicación de este modelo, en 2011 la OEA formuló el *Documento explicativo del proyecto de ley modelo para facilitar e incentivar la denuncia de actos de corrupción y proteger a sus denunciantes y testigos*, que consagra los elementos centrales con los que debe contar una regulación sobre protección a denunciantes de corrupción, http://www.oas.org/juridico/ley_explicativo_prot.pdf.

CIDH. *Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y los Defensores de Derechos Humanos en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 66, 2011.

CIDH. Óscar Alfonso Morales Díaz y Familiares *vs.* Colombia. Informe 105/13, 2013.

CIDH. *Derechos humanos y lucha contra la impunidad y la corrupción.* Resolución 1/17, 2017.

CIDH. *Corrupción y derechos humanos*. Resolución 1/18, 2018.

CIDH. *Corrupción y derechos humanos: estándares interamericanos.* OEA/Ser.L/V/II.Doc. 236, 2019.

Estévez, Alejandro M. "Reflexiones teóricas sobre la corrupción: sus dimensiones política, económica y social". *Revista Venezolana de Gerencia* 10, n.º 29 (2005).

Ferrer-MacGregor, Eduardo y Carlos María Pelayo Möller. *Enumeración de Deberes. Artículo 1. Obligación de respetar los derechos. Comentario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* 2.ª ed. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, 2019.

González Domínguez, Marta. "El derecho a defender los derechos humanos como un derecho autónomo". *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* 63 (2016).

La FM. "Ordenan al gobierno brindar seguridad a Inocencio Meléndez". 15 de septiembre de 2015. https://www.rcnradio.com/colombia/juez-ordena-proteccion--especial-para-inocencio-melendez-testigo-del-carrusel.

"Nación pide perdón por amenazas a hombre que denunció corrupción en IDU". *El Tiempo,* 8 de julio de 2019. https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/nacion-pide-perdon-por-amenazas-a-hombre-que-denuncio-corrupcion-en-idu-385874.

Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos. *En el centro de la lucha: los defensores de los derechos humanos que combaten la corrupción*. A/HRC/49/49, 2021.

Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito (UNODC). *Guía de recursos sobre buenas prácticas en la protección de los denunciantes*, 2016.

Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito (UNODC). *Guía Técnica de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.* UNODC, 2010.

Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito (UNODC). *Sharm el-Sheikh declaration on strengthening international cooperation in the prevention of and fight against corruption during times of emergencies and crisis response and recovery.* UNODC, 2021.

Nash, Claudio. "Corrupción, democracia, Estado de derecho y derechos humanos. Sus vínculos y sus consecuencias". En *Corrupción, Estado de derecho y derechos humanos*, editado por Claudio Nash Rojas y Marie-Christine Fuchs. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019.

OEA. *Documento explicativo del proyecto de ley modelo para facilitar e incentivar la denuncia de actos de corrupción y proteger a sus denunciantes y testigos*. OEA, 2011.

OEA. *Compromiso de Lima: Gobernabilidad democrática frente a la corrupción*. OEA/Ser.E CA-VIII/doc.1/18 rev.1, 2018.

OEA. *Plan de Acción Interamericano sobre Gobernabilidad Democrática*, OEA/Ser.E CA-IX/doc.5/22, 2022.

Ruiz-Morales, M. "La corrupción como delito del pensamiento en el siglo XIX. Un esbozo de su formación jurídico-penal en la historia desde la filosofía". *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 21, n.º 2, 2019.

Jurisprudencia

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez *vs*. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo, Serie C, n.º 4.

Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez *vs*. Honduras, Sentencia de 7 de junio de 2003, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 99.

Corte IDH. Caso Bulacio *vs*. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 100.

Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros *vs*. Colombia, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 192.

Corte IDH. Caso Fleury y otros *vs.* Haití, Sentencia de 23 de noviembre de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 236.

Corte IDH. Caso Castillo González, Sentencia de 27 de noviembre de 2012, Fondo, Serie C, n.º 256.

Corte IDH. Caso Luna López *vs*. Honduras, Sentencia de 10 de octubre de 2013. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 269.

Corte IDH. Caso Osorio Rivera y Familiares *vs*. Perú, Sentencia de 26 de noviembre de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 274

Corte IDH. Caso Defensor de Derechos Humanos *vs.* Guatemala, Sentencia del 28 de agosto de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 283.

Corte IDH. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de diciembre de 2010, Medidas Provisionales respecto de México, Asunto Alvarado Reyes y Otros.

Eje 2: Asuntos en derecho constitucional contemporáneo

- Sergio Javier Molina Martínez (México)
  Los derechos sociales en el contexto del nuevo sistema
  de justicia laboral en México
- Laura Hering (Alemania)
  El reconocimiento de un "derecho a la educación escolar"
  en Alemania en ocasión de la pandemia de covid-19
- Claudio Nash (Chile)
  Florencia Moral (Chile)
  La protección judicial frente al uso de escopetas de perdigones
  en el marco de manifestaciones públicas: el caso chileno
- Alan E. Vargas Lima (Bolivia)
  El derecho de acceso a la justicia constitucional y la reconducción
  procesal de las acciones de defensa en Bolivia
- Daniel Tenorio Pérez (México)
  La efectividad de las reglas constitucionales a través del concepto obligación:
  una propuesta teórica para el ejercicio colectivo de los derechos humanos
- Santiago Martínez Neira (Colombia)
  La convencionalidad de la denuncia de la Convención Americana
  sobre Derechos Humanos
- Juan Pablo Pampillo Baliño (México)
  Revaloración del constitucionalismo latinoamericano
- Luis Palacios Sanabria (Venezuela)
  Agustín Soto Gidi (Chile)
  El camino chileno hacia una nueva constitución
- Miguel de J. Neria Govea (México)
  Michael G. Núñez Torres (Venezuela)
  Justificación de límites implícitos a las reformas constitucionales.
  Una postura en contra de la neutralidad axiológica de la Suprema Corte
  de Justicia de la Nación en México
- Mauricio José C. Rosales (Honduras)
  La protección del derecho a la propia imagen en las redes sociales
  virtuales: principal desafío del derecho constitucional contemporáneo
- Johanna Egas Velasco (Ecuador)
  Las acciones constitucionales como garantías de protección
  de los derechos de los animales en Ecuador

- Luis Roel Alva (Perú)
  Renzo Díaz Giunta (Perú)
  La justicia transicional en el Perú: avances y desafíos
  a 20 años de la Comisión de la Verdad y Reconciliación
- Iván Carlo Gutiérrez Zapata (México)
  El control de constitucionalidad y convencionalidad
  del derecho al voto de las personas en prisión preventiva

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXVIII, BOGOTÁ, 2022, PP. 253-284, ISSN 2346-0849

Sergio Javier Molina Martínez* **(México)**

Los derechos sociales en el contexto del nuevo sistema de justicia laboral en México

RESUMEN

El sistema de justicia laboral en México se renovó. Ahora la manera en la que se visualiza la justicia laboral debe ser a partir de la concepción del derecho social. Si se aprecia de esta forma, se garantiza la vigencia del derecho al trabajo y su efectiva aplicación acorde con los cambios sociales. Dentro de estos cambios se encuentra la reforma constitucional y legal del sistema de justicia laboral en el país. Así, la impartición de justicia se traslada a tribunales laborales y organismos administrativos, los cuales están encargados de realizar la conciliación; de igual forma, se establecen instituciones y figuras jurídicas que garantizan la libertad y democracia sindical, así como la libre contratación colectiva. La instrumentación de este nuevo modelo representa uno de los retos más importantes que ha enfrentado el sistema de justicia, respecto del cual ya se cuenta con diversas acciones que ha emprendido el Estado mexicano.

Palabras clave: derechos sociales; derechos fundamentales; acceso a la justicia.

Social Rights in the context of the new labor justice system in Mexico

ABSTRACT

The labor justice system in Mexico has been reformed. Now labor justice must be visualized based on the conception of social law. If seen in this way, the validity of labor law and its effective application in accordance with social changes is guaranteed. Among these changes are the constitutional and legal reforms made to the labor justice system in the country. The administration of justice has been transferred to labor courts and administrative bodies, which are responsible for carrying out

* Consejero de la Judicatura Federal y magistrado de Circuito; representante del Poder Judicial de la Federación en el Consejo de Coordinación para la Implementación de la Reforma al Sistema de Justicia Laboral. magistrado.sjmm@gmail.com / código orcid: 0000-0001-8327-010X.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

conciliations. In addition, legal institutions and mechanisms have been established that guarantee union freedom and democracy, as well as free collective bargaining. The implementation of this new model represents one of the most important challenges that the justice system has faced, with respect to which the Mexican State has already taken various actions.

Keywords: social rights; fundamental rights; access to justice.

Die sozialen Rechte im Kontext des neuen Arbeitsgerichtssystems in Mexiko

ZUSAMMENFASSUNG

Das mexikanische Arbeitsgerichtssystem wurde reformiert. Damit gilt die Arbeitsgerichtsbarkeit ab jetzt als im Sozialrecht begründet. Aus dieser Perspektive ergibt sich eine Garantie der Geltung des Arbeitsrechts und seiner effektiven Umsetzung, in der sich die sozialen Veränderungen widerspiegeln. Teil dieser Veränderungen ist die Verfassungs- und Gesetzesreform im mexikanischen Arbeitsgerichtssystem. Die Rechtsprechung wird dabei auf Arbeitsgerichte und Verwaltungsorgane übertragen, deren Aufgabe die Konfliktbeilegung ist. Darüberhinaus werden Institutionen und Rechtsfiguren errichtet, die die gewerkschaftliche Vereinigungsfreiheit und Demokratie ebenso garantieren wie die unabhängigen Tarifabschlüsse. Die Umsetzung des neuen Modells stellt eine der wichtigsten Herausforderungen dar, mit denen sich die Justiz bisher befassen musste, wobei der mexikanische Staat bereits mehrere Klagen eingereicht hat.

Schlagwörter: Soziale Rechte; Grundrechte; Justizgewährung.

Introducción

El sistema de justicia en el Estado mexicano se encuentra en uno de los momentos más importantes de su historia. En ese proceso de cambio, destaca la transformación de las reglas que buscan regular el mundo laboral, a partir de un enfoque basado en derechos fundamentales sociales. Con motivo de la reforma Constitucional de 2017 y su reglamentaria de 2019, ese ajuste de tipo garantista se encuentra diseñado para convertirse en un referente sustancial para otras materias, dados los elementos transformadores con los cuales cuenta.

En su conjunto, los cambios ocurridos conforman un nuevo sistema laboral y representan el ajuste más importante del sistema de justicia mexicana en los últimos 100 años. En efecto, la manera en que ahora se visualizan las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores tiene ingredientes que la hacen alejarse de los paradigmas que se mantuvieron por décadas. Desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el poder reformador transformó la materia laboral, concentrando dichos cambios en tres tópicos fundamentales: a) conciliación previa

y obligatoria; b) tribunales laborales; c) libertad sindical, democracia sindical y negociación colectiva.

El cambio de todo ese sistema tiene diversas finalidades, siendo una de ellas la materialización de una justicia social, mediante la búsqueda permanente de la igualdad material o fáctica de una sociedad por demás desequilibrada. A esa finalidad se consagra, por una parte, la reconfiguración de algunos derechos fundamentales de tipo colectivo y, por la otra, la materialización del derecho fundamental de acceso efectivo a la justicia. La conjunción de ambos elementos, desde la óptica de los derechos sociales, es el enfoque que se persigue en el presente trabajo.

Así, el objetivo que se plantea con este aporte es dar testimonio de la transformación ocurrida y brindar a los lectores un acercamiento al panorama del derecho laboral mexicano, bajo la importancia que tienen los derechos fundamentales.

Para lograr dicho objeto de estudio, en el primer apartado se explican algunas de las razones más importantes que motivaron el cambio de justicia laboral, las cuales provocaron la decadencia en las instituciones y en las relaciones laborales en el país. En el segundo apartado se hace un esbozo de los principales cambios realizados, tanto constitucionalmente como en la Ley Federal del Trabajo; asimismo, se explica cuál fue su objetivo básico. En el tercero se relatan las acciones que ha emprendido el Estado mexicano a través de sus dependencias para instrumentar y dar vida a la reforma laboral y así reivindicar la deuda histórica que guarda con el mundo del trabajo. Finalmente, se esbozan algunas conclusiones a modo de reflexión.

1. Razones del cambio en el mundo laboral en México

A fin de mantener un panorama genérico de la reforma laboral en el país, es necesario ubicar algunas de las causas generadoras del referido ajuste constitucional y legal en los contenidos del derecho del trabajo.

De inicio, debe destacarse que se originó un constante incumplimiento de los contenidos del derecho social que, desde la Constitución de 1917, dieron tanto prestigio a México por consagrar, como derechos fundamentales, elementos y garantías de equilibrio de grupos sociales, como la jornada máxima de trabajo, el salario mínimo, la igualdad salarial, los días de descanso obligatorios, así como la prohibición del trabajo infantil y de labores insalubres o peligrosas para las mujeres y menores. Ello, pues en los últimos cuarenta años se agudizó la distorsión en el modelo laboral a lo largo de la república mexicana. La flexibilización y precarización del empleo representó una constante en la realidad social del país.[1]

[1] A manera de ejemplo, del análisis comparativo que se hace de los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), México tiene una las jornadas de trabajo más largas, a cambio de salarios extremadamente bajos. Con base en las estadísticas que la OCDE realizó en 2021, México se ubica como el país donde se destina más tiempo para el trabajo, con un total de 2.128 horas al año, en comparación con Alemania, que

Las etapas que contribuyeron a la distorsión del mundo del trabajo en el país se vinculan, por un lado, al corporativismo sindical permanente desde inicios del siglo pasado[2] y, por otro, a los contratos colectivos de protección patronal tolerados por el poder público en los últimos años.[3]

En efecto, el corporativismo sindical que surgió de los movimientos revolucionarios perturbó en gran medida la vigencia de la democracia y libertad sindical en numerosas organizaciones gremiales.[4] La vinculación permanente que se mantuvo con el poder público ocasionó una pérdida en la dirección señalada por la justicia social. Mantener el control de los movimientos obreros, a cambio de puestos de elección, fue una constante que solamente benefició a las dirigencias de las nacientes corporaciones.[5]

---

tiene un total de 1.349 horas por trabajador (Véase Organisation for Economic Co-operation and Development, *Hours worked*, OECD, acceso el 01 de agosto de 2022, https://data.oecd.org/emp/hours-worked.htm). Lamentablemente, por lo que hace al salario recibido, México se ubica en el último lugar, al promediar un ingreso anual de 16.429 dólares, mientras que Estados Unidos se posiciona en el primer lugar, con un promedio de 74.738 dólares al año por trabajador. Dicha combinación es un referente de las múltiples inconsistencias que a través de los años mantuvo el derecho del trabajo en México, teniendo como principal consecuencia el aumento excesivo en la cantidad de horas empleadas por el trabajador, frente a un salario precario. Para ese análisis, se sugiere consultar, Organisation for Economic Co-operation and Development, *Average Wages*, OECD, acceso el 01 de agosto de 2022, https://data.oecd.org/earnwage/average-wages.htm.

[2] Las vinculaciones entre el Estado y el sindicalismo en México surgieron durante las décadas inmediatamente posteriores al movimiento revolucionario de 1910-1920. Al respecto véase Graciela Bensusán y Kevin J. Middlebrook, *Sindicatos y política en México: cambios, continuidades y contradicciones* (México: Flacso México, UAM-Xochimilco: Clacso, 2013), 31-40.

[3] Existe quien afirma que el 79% de los contratos colectivos registrados en la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje (JFCA) son de protección. Ese estudio fue reseñado por Flores a propósito de la investigadora Joyce Sadka. Véase Zenyazen Flores, "3 de 4 contratos sindicales en México favorecen a las empresas: estudio", *El Financiero*, 20 de noviembre de 2018, acceso el 14 de octubre de 2022, https://www.elfinanciero.com.mx/economia/3-de-cada-4-contratos-sindicales-en-mexico-favorecen-a-las-empresas-estudio/. Se indica, además, que los contratos de protección se presentan sobre todo en las ramas laborales siguientes: comercio, transportes, servicios, construcción, manufactura y agricultura. Las centrales obreras con más contratos de protección firmados son la Confederación de Trabajadores de México (CTM) y la Confederación Revolucionaria de Obreros y Campesinos (CROC). En el mismo sentido, véase Verónica Gascón, "Advierten libertad sindical simulada", *Reforma*, 13 de abril de 2020, acceso el 14 de octubre de 2022, https://www.reforma.com/aplicacioneslibre/preacceso/articulo/default.aspx?__rval=1&urlredirect=https://www.reforma.com/advierten-libertad-sindical-simulada/ar1918297?referer=--7d616165662f3a3a6262623b727a7a7279703b767a783a--.

[4] Bensusán y Middlebrook, *Sindicatos y política en México…*, 36-67. Agregan los autores que la regulación de las cláusulas de exclusión en los contratos, que volvían obligatoria la afiliación a un sindicato, representan algunas prácticas que otorgaron poder a las organizaciones obreras.

[5] Jorge Robles, "El Estado corporativo y el movimiento obrero", en *Democracia sindical* (México: AFLCIO, FAT, UNAM, UAM, 2021), 103. Resulta interesante la manera en que el corporativismo se vinculó a la élite política del país y las consecuencias que esto ocasionó.

De esa forma existió, por un lado, el alejamiento del sindicalismo independiente de la vida social y productiva del país, dado que el control de su nacimiento, elecciones internas y emplazamientos a huelga se mantenía en las esferas de decisión de los poderes ejecutivos, federal y locales, como lo fueron las secretarías del trabajo y las propias juntas de conciliación y arbitraje.[6]

En un segundo momento, la apertura comercial del país produjo una oscilación en el poder sindical que se mantuvo inamovible en su alianza con el poder público.[7] Los gobiernos de los últimos años no buscaron el control total de los sindicatos, sino más bien, que estos los acompañaran en programas de abatimiento de la inflación,[8]

---

[6] María Xelhuantzi, "El sindicalismo mexicano contemporáneo", en *Los sindicatos bajo la encrucijada del siglo XXI*. Coord. por Inés González Nicolás (México: Fundación Friedrich Ebert, 2006), 18. Los bastiones de poder y el control que ejerció la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, pero sobre todo las juntas locales, a cargo de los gobernadores de los estados, contribuyeron a fortalecer a los grupos políticos y económicos. Existió un apoyo y promoción de confederaciones empresariales y patronales, lo que incluyó la política partidista y el establecimiento de relaciones de negocios con otros grupos regionales y con el capital extranjero.

[7] Cristina Pozo Mayorga, "Sindicatos, corporativismo y derechos laborales bajo profundización neoliberal en México", en *Trabajo y derechos en México. Nuevas afectaciones a la ciudadanía laboral*. Coord. por Mauricio Padrón Innamorato *et al*. (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018), 101-103. Durante las últimas tres décadas existió un escenario económico y productivo que se diferenció del modelo de desarrollo histórico posrevolucionario, con repercusiones a nivel de las posiciones históricas de los actores en juego dentro del "pacto corporativo". Véase Enrique de la Garza Toledo, "El corporativismo: teoría y transformación", *Iztapalapa. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades* 34 (1994): 25-26, https://revistaiztapalapa.izt.uam.mx/index.php/izt/article/view/1406/1569. Se denominó "neocorporativismo" aquella actividad en la cual, por una parte, se trató de flexibilizar las relaciones con el entonces Partido Revolucionario Institucional (PRI) (donde la política del partido con los sindicatos oficialistas no desaparece) y, por otra parte, los sindicatos entran a negociar con las empresas asuntos relacionados con la productividad. En esto último se encuentra una asociación entre el sindicato y la empresa en asuntos micro, coincidentes con aspectos de la doctrina de la calidad total, lo cual es coherente con la apertura económica, la retirada del Estado y una mayor competencia.

[8] Se buscó que la productividad fuera el elemento clave para la reformulación del sindicalismo. Este debía dejar de ser corporativista y adoptar la modernización económica y la defensa de la productividad en el interior de las relaciones laborales, así como negarse a la confrontación entre el capital y el trabajo. Al respecto véase Ana Alicia Solís de Alba y Max Ortega, *Estado, crisis y reorganización sindical* (México: Itaca, 1999), 83-98. El nuevo modelo sindical, a partir del Pacto Nacional de Solidaridad (30 de diciembre de 1982), el Pacto de Solidaridad Nacional (9 de agosto de 1983), el Programa de Aliento y Crecimiento (23 de abril de 1986), el Pacto de Solidaridad Económica (15 de diciembre de 1987) y el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (enero de 1989), haría que los salarios mínimos y contractuales se subordinaran a los incrementos porcentuales fijados por el Gobierno, lo que dejó de lado la función tripartita, estrechando en esa medida la fuerza del contrato de trabajo, el cual pasó a ser un instrumento más de las políticas públicas. De esa forma, los pactos fueron los procedimientos ideológicos y prácticos por medio de los cuales el Estado quitó al sindicalismo corporativo su poder negociador en el ámbito de la fijación del precio de venta de la fuerza de trabajo.

reducción de condiciones laborales y apuntalamiento de acuerdos de libre comercio.[9]

Este panorama originó que se acrecentara, por una parte, la falta de democracia y libertad sindical en grandes franjas de organizaciones gremiales y, por la otra, la marcada anulación de la libertad contractual, con motivo de la proliferación y vigencia de los contratos colectivos de protección patronal.[10]

En ambos escenarios, además, se presentaba una no materialización del derecho fundamental de acceso a la justicia. Los casos laborales no eran resueltos con la celeridad debida, ni con total independencia y autonomía[11] por las juntas de conci-

---

[9] Resulta reveladora la manera en que una de las más importantes asociaciones gremiales en el país, la CTM, actuaba en negociaciones "intraélite" y "trasbambalinas" para apoyar las reformas privatizadoras de empresas paraestatales y la reducción de los subsidios gubernamentales al consumo. A cambio, recibía el reconocimiento constitucional del sector social y promesas a los trabajadores de mejoras en el acceso a vivienda y servicios de salud. Véase Kevin J. Middlebrook, "Movimiento obrero y democratización en regímenes posrevolucionarios: las políticas de transición en Nicaragua, Rusia y México", *Foro Internacional*, n.º 149 (1997): 365-407.

[10] Existen varios textos que ilustran el origen, la tipología y las consecuencias del fenómeno de simulación contractual en México, entre estos, Gabriela Bensusán y Arturo Alcalde, "El régimen jurídico del trabajo asalariado", en *Trabajo y trabajadores en el México contemporáneo.* Coord. por Enrique de la Garza *et al.* (México: Miguel Ángel Porrúa, 2000), 147; Bouzas Ortiz, José Alfonso y María Mercedes Gaitán Riveros, "Contratos colectivos de trabajo de protección", en Alfonso Bouzas, *Democracia sindical* (México: Instituto de Investigaciones Económicas/ UNAM, UAM, AFL-CIO, FAT, 2001), pp. 49-66; Héctor Barba, "La contratación colectiva en México", en *La reforma laboral que necesitamos. ¿Cómo transitar a una auténtica modernización laboral?* Coord. por José Alfonso Bouzas Ortiz (México: UNAM, STUNAM, STAH, STERM, SNTM, UNT, FAT, Fundación Fredich Ebert, 2004), 126-132; Arturo Alcalde Justiniani, "La contratación colectiva, clave de una verdadera reforma laboral", en *Propuestas para una reforma laboral democrática*. Coord. Alfonso Bouzas Ortiz (México: UNAM, Grupo Parlamentario del PRD, Cámara de Diputados, Congreso de la Unión, LX Legislatura, 2007), 97-106; Graciela Bensusán, "Los ´contratos de protección´ en México", *Nexos*, (1997), acceso el 1 de agosto de 2022, https://www.nexos.com.mx/?p=8382; Carlos de Buen Unna, *Los contratos colectivos de trabajo de protección patronal en México* (México: Friedrich-Ebert-Stiftung, 2011), 5-19, acceso el 14 de octubre de 2022, https://library.fes.de/pdf-files/bueros/mexiko/08467.pdf; Arturo Alcalde Justiniani, *La contratación colectiva y su técnica de negociación* (México: Porrúa, 2020), 7-20.

[11] Aunque dichas aseveraciones parecieran drásticas, en noviembre de 2015, por solicitud del presidente de la República, se llevó a cabo un foro de consulta con la intención de realizar un análisis del sistema de justicia mexicano en sus diversas materias, al que se denominó Diálogos por la Justicia Cotidiana. En dicho proyecto participaron el Centro de Investigación de Docencia Económicas (CIDE) y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. En la mesa 2 de dicho foro de análisis, denominada "Justicia laboral", se detectaron, entre otros, los siguientes problemas: el cuestionamiento de la independencia de las juntas de conciliación y arbitraje, corrupción en las notificaciones, inexistencia de criterios resolutores, normas adjetivas obsoletas, violatorias de derechos e ineficaces, y el abuso del juicio de amparo, entre otrasotras (*Diagnósticos conjuntos y soluciones. Diálogos por la Justicia Cotidiana*. Ed. por Gobierno de la República, CIDE e IIJ-UNAM, acceso el 1 de agosto de 2022, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/79028/Di_logos_Justicia_Cotidiana.pdf).

liación y arbitraje.[12] Al respecto, debe tenerse presente que la integración tripartita de esos órganos jurisdiccionales era propuesta por los poderes ejecutivos y por organizaciones de trabajadores y patrones, lo que ocasionaba una distorsión en los fallos dictados. La poca atención, presupuesto y estímulos para un servicio civil de carrera nunca se formalizaron.

Importa señalar que existieron diversos periodos de reformas constitucionales y legales que resultaron insuficientes y poco efectivos para corregir la distorsión en el mundo laboral,[13] pues ninguno de ellos tuvo la intención de cambiar de tajo las circunstancias que imperaban en el sistema de impartición de justicia. Muchos de los cambios del siglo pasado ocurridos en México, así como el pretendido ocurrido en 2012,[14] reflejaron etapas claras de acceso al poder de diferentes conformaciones sociales, crisis económicas y la conducción del país por parte de diversas ideologías.

En forma específica, la citada reforma de 2012[15] dejó insatisfechos a todos los

---

[12] En términos generales, de acuerdo con las estadísticas de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje sobresale que entre 2007 y 2017 existió un aumento del 70,5% en expedientes en trámite al finalizar el año. De igual manera, en el mismo periodo de tiempo, el número de amparos que se promovieron por año aumentó en un 60,1%. Al respecto, véase Instituto Nacional de Transparencia, "Acceso a la información y protección de datos personales", *Plataforma Nacional de Transparencia* (México: INAI, 2020), acceso el 1 de agosto de 2022, https://www.gob.mx/sfp/documentos/instituto-nacional-de-transparencia-acceso-a-la-informacion-y-proteccion-de-datos-personales-inai. En otros trabajos previos se han analizado esas problemáticas cuantitativas y cualitativas en los asuntos de las juntas; al respecto, véase Sergio Javier Molina Martínez, "Un nuevo modelo de justicia en materia laboral. El reto para el Poder Judicial de la Federación", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, n.º 46 (2018): 2.

[13] Existieron reformas a la Ley Federal del Trabajo en 1970 y 1980, las cuales pretendieron ajustar los procedimientos laborales. También, reformas a la carta magna vinculadas a las entidades reguladoras de los salarios mínimos. Véase Porfirio Marquet Guerrero, "Fuentes y antecedentes del derecho mexicano del trabajo". En *Derechos Humanos en el trabajo y la seguridad social. Liber Amicorum: en homenaje al doctor Jorge Carpizo* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2014), acceso el 14 de octubre de 2022, https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3684-derechos-humanos-en-el-trabajo-y-la-seguridad-social-liber-amicorum-en-homenaje-al-doctor-jorge-carpizo.

[14] Dicha reforma adquiere relevancia pues se introdujo por primera ocasión la definición de trabajo decente o digno. Además, se tocaron temas como: la regulación de esquemas de subcontratación, de trabajo a domicilio y a distancia; el reconocimiento y la protección de los derechos laborales de los grupos vulnerables; la obligación de proporcionar y recibir capacitación o adiestramiento, así como disposiciones vinculadas a la procuración en la impartición de justicia laboral, mediante la profesionalización y la armonización de las normas de trabajo, tanto adjetivas como sustantivas. A pesar de ese esfuerzo, los retrasos y la no materialización en el derecho fundamental de acceso a la justicia se siguieron manteniendo.

[15] Para el análisis de la reforma laboral de 2012 puede consultarse: Rafael Adrián Avante Juárez, *Reforma laboral* (México: FCE, 2017), 15; José Alfonso Bouzas Ortiz, "Las reformas laborales algunos años después de su realización", en *Trabajo y derechos en México. Nuevas afectaciones a la ciudadanía laboral*. Coord. por Mauricio Padrón Innamorato *et al.* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018), 61; Porfirio Marquet Guerrero, "Fuentes y antecedentes del derecho mexicano del trabajo", en *Derechos humanos en el*

sujetos laborales, dado que no logró el anhelado incremento de empleos,[16] precarizó y flexibilizó en buena medida el empleo inicial[17] y, además, redujo el monto de cuantificación de los salarios caídos. No se modificó la estructura laboral, ni tampoco se fortaleció la libre contratación colectiva.[18] Aun cuando hubo intentos de profesionalizar la justicia laboral, las medidas para abatir el rezago, las extremas formalidades procesales y la industria del litigio fueron insuficientes.

En suma, por muchos años, el panorama laboral en el país no fue nada alentador. Los pretendidos ajustes normativos e institucionales no fueron exitosos debido a que continuó la flexibilidad laboral, la precariedad, los bajos salarios, los contratos de protección y el deficiente acceso a la impartición de justicia.

2. El nuevo modelo de justicia laboral en México. Su enfoque en derechos sociales

Corresponde analizar algunos de los elementos normativos del cambio en el mundo laboral en México, desde un enfoque de los derechos sociales. Para ello, se hará referencia primeramente a su concepción actual, para luego configurar los derechos fundamentales en forma esquemática.

---

trabajo y la seguridad social. Liber Amicorum: en homenaje al doctor Jorge Carpizo. Coord. por Patricia Kurczyn Villalobos (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2014), 243-280; Alfredo Sánchez Castañeda y Carlos Reynoso Castillo, "La nueva legislación laboral mexicana", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, n.º 18 (2014), 185-191. https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/article/view/9739/11767; Carlos Alberto Puig Hernández, *Conflictos laborales. Procedimiento ordinario ante las juntas de conciliación y arbitraje. Reformas y adiciones del 2012 a la Ley Federal del Trabajo* (México: Porrúa, 2016), 37-40.

[16] Por el contrario, la reforma de 2012 fue catalogada como "antidemocrática", en virtud de que despojó a los trabajadores de la estabilidad en el empleo, debilitó a los sindicatos disminuyendo con ello la efectividad de la contratación colectiva y nulificando la capacidad de resistencia y conquista de la huelga; véase José Dávalos, "Reforma laboral antidemocrática", en *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, t. IV, vol. 1. Coord. por Miguel Carbonell Sánchez *et al.* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015), 513-532.

[17] Debido a las modalidades contractuales de la reforma (contrato de trabajo a prueba, contrato de trabajo de temporada y contrato para la capacitación inicial). Al respecto, véase Jaime Allier Campuzano, *La interpretación pro operario de las reformas laborales* (México: Porrúa, 2018), 1-8.

[18] Arturo Alcalde Justiniani, "Una inesperada e histórica reforma laboral en México", en *Reforma al artículo 123 constitucional*. Coord. por Luis Manuel Díaz Mirón Álvarez *et al.* (México: Tirant lo Blanch, 2017), 42. Si bien se contempló el voto secreto para la elección de representantes sindicales, esa garantía no se amplió para resolver titularidades intergremiales ni para la firma de CCT. Temas como la subcontratación y la elección de dirigentes por voto secreto fueron ignorados en la práctica y se terminaron por imponer los grupos corporativos, en tanto la política pública permanecía inmóvil ante dicho escenario.

De inicio puede apreciarse que los derechos sociales representan el género próximo del derecho del trabajo. En ellos debe ubicarse cada una de las normas laborales a fin de lograr, bajo un pleno garantismo, su concepción y, sobre todo, su exigibilidad. A eso conduce la configuración del Estado social,[19] el cual ha sido modulado por numerosas constituciones.[20]

Esa concepción busca el rescate y la promoción de los derechos fundamentales de tipo social, por tratarse de una decisión política fundamental, conocida doctrinalmente como "cláusula del Estado social". En su idea primigenia descansa el intento de remediar la desigualdad material de los ciudadanos, sometidos a las leyes del mercado, cuya vigencia a lo largo del tiempo ha generado profundas diferencias sociales.[21]

En ese sentido, la construcción de los derechos sociales representa un cambio toral en la concepción liberal del derecho, al implicar un ajuste en el entendimiento que mantienen los Estados en materia de derechos fundamentales.[22] Esto permite establecer las raíces normativas de los derechos sociales como la plataforma que facilita el desarrollo de los principios de dignidad humana y de igualdad, en su vertiente material o fáctica,[23] tanto de los trabajadores como de los empleadores y los sindicatos.

---

[19] Los problemas que conservan los Estados constitucionales actuales, especialmente la íntima vinculación que mantienen el Estado de derecho y el Estado social, se resolverán solamente con una diferenciación interna de su estructura jurídica-institucional, en la que se garantice la multiplicación e institución de garantías jurídicas de tutela, no solo de los derechos y de las libertades individuales tradicionales, sino también de los derechos sociales, mediante su generalización y exigibilidad judicial (Luigi Ferrajoli, "Estado social y Estado de Derecho", en *Derechos sociales. Instrucciones de uso*. Comp. por V. Abramovich *et al.* [México: Fontamara, 2006], 12).

[20] Antonio Enrique Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, 7.ª ed. (Madrid: Tecnos, 1988), 38-40. Se afirma que se trata deliberadamente de establecer un marco de derechos fundamentales integrado tanto por libertades públicas, que tienden a garantizar las situaciones individuales, como por derechos sociales. Esto último, como una ampliación del estatuto correspondiente a los derechos sociales, siendo una medida para satisfacer las necesidades de carácter económico, cultural y social que conforman el "signo definitorio de nuestra época".

[21] Beatriz González Moreno, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales* (Madrid: Civitas, 2002), 38-39. Se tiene el problema en torno al Estado social, dada la multiplicidad de conceptos, pues da pie a un gran abanico de contenidos: desde las reivindicaciones de tipo laboral, hasta el fenómeno de la salud, la atención a la tercera edad, el acceso a la cultura, o la tutela del medio ambiente.

[22] Miguel Carbonell, "Breves reflexiones sobre los derechos sociales", en *Memorias del Seminario Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (México: Secretaría de Relaciones Exteriores, Comisión Europea, 2005), 41-72. El autor hace estas afirmaciones para ubicar la complejidad que revierte la vigencia de los derechos sociales, respecto de la cual, asegura, requiere de varios elementos: "una cierta organización estatal, un apoyo social de un conjunto de actitudes cívicas y un compromiso democrático serio".

[23] La materialización de las ideas vinculadas con los derechos sociales y la igualdad debe remontarse a un proceso de generalización de los derechos, que en el siglo XIX y principios del XX introdujo en las constituciones los derechos de protección de los trabajadores, la limitación de la propiedad, así como la regulación detallada del derecho a la educación, tal como

En esta idea puede reiterarse la concepción de los derechos sociales desde un plano doméstico, como una denominación común que, al menos desde la materia del trabajo, se formula en el ámbito local de fuente constitucional. En ello no se desconoce que en el plano internacional se vislumbran como derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Desca).[24]

Este acercamiento tangencial a la noción de los derechos sociales permite encontrar una referencia significativa para dotar de mayor orden y entendimiento al concepto de justicia social, motor indispensable del nuevo sistema laboral en México, cuya raíz, como se busca dejar de manifiesto, tiene su base precisamente en los referidos derechos sociales.

Específicamente, para fines del presente trabajo se considera que los derechos sociales de tipo laboral se manifiestan como obligaciones estatales que suponen la creación de normas permisivas o facultativas, y no la simple ausencia de prohibición. Debe aclararse, además, que esas normas permisivas en ocasiones establecen consecuencias jurídicas relevantes, derivadas precisamente de ese permiso original.

Así, los derechos sociales pueden asimilarse a los clásicos derechos de libertad, en cuanto a su estructura y organización, entendidos como facultativos a prestaciones en sentido amplio, o bien, como derechos de protección,[25] entre los que destacan la libertad sindical, el derecho de huelga, así como el derecho al trabajo.

Precisado lo anterior, es oportuno señalar que la reforma constitucional de 2017 sorprendió por la trascendencia de sus postulados y la unanimidad política para su aceptación por el poder reformador de la carta fundamental.[26]

En el plano interno, como se explicó, eran numerosas las voces que reclamaban un ajuste en las normas, al menos secundarias, las formas y los elementos de regulación del mundo laboral en México. La flexibilidad y precariedad laboral, los bajos salarios y demás prestaciones laborales representaron un elemento detonante. De la

---

sucedió en la Constitución de 1917 en México, o bien en 1919 en la Constitución de Weimar. Véase José García Añón, "Derechos sociales e igualdad", en *Derechos sociales. Instrucciones de uso*. Comp. por Víctor Abramovich *et al*. (México: Fontamara, 2006), 79.

[24] Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Madrid: Trotta, 2002), 19 y 120-121. Resultan sumamente ilustrativas las ideas formuladas por los autores para distinguir entre los DESCA y los derechos sociales, en función de los sujetos obligados desde el punto de vista internacional –el Estado–, y cómo las distintas ramas del derecho nacional son reguladas a través de la matriz disciplinaria del derecho social, que en algunos casos contienen obligaciones para los particulares.

[25] Gregorio Peces Barba, "Reflexiones sobre los derechos sociales", en *Derechos sociales y ponderación*. Ed. por Robert Alexy (México: Fontamara, 2010), 93. La distinción por categorías que hace el autor se debe a las dificultades para la consideración de los derechos sociales como derechos plenos, al ser difícilmente justiciable el esfuerzo económico cuantioso que suponen.

[26] Arturo Alcalde Justiniani, "Una inesperada e histórica reforma laboral en México", en *Reforma al artículo 123 constitucional*. Coord. por Luis Manuel Díaz Mirón Álvarez (México: Tirant lo Blanch, 2017), 40-42. Es interesante la manera en que el autor muestra cómo se confrontaron las visiones empresariales y el sindicalismo independiente en varios ejercicios de discusión.

misma forma, el plano colectivo requería un cambio, vinculado a la libertad sindical, democracia y libre contratación. En todo ello destacaba, además, una deficiente realización del derecho fundamental de acceso efectivo a la justicia.

En el plano internacional, la futura suscripción del Acuerdo Asia-Pacífico (TTP)[27] exigía a nuestro país el ajuste en el mundo laboral, a fin de que resultara competitivo con la inversión extranjera, a raíz de la vigencia de las condiciones imperantes en la región. De igual forma, diversas recomendaciones de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT)[28] dejaron de manifiesto la existencia de numerosos contratos de protección patronal que inhibían la libre negociación colectiva y, sobre todo, la libertad sindical. Esto incluía a los órganos registrales y de solución de controversias, como la Secretaría del Trabajo y las Juntas de Conciliación y Arbitraje.

La reforma constitucional pretendió resolver esa distorsión mediante la modificación sustancial de dos artículos, el 123 y 107 de la Constitución mexicana,[29] relacio-

---

[27] La Secretaría de Relaciones Exteriores emitió un memorándum de antecedentes en relación con el Tratado de Asociación Transpacífico, en el cual se detallan las obligaciones que traía consigo dicho instrumento internacional (Secretaría de Relaciones Exteriores de México, "Memorándum de antecedentes. Tratado de Asociación Transpacífico", 4 de febrero de 2016, acceso el 21 de junio de 2022, https://www.senado.gob.mx/comisiones/relext_ap/docs/MEMORANDUM_TPP.pdf.

[28] Oficina Internacional del Trabajo (OIT), Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *Aplicación de las normas internacionales del trabajo 2016 (1). Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Conferencia Internacional del Trabajo, 105ª reunión, 2016, correspondiente al Informe III (Parte 1A) (OIT: Ginebra, 2016), 103-105, acceso el 3 de junio de 2022, https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2016-105-1A).pdf. Como ejemplo, en dicho informe de 2016 se indicó: "La Comisión pide al Gobierno que envíe sus comentarios al respecto, al tiempo que le alienta a seguir examinando mediante un diálogo constructivo con los interlocutores sociales los problemas que plantean las organizaciones sindicales en relación con las juntas de conciliación y arbitraje en lo concerniente al ejercicio de los derechos sindicales consagrados en el Convenio".

[29] Dichos numerales, en lo que interesa, disponen lo siguiente:

"Artículo 107. […]

V. […] d) En materia laboral, cuando se reclamen resoluciones o sentencias definitivas que pongan fin al juicio dictadas por los tribunales laborales locales o federales o laudos del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje de los Trabajadores al Servicio del Estado y sus homólogos en las entidades federativas;

Artículo 123. […]

A. […] XVIII. Las huelgas serán lícitas cuando tengan por objeto conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital. En los servicios públicos será obligatorio para los trabajadores dar aviso, con diez días de anticipación, a los tribunales laborales, de la fecha señalada para la suspensión del trabajo. Las huelgas serán consideradas como ilícitas únicamente cuando la mayoría de los huelguistas ejerciera actos violentos contra las personas o las propiedades, o en caso de guerra, cuando aquéllos pertenezcan a los establecimientos y servicios que dependan del Gobierno.

Cuando se trate de obtener la celebración de un contrato colectivo de trabajo se deberá acreditar que se cuenta con la representación de los trabajadores.

XIX. Los paros serán lícitos únicamente cuando el exceso de producción haga necesario suspender el trabajo para mantener los precios en un límite costeable, previa aprobación de los tribunales laborales.

XX. La resolución de las diferencias o los conflictos entre trabajadores y patrones estará a cargo de los tribunales laborales del Poder Judicial de la Federación o de las entidades federativas, cuyos integrantes serán designados atendiendo a lo dispuesto en los artículos 94, 97, 116 fracción III, y 122 Apartado A, fracción IV de esta Constitución, según corresponda, y deberán contar con capacidad y experiencia en materia laboral. Sus sentencias y resoluciones deberán observar los principios de legalidad, imparcialidad, transparencia, autonomía e independencia.

Antes de acudir a los tribunales laborales, los trabajadores y patrones deberán asistir a la instancia conciliatoria correspondiente. En el orden local, la función conciliatoria estará a cargo de los Centros de Conciliación, especializados e imparciales que se instituyan en las entidades federativas. Dichos centros tendrán personalidad jurídica y patrimonio propios. Contarán con plena autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión. Se regirán por los principios de certeza, independencia, legalidad, imparcialidad, confiabilidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, transparencia y publicidad. Su integración y funcionamiento se determinará en las leyes locales.

La ley determinará el procedimiento que se deberá observar en la instancia conciliatoria. En todo caso, la etapa de conciliación consistirá en una sola audiencia obligatoria, con fecha y hora debidamente fijadas de manera expedita. Las subsecuentes audiencias de conciliación sólo se realizarán con el acuerdo de las partes en conflicto. La ley establecerá las reglas para que los convenios laborales adquieran condición de cosa juzgada, así como para su ejecución.

En el orden federal, la función conciliatoria estará a cargo de un organismo descentralizado. Al organismo descentralizado le corresponderá, además, el registro de todos los contratos colectivos de trabajo y las organizaciones sindicales, así como todos los procesos administrativos relacionados.

El organismo descentralizado a que se refiere el párrafo anterior contará con personalidad jurídica y patrimonio propios, plena autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión. Se regirá por los principios de certeza, independencia, legalidad, imparcialidad, confiabilidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, transparencia y publicidad. Su integración y funcionamiento se determinará en la ley de la materia.

Para la designación del titular del organismo descentralizado a que se refiere el párrafo anterior, el Ejecutivo Federal someterá una terna a consideración de la Cámara de Senadores, la cual previa comparecencia de las personas propuestas realizará la designación correspondiente. La designación se hará por el voto de las dos terceras partes de los integrantes de la Cámara de Senadores presentes, dentro del improrrogable plazo de treinta días. Si la Cámara de Senadores no resolviere dentro de dicho plazo, ocupará el cargo aquél que, dentro de dicha terna, designe el Ejecutivo Federal.

En caso de que la Cámara de Senadores rechace la totalidad de la terna propuesta, el Ejecutivo Federal someterá una nueva, en los términos del párrafo anterior. Si esta segunda terna fuere rechazada, ocupará el cargo la persona que dentro de dicha terna designe el Ejecutivo Federal.

El nombramiento deberá recaer en una persona que tenga capacidad y experiencia en las materias de la competencia del organismo descentralizado; que no haya ocupado un cargo en algún partido político, ni haya sido candidato a ocupar un cargo público de elección popular en los tres años anteriores a la designación; y que goce de buena reputación y no haya sido condenado por delito doloso. Asimismo, deberá cumplir los requisitos que establezca la ley. Desempeñará su encargo por períodos de seis años y podrá ser reelecto por una sola ocasión. En caso de falta absoluta, el sustituto será nombrado para concluir el periodo respectivo. Sólo podrá ser removido por causa grave en los términos del Título IV de esta Constitución y no

nados con el derecho del trabajo y el juicio de amparo. Para la plena comprensión de ese ajuste, su estudio debe realizarse a partir de la concepción de diversos derechos fundamentales de carácter social que se agregaron al constitucionalismo social mexicano. Según se indicó, se pretendió fortalecer el acceso efectivo a la justicia en materia de trabajo, así como apuntalar importantes derechos colectivos relacionados con la libertad y democracia sindical, así como la libre contratación colectiva.

Destaca la importancia de asumirlos con el carácter de derechos sociales, por estar en presencia de una referencia significativa para encontrar un mayor orden y soporte a la justicia social anhelada en el nuevo sistema de justicia laboral en México. A continuación se sistematizan, correlacionándolos con algunas generalidades de la legislación secundaria (Ley Federal del Trabajo), promulgada el 1 de mayo de 2019.[30]

---

podrá tener ningún otro empleo, cargo o comisión, con excepción de aquéllos en que actúen en representación del organismo y de los no remunerados en actividades docentes, científicas, culturales o de beneficencia.

XXI. Si el patrono se negare a someter sus diferencias al arbitraje o a cumplir con la resolución, se dará por terminado el contrato de trabajo y quedará obligado a indemnizar al obrero con el importe de tres meses de salario, además de la responsabilidad que le resulte del conflicto. Esta disposición no será aplicable en los casos de las acciones consignadas en la fracción siguiente. Si la negativa fuere de los trabajadores, se dará por terminado el contrato de trabajo.

XXII Bis. Los procedimientos y requisitos que establezca la ley para asegurar la libertad de negociación colectiva y los legítimos intereses de trabajadores y patrones deberán garantizar, entre otros, los siguientes principios:

a) Representatividad de las organizaciones sindicales, y

b) Certeza en la firma, registro y depósito de los contratos colectivos de trabajo.

Para la resolución de conflictos entre sindicatos, la solicitud de celebración de un contrato colectivo de trabajo y la elección de dirigentes, el voto de los trabajadores será personal, libre y secreto. La ley garantizará el cumplimiento de estos principios. Con base en lo anterior, para la elección de dirigentes, los estatutos sindicales podrán, de conformidad con lo dispuesto en la ley, fijar modalidades procedimentales aplicables a los respectivos procesos. […]

XXVII. […] b) Las que fijen un salario que no sea remunerador a juicio de los tribunales laborales. […]

XXXI. […] c) Materias:

1. El registro de todos los contratos colectivos de trabajo y las organizaciones sindicales, así como todos los procesos administrativos relacionados;

2. La aplicación de las disposiciones de trabajo en los asuntos relativos a conflictos que afecten a dos o más entidades federativas;

3. Contratos colectivos que hayan sido declarados obligatorios en más de una entidad federativa;

4. Obligaciones patronales en materia educativa, en los términos de ley, y

5. Obligaciones de los patrones en materia de capacitación y adiestramiento de sus trabajadores, así como de seguridad e higiene en los centros de trabajo, para lo cual, las autoridades federales contarán con el auxilio de las estatales, cuando se trate de ramas o actividades de jurisdicción local, en los términos de la ley correspondiente".

[30] Para un estudio particular de la reforma a la Ley Federal del Trabajo, véase María del Rosario Jiménez Moles y Héctor Arturo Mercado López, coords., *Reforma laboral de 2019 a debate* (México: Tirant lo Blanch, 2019); los mismos coordinadores en *Modelos de justicia laboral iberoamericana: homenaje a Pedro Guglielmetti* (México: Tirant lo Blanch, 2019); Patricia Kurczyn Villalobos y Óscar Zabala Gamboa, coords., *A cinco años de la reforma*

2.1. Derecho fundamental de acceso efectivo a la justicia laboral

De manera específica, en cuanto al derecho fundamental de acceso efectivo a la justicia laboral, se incorporó una transformación al procedimiento en general. Ahora se compone, de manera inédita para alguna otra materia procesal, de una conciliación prejudicial y obligatoria, así como de una jurisdicción a cargo de órganos del poder judicial, local o federal, según la competencia de los casos.

Ese derecho fundamental de acceso a la justicia, en su doble vertiente, se configura a partir del contenido de las nuevas fracciones del artículo 107[31] con los siguientes rasgos básicos. Por un lado, en la obligación del Estado de garantizar diversas opciones de solución a las diferencias laborales (trabajadores, empleadores y sindicatos). Antes de acudir a los tribunales laborales, los trabajadores y patrones deberán asistir a la instancia conciliatoria correspondiente. De esta forma, el Estado mexicano apuesta por un sistema multipuertas que permitirá a los ciudadanos alcanzar la solución de sus conflictos por diversas vías.

Esta es una etapa fuera de juicio, como un verdadero método alterno de solución de conflictos,[32] en el que se busca que un tercero facilite el diálogo y la solución.

---

laboral: efectos, perspectivas y retos. Homenaje a Néstor de Buen Lozano (México: Tirant lo Blanch, 2019); Ricardo Monreal Ávila, *El nuevo sistema de justicia laboral* (México: Porrúa, 2019); Sergio Javier Molina Martínez, *El nuevo sistema de justicia laboral en México* (México: Porrúa, 2020).

[31] En otro texto ya se ha profundizado en el estudio sistemático de esas disposiciones. Sergio Javier Molina Martínez, "El nuevo sistema procesal laboral mexicano: los principios que ahora deben conformarlo", *Oris Prudens, Revista Mexicana de Justicias Orales,* n.º 2, Año I, n.º 2 (2018): 79, https://sergiomolina.com.mx/revista-mexicana-de-justicias-orales/. Si bien es cierto que la reforma constitucional de 2017 es considerada como un cambio de paradigma, puesto que estableció las bases para la configuración de nuevas relaciones entre trabajadores, empleadores y sindicatos, incorporando al respecto tópicos como conciliación, democracia y libertad sindical, así como la traslación de la impartición de justicia –cuyo origen estaba en manos de las juntas de conciliación y arbitraje, mientras que, derivado de la reforma constitucional ahora se encuentra depositada en el Poder Judicial, ya sea federal o local–, no menos cierto es que careció de la técnica legislativa para clarificar los alcances que debería tener el derecho procesal.

[32] En ese sentido, puede consultarse a Christopher Moore, *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos* (Buenos Aires: Granica, 1995); Harold I. Abrahamson, *Mediation representation. Advocating as a problema-solver,* 3.ª ed. (Boston: Aspen Coursebook, 2013), 552; Jane Hodgson, *Negociar con éxito: Técnicas y estrategias para una buena negociación* (Barcelona: Ediciones Folio, 1995), 192; Roger Fisher y William Ury, *Getting to yes. Negotiating agreement without giving in* (London: Penguin Books, 2011), 204; Roman Gil Alburquerque, "Concepto y técnica de la mediación en el conflicto laboral". En *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, 3.ª ed. Dir. por Helena Sotelo Muñoz, coord. por Emiliano Carretero Morales y Cristina Ruiz López (Madrid: Tecnos, 2017), 98-115; Suzanne McCorkle y Melanie J. Reese, *Mediation. Theory & Practice,* 3.ª ed. (London: Sage, 2019), 250. Véase, además, Sergio Javier Molina Martínez, "La conciliación en el nuevo sistema de justicia laboral. Elementos para su entendimiento y capacitación efectiva", en *El Nuevo*

Representa, también, un requisito previo de la acción, además de la obligación estatal de garantizar el funcionamiento de los centros de conciliación locales.

En el orden local, la función conciliatoria estará a cargo de los centros de conciliación especializados que determinen las entidades federativas. Dichos centros tendrán personalidad jurídica y patrimonio propios; contarán con plena autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión; se regirán por los principios de certeza, independencia, legalidad, imparcialidad, confiabilidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, transparencia y publicidad.[33] De igual forma, se establecen principios para el desempeño de la función conciliatoria y el deber de especialización para sus funcionarios

Asimismo, se establece la obligación de la constitución del Centro de Conciliación Federal. De esta manera, en el orden federal, la función conciliatoria estará a cargo de un organismo descentralizado, al que le corresponderá el registro de todos los contratos colectivos de trabajo y las organizaciones sindicales, así como todos los procesos administrativos relacionados.[34] Dicha entidad contará con personalidad jurídica y patrimonio propios, plena autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión. Asimismo, se regirá por los principios de certeza, independencia, legalidad, imparcialidad, confiabilidad, eficacia, objetividad,

---

Sistema de Justicia Laboral en México. Coord. por Eugenio Raúl Zafarroni (México: Porrúa México, 2021), 1-42.

[33] A manera de ejemplo, la legislación del estado de Guanajuato lo regula de la siguiente forma en sus numerales 2° y 5°, que disponen: "Artículo 2. El Centro de Conciliación Laboral del Estado de Guanajuato es un organismo público descentralizado de la Administración Pública Estatal sectorizado a la Secretaría de Gobierno, con personalidad jurídica y patrimonio propios, especializado e imparcial, con plena autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión. El Centro de Conciliación Laboral del Estado de Guanajuato tiene por objeto ofrecer la función conciliatoria laboral, para sustanciar el procedimiento de conciliación que deberán agotar trabajadores y patrones en asuntos del orden local. Así como colaborar con el Tribunal de Conciliación y Arbitraje para los Trabajadores al Servicio del Estado y de los Municipios, en el proceso de conciliación de los conflictos laborales que se susciten entre el Estado y los trabajadores que integran la administración pública del Estado, y entre los municipios y los trabajadores que integran la administración pública municipal, y ofreciendo a éstos, una instancia eficaz y expedita para ello. Para lo no previsto en la presente Ley, se aplicará de forma supletoria lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo y la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo para el Estado de Guanajuato.

Artículo 5. La operación del Centro se regirá por los principios de certeza, independencia, igualdad, legalidad, imparcialidad, confiabilidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, transparencia, publicidad y voluntariedad" (Congreso del Estado de Guanajuato, Ley Orgánica del Centro de Conciliación Laboral del Estado de Guanajuato, de 22 de diciembre de 2020).

[34] La Ley Federal del Trabajo dispone que los tribunales laborales se compondrán del personal necesario de conformidad con lo establecido en el artículo 605, que dispone lo siguiente: "Los Tribunales federales, de las entidades federativas y de la Ciudad de México, estarán a cargo cada uno, de un juez y contarán con los secretarios, funcionarios y empleados que se juzgue conveniente, determinados y designados de conformidad con la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación o de la Ley Orgánica del Poder Judicial Local según corresponda".

profesionalismo, transparencia y publicidad. Su integración y funcionamiento se determinan en la ley de la materia.

Debe agregarse la obligación de establecer jurisdicción especializada. La resolución de las diferencias entre trabajadores y patrones estará a cargo de los tribunales laborales del Poder Judicial de la Federación (PJF) o de las entidades federativas. De esta forma, se abandonan los órganos tripartitos de impartición de justicia.[35]

Con ello, el Estado mexicano se inscribe en las tendencias de reformas en América Latina de establecer una justicia especial e independiente para resolver los casos laborales.

Finalmente, están los contenidos materiales de las sentencias y garantías de actuación de los juzgadores. Las sentencias que se emitan deberán observar los principios de legalidad, imparcialidad, transparencia, autonomía e independencia. Para los juzgadores se exigen actitudes de imparcialidad, autonomía e interdependencia, como virtudes judiciales. Como producto de esa condición de actuación en los actos de los juzgadores se obliga a que sus sentencias cumplan con la legalidad y la transparencia; dichas obligaciones pasan por el tamiz de los principios del nuevo procedimiento laboral.[36]

Con los elementos indicados, en forma novedosa para la materia del trabajo, pero no así para otras áreas del derecho, surgen los tribunales laborales. Este ajuste es un cambio de paradigma, al depositar en el Poder Judicial la solución de las controversias suscitadas en las relaciones de trabajo. Se emprende así un nuevo sendero que debería conducir a la justicia social, donde el juez, en su carácter de director del proceso, debe regirse por principios como el de legalidad, imparcialidad, transparencia, autonomía e independencia. También resalta la etapa previa y obligatoria de acudir a la conciliación laboral, única en su tipo en el derecho procesal nacional.

Lo así planteado, en su significación como derecho fundamental de carácter social –de acuerdo con una visión genérica–, puede asociarse con el derecho al empleo, tal como lo ha propuesto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

---

[35] La Ley Federal del Trabajo dispone que los tribunales laborales se compondrán del personal necesario de conformidad con lo establecido en el artículo 605, que dispone lo siguiente: "Los Tribunales federales, de las entidades federativas y de la Ciudad de México, estarán a cargo cada uno, de un juez y contarán con los secretarios, funcionarios y empleados que se juzgue conveniente, determinados y designados de conformidad con la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación o de la Ley Orgánica del Poder Judicial Local según corresponda".

[36] Para la solución de los conflictos laborales, se mantienen los diversos tipos de procedimientos que existían, tales como: i) el ordinario, ii) el especial que contempla a los individuales de seguridad social, iii) los especiales colectivos que incluyen las titularidades de la contratación colectiva, iv) de huelga, v) los colectivos de naturaleza económica, vi) de tercería y preferencias de crédito, vii) los voluntarios o paraprocesales, viii) el de ejecución, al que se incorpora el acatamiento de los convenios celebrados ante el centro de conciliación respectivo que no fueron cumplidos. La tramitación de los asuntos presentados ante el tribunal laboral, dependiendo del tipo de procedimiento que corresponda, tendrá dos fases: una primera escrita a cargo de una novedosísima figura denominada secretario instructor y otra oral conducida por el juez laboral.

En ese sentido, señala que la protección del derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado, se traduce en los "deberes" no solo para acompañar el acceso a un empleo digno, sino a la prohibición de despidos injustificados, e incluso en el establecimiento de un recurso judicial efectivo que lo califique.[37]

Esta forma de entender al derecho del trabajo es la que permeó en buena medida al constituyente en 2017. Para el diseño del cambio fue necesario nutrirlo de una visión amplia que enlazara no solo la garantía para la obtención de un empleo como tal, sino el establecimiento de condiciones mínimas (dignas) en el mismo, así como la necesaria apertura de puertas para poder dirimir las controversias que se presenten durante el proceso que dure la relación subordinada.

En esa medida, desde la Constitución se tiene la configuración de una verdadera etapa conciliatoria prejudicial y de asistencia obligatoria, que se desarrolla en una sola audiencia –las subsecuentes a voluntad de las partes– y donde los convenios adquieren la condición de cosa juzgada. Se está frente a una revolucionaria forma de encarar la resolución de conflictos laborales, puesto que los mecanismos alternativos para la solución de controversias, a través de la conciliación, buscan la cohesión social, es decir, deconstruir la cultura del litigio, incorporando en su lugar la posibilidad de que las partes realmente escuchen sus respectivas demandas.[38]

2.2. Derecho fundamental de libertad sindical y de contratación colectiva

Ahora bien, en relación con los derechos de tipo gremial, en la Constitución se tienen normas que pretenden conformar verdaderos derechos colectivos, mediante garantías que tienen como objetivo materializar y hacer efectiva la libertad sindical y la libre contratación colectiva, sea con base en restricciones al propio poder público o a los particulares, o bien como acciones positivas a cargo del Estado, como se expuso.

Esta nueva concepción normativa se encuentra contenida en el referido artículo 123 de la carta mexicana, que en su conjunto pretende renovar el sindicalismo en México. En forma genérica, sus detalles implican, por una parte, la representatividad de los trabajadores al momento de obtener la celebración de un contrato de trabajo, en específico lo relacionado con el emplazamiento a huelga. Constituye un aseguramiento individual y colectivo que fomenta la libertad sindical y la representación

---

[37] Corte IDH, Caso Lagos del Campo *vs.* Perú, Sentencia de 31 de agosto de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 340, párrafo 141, acceso el 12 de junio de 2022, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf. Aludió expresamente a las "obligaciones del Estado en cuanto a la protección del derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado, se traduce en principio en los siguientes deberes".

[38] Al respecto, véase Emiliano Carretero Morales, "La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos. Las ventajas de los MASC". En *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos,* 3.ª ed. Dir. por Helena Soleto Muñoz, coord. por Emiliano Carretero Morales y Cristina Ruiz López (Madrid: Tecnos, 2017), 98-115.

de la voluntad de los trabajadores, al asegurar que la suscripción de los contratos colectivos iniciales emane verdaderamente de la expresión directa de los intereses de los trabajadores. A la vez, busca proteger a los patrones en contra de los actos de extorsión por la firma de un contrato colectivo.

Con motivo de la simulación en esos procedimientos de suscripción de acuerdos colectivos, en los cuales se presenta la extorsión de las empresas bajo la amenaza de una huelga, se previó desde la Constitución la necesidad de que realmente esos trámites surgieran directamente de la voluntad de la organización sindical, y no de simples membretes. En ese sentido, se convierte en una obligación impuesta a las autoridades públicas para que exijan dicha representación a las organizaciones sindicales que pretenden realizar alguna actuación vinculada con la suscripción de un contrato inicial.

Esa exigencia implica un elemento de legitimidad procesal –y de libertad sindical–, para ejercitar ante los tribunales el derecho de huelga para la firma de un contrato colectivo de trabajo inicial por los verdaderos representantes de los trabajadores. Mantiene, además, una íntima vinculación con la diversa fracción XXII *bis* del artículo 123 Constitucional, apartado A, donde se exige el mismo elemento para la revisión de los contratos colectivos de trabajo.[39]

En otro aspecto, esos derechos colectivos implican el trámite que se debe seguir en las huelgas y los paros, y constituye el deber de abstenerse de impedir el ejercicio de un derecho sindical por los tribunales laborales, cuando se reúnan los requisitos tasados legalmente. Implica un ajuste en la denominación del órgano jurisdiccional que debía recibir el trámite de aviso en la suspensión de servicios públicos con diez días de anticipación (en caso de huelgas), así como la aprobación de los paros lícitos. Antes se hacía referencia a las juntas, mientras que ahora a los tribunales laborales. Esto parecía un elemento de actualización en la nomenclatura; sin embargo, representó una cuestión que posteriormente marcaría una interpretación en los procedimientos de los conflictos colectivos.

Ese ajuste constitucional fue determinante para establecer, en una interpretación funcional de dichas disposiciones, que en el tema de derechos colectivos los trámites deberían ser directamente ante los tribunales laborales, y no ventilar alguna actuación dentro de la conciliación prejudicial obligatoria.

También se comprende la regulación en competencia federal de los temas relacionados con el registro sindical, la firma y el depósito de contratos colectivos de trabajo, así como las tareas administrativas relacionadas. Estos son deberes que asume el poder público para asegurar el ejercicio de los derechos de libertad sindical

[39] El procedimiento para la obtención de la constancia de representatividad, documento sin el cual no puede realizarse el emplazamiento a huelga en un centro de trabajo, se encuentra regulado en los artículos 390-Bis y 390-Ter, de la Ley Federal del Trabajo. En ellos, además, se fijan las reglas para la celebración, firma y revisión de los contratos colectivos de trabajo a través de un procedimiento democrático que involucra la voluntad directa de los trabajadores.

y libre contratación colectiva, en un nivel exclusivo de competencia federal. Desde hacía tiempo se pretendía excluir del conocimiento de los temas relacionados con la vida sindical a las juntas locales de conciliación, dada la falta de independencia y autonomía vigente en ellas.

En la exposición de motivos no existió referencia alguna para ubicar la figura o institución similar para dicha materia registral; simplemente se aludió a la necesidad de asegurar las cuestiones sindicales en un organismo descentralizado con autonomía, personalidad jurídica y patrimonio propio.

Sin embargo, la idea de crear un registro de organizaciones sindicales y contratos colectivos representaba aspiración recurrente. Por lo menos desde 2002, la Unión Nacional de Trabajadores (UNT) planteó la creación de un Registro Nacional de Organizaciones Sindicales y Contratos Colectivos, como un organismo público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, facultado para operar nacionalmente el registro de sindicatos y contratos colectivos, así como para decidir en los conflictos de titularidad de dichos contratos. La finalidad de esa entidad se centraba en la existencia de una corrupción y simulación en el mundo sindical.[40]

Finalmente, se establecen reglas y contenido del derecho de la libertad sindical y libertad de contratación colectiva mediante legítimos representantes de trabajadores y patrones. Esos objetivos se logran, en primer término, con la garantía del uso del voto personal, libre y secreto en la toma de las decisiones más importantes de los sindicatos, como la elección de sus dirigentes, la solución de los conflictos de titularidad y la firma de contrato colectivo de trabajo. En segundo lugar, en la representatividad de las organizaciones sindicales, así como en los elementos de actuación estatal para que exista certeza en la firma, el registro y el depósito de los acuerdos colectivos.

Ambos aspectos se convierten en obligaciones constitucionales impuestas a los poderes públicos para que aseguren las formas que el legislador constitucional previó como elementos básicos para la libertad sindical y la libre contratación. De la misma manera, son elementos impuestos a los particulares –en tanto entes sociales– para que en su actuar y toma de decisiones garanticen los derechos fundamentales en cita, con la finalidad de formalizar también la libertad sindical individual.

Dentro de la nueva configuración de derechos laborales –que de acuerdo con lo que se ha planteado abarca dos rubros, el individual y el colectivo–, se ha partido

---

[40] Eugenio Narcia Tovar, "Registro público de sindicados y contratos colectivos de trabajo". En *La reforma laboral que necesitamos. ¿Cómo transitar a una auténtica modernización laboral?* Coord. José Alfonso Bouzas Ortiz, 185-194. El autor confronta temáticamente las iniciativas existentes en 2004, cuando se discutía el "Proyecto Abascal" de reforma laboral, durante el gobierno del presidente Vicente Fox. En una interesante conclusión, se señala: "Su existencia (del referido Registro) no debe entenderse exclusivamente como un signo de transparencia sino también como una necesidad para el ejercicio de la libertad sindical y el derecho a la contratación legítima".

de la enorme tarea que representa obtener una definición de estos, la cual tiende a expandirse, así como encontrar diversas fuentes para su final obtención.

En resumen, el contenido de todas estas nuevas disposiciones constitucionales, desde el punto de vista de derechos fundamentales sociales, procurará cambiar la realidad sindical del país. Tienen como objetivo común hacer efectivos los derechos colectivos de libertad sindical y libre contratación colectiva, mediante la previsión de inusitadas figuras para nuestro sistema jurídico. Equilibrar y lograr el derecho a la igualdad material, así como encontrar elementos de una mayor dignidad en el ejercicio de derechos colectivos e individuales, tanto para los trabajadores como para los patrones, debe ser la orientación para su mejor entendimiento.

El respeto y la vigencia de esas novedosas formas de regular los temas colectivos representa la respuesta constitucional que pretendió cambiar una realidad que no permitía la materialización de un auténtico sindicalismo que buscara mejores condiciones laborales para los trabajadores. La aspiración actual es que esta reforma supere con creces los demás ajustes constitucionales en otras materias. Hacerla efectiva a través de la puesta en práctica de acciones y políticas públicas efectivas se convierte en el reto para todos los involucrados en el mundo laboral mexicano.

3. Implementación del nuevo modelo de justicia laboral. Resultados inmediatos y perfil de los operadores jurídicos para su éxito

A partir del enfoque de los derechos sociales, es oportuno explicar la manera en que se ha implementado la reforma y la perspectiva de sus operadores. En ese ejercicio, se deben referir algunos detalles del proceso de entrada en vigor, así como el perfil y las competencias de los nuevos operadores para alcanzar la justicia social.

La reforma constitucional de 2017 y la legal de 2019 –ambas en materia de justicia laboral– deben ser valoradas en su dimensión como un verdadero cambio de paradigma.[41] Los retos que ha enfrentado son de distinta naturaleza, entre ellos, la complejidad que ha implicado su implementación en medio de la pandemia mundial por el virus SARS-CoV-2.[42]

---

[41] José Fernando Franco González Salas, *La reforma constitucional en materia de justicia laboral. Cuadernos de gobernabilidad y fiscalización*, Cuaderno 17 (México: UNAM, 2018), 9-23. Este libro representa uno de los textos pioneros en abordar el referido cambio de justicia laboral que enfrentaría el país.

[42] Durante la implementación del sistema, con motivo de la pandemia se presentaron importantes repercusiones de tipo económico, de abastecimiento de recursos materiales y de falta de recursos humanos. Dicha circunstancia se vio reflejada en el retraso de entrada en vigor de la primera etapa de implementación, que se encontraba prevista para el mes de mayo de 2020, y ocurrió hasta el 18 de noviembre siguiente (Secretaría de Gobernación, "Declaratoria

Para afrontar todos los retos que esa labor implica se ha creado un órgano interinstitucional integrado por representantes de los poderes Judicial y Ejecutivo de los ámbitos federal y local, denominado Consejo de Coordinación para la Implementación de la Reforma al Sistema de Justicia Laboral. Esa entidad ha planeado y dirigido los esfuerzos para lograr los cambios e instrumentar nacionalmente el nuevo modelo derivado de la reforma laboral.[43]

Entre las decisiones que se tomaron en esa entidad está la planeación sincrónica y simultánea del cambio en el mundo laboral. Si se considera la gran extensión territorial del país y la coexistencia de un sistema federal y 32 sistemas locales, resultaba necesario que el cambio fuera en tres etapas con distintas divisiones geográficas (estados federados). Además, que en cada una de esas etapas se diera, en un mismo tiempo, la instalación tanto del sistema laboral federal como del local. Lo mismo aconteció con las funciones del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, que debía desplegar varias competencias en materia de libertad y democracia

---

de inicio de funciones de la primera etapa de Implementación de la Reforma en Materia de Justicia Laboral, que tendrá verificativo a partir del 18 de noviembre de 2020", *Diario Oficial de la Federación*, 13 de noviembre de 2020, acceso el 14 de octubre de 2022, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5604985&fecha=13/11/2020#gsc.tab=0).

[43] En el Presupuesto de Egresos de 2020 se destinaron $1.401,9 millones. De estos, $197,2 serían para el nuevo Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, $375,3 para los tribunales laborales federales, $359,6 para los centros de conciliación locales, $270,1 para los tribunales laborales locales, y $199,7 para la Secretaría de Trabajo y Previsión Social. En tanto, para el año 2021 se destinaron $2.482 millones de pesos distribuidos en esos mismos rubros. Los presupuestos de egresos para 2020 y 2021 pueden consultarse en los siguientes enlaces: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5581629&fecha=11/12/2019#gsc.tab=0 y https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/pef_2021/PEF_2021_abro.pdf. Por otro lado, como un ejemplo del apoyo económico brindado por el ejecutivo federal, la Secretaría del Trabajo autorizó más de $616.000.000.00 en subsidios federales a las 12 entidades que lo solicitaron para la implementación de la tercera etapa. El acceso a dichos recursos es otorgado mediante la presentación de una evaluación de proyectos que deben presentar los estados bajo el cumplimiento de ciertos lineamientos que justifiquen su destino. La Secretaría de Trabajo, en sesión del Consejo de Coordinación para la de la Reforma al Sistema de Justicia Laboral celebrada el 4 de julio de 2020 destacó que resulta importante para esta nueva fase (consolidación del sistema) garantizar la sostenibilidad financiera, tecnológica y humana de las nuevas instituciones, por lo que resaltó que, derivado de la disponibilidad presupuestal registrada en el programa de subsidios, se invitaba a las 32 entidades federativas a presentar proyectos para acceder a una ampliación de recursos federales con el fin de robustecer la infraestructura física y tecnológica de los centros de conciliación laboral y tribunales laborales locales. Para conocer el contenido de los referidos lineamientos, véase Secretaría de Gobernación, "Lineamientos por los que se establecen las bases y requisitos que deberán cumplir las entidades federativas para acceder al subsidio destinado a la Segunda Etapa de Implementación de la Reforma al Sistema de Justicia Laboral", *Diario Oficial de la Federación*, 29 de diciembre de 2020, acceso el 14 de octubre de 2022, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5609058&fecha=29/12/2020#gsc.tab=0.

sindical.[44] De esta manera, la primera etapa entró en vigor a partir del 18 de noviembre de 2020 y culminó su última fase el 3 de octubre de 2022.[45]

La instrumentación de la reforma laboral ha requerido la creación de nuevos centros de conciliación y tribunales, tanto federales como locales en cada una de las entidades federativas que componen al país, con la consecuente proyección de la infraestructura material y del personal judicial encargado de operar el nuevo modelo. Fue necesario establecer modelos de gestión electrónica, oficinas y salas de conciliación y de audiencias, equipos de grabación e informático en cada una de las nuevas sedes que se fijaron para la instalación.

El financiamiento, en parte, tuvo su origen en aportaciones federales para materializar algunos de esos proyectos, sobre todo a nivel local.[46] Para el PJF se contemplaron rubros específicos de gastos para esa finalidad. Esto implicó un entramado administrativo complejo para proveer en los diversos presupuestos estatales y federales las partidas necesarias a fin de garantizar los recursos económicos que se requieren para implementar el nuevo modelo de justicia laboral.

En adición al referido rubro financiero, a nivel local las entidades federativas se han visto obligadas a realizar las adecuaciones respectivas al marco normativo que regula su vida interna. Esto implicó armonizar sus constituciones estatales, reformar las leyes orgánicas de sus poderes judiciales y, además, crear las leyes orgánicas de los nuevos centros de conciliación.

Por otra parte, se han venido realizando esfuerzos variados para capacitar tanto a los operadores jurídicos de las nuevas instituciones como a litigantes y ciudadanos en general.[47] Asimismo, se ha efectuado una vasta campaña de divulgación a fin de que la población conozca las bondades y los elementos de la reforma laboral de 2019.

Existen algunos resultados tangibles sobre la materialización de los derechos sociales en trabajadores, empleadores y sindicatos que comenzaron a sentar las

---

[44] El Consejo de Coordinación para la Implementación de la Reforma al Sistema de Justicia Laboral, en su primera sesión ordinaria llevada a cabo el 5 de julio de 2019, contempló tres etapas para que la reforma laboral se concrete en el país. Para abundar en el tema, se sugiere consultar el siguiente enlace: https://reformalaboral.stps.gob.mx/sitio/rl/doc/Acta_de_la_Primera_Sesion_Ordinaria.pdf.

[45] Para el análisis de las etapas y porciones territoriales que comprendió la implementación, el Consejo de Coordinación, en su primera sesión ordinaria llevada a cabo el 5 de julio de 2019, contempló las tres etapas para que la reforma laboral se concretara en el país. Para abundar en el tema, véase Consejo de Coordinación para la Implementación de la Reforma al Sistema de Justicia Laboral, "Acta de la primera sesión ordinaria de 05 de julio de 2019", https://reformalaboral.stps.gob.mx/sitio/rl/doc/Acta_de_la_Primera_Sesion_Ordinaria.pdf.

[46] Véase nota 43 *supra*.

[47] Sergio Javier Molina Martínez, coord., *Acciones de capacitación para el nuevo sistema de justicia laboral* (México: Tirant lo Blanch, 2021). En dicha obra, diversos servidores públicos del PJF relatan de manera anecdótica los primeros trabajos de formación que se materializaron para el nuevo sistema de justicia laboral.

bases de los pretendidos objetivos de la reforma laboral, dada la armonización de las diversas entidades públicas y tribunales laborales creados.

Así, por ejemplo, algunos de los resultados en materia de libertad y democracia sindical son sustanciales. Actualmente, todas las elecciones de los dirigentes sindicales deben ser a través del voto personal, libre, directo y secreto. Se mantienen procesos democráticos, transparentes y confiables que garantizan el derecho de votar y ser votados.[48]

Importa destacar que el legislador estableció un plazo para que todos los estatutos sindicales se adecuaran a la reforma laboral respecto a la democracia sindical, integrando las representaciones con base en el principio de representación proporcional de género, que garantiza la participación en los gremios de las mujeres a nivel directivo. Existen algunos ejemplos donde ese ejercicio ha posicionado en la dirigencia sindical a organizaciones independientes, incluso encabezadas por mujeres.[49]

Se ha pretendido eliminar la forma en que era celebraba la contratación colectiva en México, a partir de la voluntad unilateral del empleador, quien tradicionalmente elegía al sindicato que representaría a sus empleados y obreros, firmando un pacto colectivo a espaldas de la parte trabajadora, el cual muchas veces era mantenido en secreto, sin aplicarse en el centro de labores. Por ello, el legislador estableció la figura de la legitimación, que constituye un procedimiento que debe ser efectuado durante el plazo de cuatro años –el cual vence el próximo 1 de mayo de 2023–, para que los contratos colectivos celebrados bajo el esquema anterior sean legitimados por medio de la consulta democrática a los trabajadores. Con esa consulta, a través del voto personal, libre, directo y secreto manifestarán si desean estar regulados por el contrato colectivo de trabajo que se propone o no.[50]

Cabe resaltar que en un registro inicial de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje se tenían depositados alrededor de casi medio millón de contratos colectivos

---

[48] Así lo indican los reportes del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral (CFCRL) que señala los trámites favorables cuando se emplean esos mecanismos democráticos (CFCRL, *Diccionario de datos del CFCRL*, acceso el 14 de octubre de 2022, https://centrolaboral.gob.mx/datos-abiertos/).

[49] Uno de los importantes cambios que se han garantizado en la ley secundaria es promover y salvaguardar la participación de las mujeres en la vida sindical. Como muestra de ello, recientemente fue electa una mujer como secretaria general del sindicato, la cual representa a los trabajadores en una de las más grandes armadoras de vehículos automotores en México. Al efecto puede consultarse la noticia periodística en Soledad Villa, "Alejandra Morales lidera el primer sindicato independiente que derrota a la CTM tras 25 años", *Revista Independiente en Español*, 10 de febrero de 2022, acceso el 03 de agosto de 2022, https://www.independentespanol.com/noticias/alejandra-morales-lideresa-sindical-gm-b2012459.html.

[50] El legislador estableció la temporalidad de dicha figura en el transitorio Décimo Primero de la Ley Federal del Trabajo (LFT). En su texto se indicó: "Con el fin de cumplir el mandato del artículo 123, apartado A, fracción XVIII, segundo párrafo y XX Bis de la Constitución y los compromisos internacionales asumidos por el Estado mexicano, los contratos colectivos de trabajo existentes deberán revisarse al menos una vez durante los cuatro años posteriores a la entrada en vigor de este Decreto".

de trabajo; a la fecha, únicamente 5.174 contratos colectivos se encuentran legitimados bajo las nuevas reglas ante el Centro, a la espera de que en las próximas fechas y antes de que concluya el plazo sean legitimados un mayor número de pactos colectivos de trabajo.[51]

Por otro lado, en materia de solución de los conflictos laborales se deja notar la efectividad de la conciliación prejudicial, las cifras oficiales comprenden un porcentaje del 74% para el ámbito federal, en tanto que para el local el promedio es de 78%.[52]

Esas cifras son un dato alentador que muestra la efectividad de la labor conciliadora en los casos laborales. La capacidad de alcanzar la armonía y fácil solución de los casos, mediante la intervención y propuestas de un tercero, comienza a dar resultados. Cabe señalar que para obtener elementos concluyentes es necesario, por una parte, esperar algún tiempo con motivo de la reciente implementación y, por otra, que exista una mayor regularización de la situación atípica derivada de los estragos derivados de la pandemia de covid-19.[53]

Asimismo, actualmente se mantiene un promedio de entre cinco y seis meses para la resolución de los conflictos jurisdiccionales sometidos a los tribunales laborales (federales y locales), a diferencia del modelo de las juntas de conciliación y arbitraje, en las que en promedio los juicios duraban más de cuatro años, agrandando el tiempo que se tomaba el proceso de ejecución.[54]

Por otro lado, con el fin de lograr un éxito constante en la implementación de la reforma laboral, y sobre todo frente a la última de las etapas de implementación, debe ponerse especial interés en decantar el perfil de los nuevos operadores para alcanzar el objetivo perseguido en el ajuste al mundo laboral. Es fundamental para los jueces laborales, defensores, conciliadores, peritos, personal de los centros de conciliación y de los tribunales laborales, mantener cierto perfil y contar con herramientas particulares que los hagan parte del reto que se mantiene con la reforma del trabajo en México. Dentro del listado que podría mencionarse, destacan las siguientes:

Visión social. Uno de los reclamos que de manera frecuente se expresa alrededor de la figura de los operadores es que no se encuentren alejados de los destinatarios de las normas: trabajadores, empleadores y sindicatos. No solo en relación con lo

---

[51] Datos estadísticos disponibles en la página de internet oficial del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, "Sistema de Registro de Eventos para la Legitimación de Contratos Colectivos de Trabajo", acceso el 03 de agosto de 2022, https://legitimacion.centrolaboral.gob.mx/.

[52] Cifras obtenidas del acta de la primera sesión ordinaria del CCIRSJL de 18 de enero de 2022. Publicada para su consulta en la página oficial de dicho consejo, https://reformalaboral.stps.gob.mx/consejo_coordinacion2.

[53] La última etapa de la implementación del sistema de justicia se da recientemente (3 de octubre de 2022), donde se encuentra una conflictividad del 64% en todo el país, la mayor en su volumen y complejidad.

[54] Como se advierte de la segunda sesión ordinaria del CCIRSJL celebrada el 19 de abril de 2022, acceso el 14 de octubre de 2022, https://reformalaboral.stps.gob.mx/sitio/rl/doc/acta-segunda-sesion-ordinaria-19042022-del-CCIRSJL.pdf.

que las propias reglas establecen como obligación, sino en la comprensión de la estructura racional de los fenómenos por dilucidar, dado que pocas veces se tiene conciencia de lo que implica la visión social.[55]

El contar con una interpretación de los fenómenos que pase por el tamiz de lo social y por una "vocación de servicio" propiciará que la cultura del individualismo ceda parte de su espacio hacia la protección de los sectores más vulnerados. En esa medida, el operador jurídico tendrá conciencia de los efectos que ocasiona, y el posible giro que pueda efectuar en aras de conseguir la justicia social.[56]

Legitimación social. De acuerdo con numerosas encuestas, la actividad desplegada por los jueces y demás servidores públicos que participan en la impartición de justicia carece de legitimidad.[57] La imagen que se tiene de ellos tiende a concentrarse en la corrupción, mala preparación, poca empatía con las partes en juicio, aislamiento social, conocimiento dogmático y poca participación dentro de las audiencias. Dichos factores han contribuido a la poca confianza en los órganos jurisdiccionales para dirimir sus controversias.

En sentido opuesto, el nuevo perfil del operador debe colmar dichas quejas, asumir el protagonismo de ser un ente activo que se comprometa con un Estado social y democrático de derecho, la paridad de género, el rescate de los grupos más necesitados, así como el impulso al profesionalismo en las actividades desplegadas.[58]

Conocimiento global del fenómeno. Un operador que no se encuentre situado en las condiciones y circunstancias que le rodean provoca que las resoluciones que emita no logren solventar las problemáticas de las sociedades. En el derecho laboral costaría imaginar a un servidor público que desconozca los flujos que un mundo en

---

[55] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Libro blanco de la reforma judicial. Una agenda para la justicia en México* (México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006), 39-45. Las ideas plasmadas en ese documento son anteriores a los problemas por resolver en el presente. Sin embargo, el valor y la vigencia de su diagnóstico siguen vigentes. Es preocupante darnos cuenta que diversas intenciones marcadas desde todos los poderes del Estado, así como de la sociedad civil, no han logrado permear en la mente de la sociedad, en aras de construir mejores escenarios para la impartición de justicia.

[56] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Libro blanco*…, 39-45.

[57] Según una encuesta del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (Inegi) de 2021, la percepción sobre la confianza de los jueces osciló solamente en un 56,9%, en tanto que la percepción de la corrupción ronda en un total de 70,1%, únicamente superada por la policía de tránsito y la policía preventiva municipal. Al respecto, véase Inegi, *Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre la Seguridad Pública (ENVIPE) 2021. Principales resultados* (México: Inegi, 2021), acceso el 21 de junio de 2022, https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2021/doc/envipe2021_presentacion_nacional.pdf.

[58] Véase Federico José Arena, coord., *Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia* (México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022), acceso el 14 de octubre de 2022, https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2022-03/Manual%20Estereotipos%20de%20imparticion%20de%20justicia_DIGITAL%20FINAL.pdf.

constante interacción tiene para la construcción de nuevas relaciones de trabajo, o bien, sería un peligro suponer la vieja teoría dialéctica entre patrón y trabajador.[59]

Como se ha explicado, la reforma laboral es parte importante de la relación comercial entre los países del hemisferio norte, lo que incluye el análisis de contexto de sus fallos en esa relación bilateral.[60]

Mirada crítica. Por mirada crítica debe entenderse a aquel operador que puede poner en jaque los paradigmas que lo han formado, con la finalidad de observar si son acordes con las prácticas sociales que analizará en juicio. Un funcionario crítico asume que no existe una verdad absoluta, sino que indaga en los dominios de saber que emergen a partir de contextos sociales, políticos, económicos y de poder. Únicamente de esa manera es posible transformar las instituciones y las preconcepciones que en su momento se consideraban verdades inamovibles.[61]

Ética en la toma de decisiones jurídicas. El nuevo perfil de quienes deciden debe hacerse acompañar de la ética para la edificación de su criterio jurídico.[62] Con base en esta área del conocimiento se podrá analizar si los ordenamientos jurídicos cumplen con el objetivo de liberar y transformar las sociedades. Representa una de las principales herramientas que debe poseer el operador jurídico para entablar un diálogo con los trabajadores, sindicatos y empleadores, en virtud de que marcará la pauta que se deberá seguir en un mundo desequilibrado.

Vencer los obstáculos en la construcción del conocimiento. Suele pensarse que la forma en la que de manera personal se conoce[63] el mundo es directa, plana y que resulta suficiente con acercarse a los fenómenos de la vida diaria para que

---

[59] Véase *T-MEC. Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, Estados Unidos de América y Cánada*, tomo II, de 25 de marzo de 2021 (Acuerdo 23-A, 1363-1366), acceso el 14 de octubre de 2022, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/708696/T.MEC_TOMO_II_CAP_TULO_14_AL_34_y_Acuerdos_Paralelos.pdf.

[60] Son recurrentes las visitas a nuestras instalaciones por delegaciones de funcionarios norteamericanos y canadienses (CJF, "Representantes comerciales de EUA, Canadá, y México visitan Tribunal Laboral Federal de asuntos colectivos", Comunicado de prensa 20/21 del CJF, acceso el 14 de octubre de 2022, https://www.cjf.gob.mx/documentos/Comunicados%20Prensa/docsComunicadosPrensa/2021/comunicado20.pdf).

[61] El 28 de septiembre de 2021, el Pleno de la SCJN, a través de la contradicción de tesis 351/2014, determinó que los órganos jurisdiccionales del PJF, cuando actúan en amparo directo e indirecto, pueden hacer el control *ex officio* de constitucionalidad de todas las normas sujetas a su conocimiento (Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comunicado de prensa 286/2021, Ciudad de México, 28 de septiembre, acceso el 14 de octubre de 2022, https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/comunicado.asp?id=6594).

[62] Javier Saldaña Serrano, "La responsabilidad ética del juez", *Reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia*, n.º 14 (2009): 53-69, acceso el 2 de junio de 2022, https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/issue/view/414.

[63] Carlos María Cárcova, *Las teorías jurídicas post positivistas,* 2.ª ed. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009), 7-17. Por teorías jurídicas pospositivistas se entiende aquel conglomerado de miradas epistemológicas que logran darle un sentido distinto al derecho, fuera de la norma, y más inclinados hacia lo discursivo, psicoanalítico, histórico, de poder, etc.

pueda extraerse de ellos una verdad pura. En dicho proceso se presentan obstáculos que provocan construcciones fantasiosas que parten exclusivamente de intuiciones básicas, mismas que es necesario deconstruir para acercarse a los fenómenos desde una postura crítica. Las más usuales son: i) experiencia básica; ii) generalización; iii) sustancialismo; iv) obstáculo animista. Una de las herramientas para vencer esos elementos se puede encontrar en la interpretación jurídica "en sentido propio".[64]

Como se desprende de los elementos expuestos, en la visión de los operadores para afrontar el cambio social con las nuevas reglas laborales sobresale que su actividad se encuentra supeditada a la construcción cognitiva que se tenga del derecho, tanto en un tiempo como en un lugar determinados.

Asimismo, más allá de hablar de la existencia de un operador idóneo, es importante poner especial atención en la empatía que tenga con la actividad de acuerdo con las prácticas sociales que se llevan a cabo en el momento en que la reforma se está implementando. Asimismo, considero que la búsqueda de la justicia fáctica o material debe ser el objetivo en la perspectiva de los nuevos operadores; las garantías que ahora tienen les deben permitir mantener una mayor legitimación frente a la sociedad que reclama para sí el cambio. Sin duda que la materialización de los derechos sociales, en vía de derechos fundamentales, debe ser la apuesta en este cambio de paradigma.

Conclusiones

1. Es fundamental que los estudios vinculados al derecho laboral incorporen los aportes sistematizados del derecho social. Esta rama jurídica nos conduce a la asimilación del conocimiento desde una perspectiva amplia y dinámica, que obedece a los cambios constantes que caracterizan a los fenómenos sociales y económicos. Se reconoce al derecho del trabajo como una disciplina que se vincula con un derecho vivo, en constante evolución.
2. Resulta importante analizar el contexto de la reforma laboral en México, a partir del permanente trastocamiento y simulación de las estructuras básicas

[64] En la interpretación jurídica en sentido propio se indaga por el significado de un enunciado o grupos de enunciados, en tanto textos normativos, con una finalidad constitutivamente operativa o regulatoria, como puede ser, por ejemplo, de dirección, ordenación o valoración de la conducta humana jurídica. Al respecto, véase Carlos I. Massini Correas, *Objetividad jurídica e interpretación del derecho* (México: Porrúa-U. Panamericana, 2008), 103-109. En el mismo sentido, se indica que la formulación de un juicio normativo deriva de los bienes humanos básicos hacia los que atiende toda acción humana. Véase Pilar Zambrano, "Interpretar es conocer. Una defensa de la teoría referencialista de la interpretación", en *Filosofía práctica y derecho. Estudios sobre teoría jurídica contemporánea a partir de las ideas de Carlos Ignacio Massini Correas*. Coord. por Juan Cianciardo *et al.* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2016), 58-78.

de la justicia social, lo que contribuyó al aumento de los niveles de pobreza y marginación de los trabajadores.

3. La reforma constitucional y legal, de 2017 y 2019 respectivamente, mantienen la esperanza de transformar estructuralmente el derecho individual y colectivo del trabajo en México. Esa aspiración se conforma a partir de asumir como derechos fundamentales el acceso a la justicia laboral y la revalorización de la libre sindicación y contratación colectiva del trabajo. Ambos erigidos como derechos sociales, en la búsqueda de la justicia social.
4. Existen resultados inmediatos que deben ser valorados, registrados y analizados con motivo de la implementación de la reforma laboral. Su estudio constante permite obtener reflexiones que abonarán a la construcción de un mejor sistema jurídico nacional, en especial el relativo a la materia de trabajo.

Bibliografía

Abramovich, Víctor y Christian Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

Alcalde Justiniani, Arturo. "La contratación colectiva, clave de una verdadera reforma laboral". En *Propuestas para una reforma laboral democrática*. Coordinado por Alfonso Bouzas Ortiz. México: UNAM, Grupo parlamentario del PRD, Cámara de Diputados, Congreso de la Unión, LX Legislatura, 2007.

Alcalde Justiniani, Arturo. "Una inesperada e histórica reforma laboral en México". En *Reforma al artículo 123 constitucional*. Coordinado por Luis Manuel Díaz Mirón Álvarez. México: Tirant lo Blanch, 2017.

Alcalde Justiniani, Arturo. *La contratación colectiva y su técnica de negociación*. México: Porrúa, 2020.

Allier Campuzano, Jaime. *La interpretación pro operario de las reformas laborales.* México: Porrúa, 2018.

Arena, Federico José, coord., *Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022. Acceso el 14 de octubre de 2022. https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2022-03/Manual%20Estereotipos%20de%20imparticion%20de%20justicia_DIGITAL%20FINAL.pdf.

Avante Juárez, Rafael Adrián. *Reforma laboral.* México: FCE, 2017.

Barba, Héctor. "La contratación colectiva en México". En *La reforma laboral que necesitamos ¿Cómo transitar a una auténtica modernización laboral?* Coordinado por José Alfonso Bouzas Ortiz, 126-132. México: UNAM, STUNAM, STAH, STERM, SNTM, UNT, FAT, Fundación Fredich Ebert, 2004.

Barba, Héctor. "Objetivos del Registro Público Nacional de Organizaciones Sindicales y Contratos Colectivos". En *Propuestas para una reforma laboral democrática*. Coordinado por Alfonso Bouzas Ortiz, 115-126. México: UNAM,

Grupo parlamentario del PRD, Cámara de Diputados, Congreso de la Unión, LX Legislatura, 2007.

Bensusán, Graciela. "Los ´contratos de protección´ en México", *Nexos*, (1997). Acceso el 1 de agosto de 2022. https://www.nexos.com.mx/?p=8382.

Bensusán, Gabriela y Arturo Alcalde. "El régimen jurídico del trabajo asalariado". En *Trabajo y trabajadores en el México contemporáneo.* Coordinado por Enrique de la Garza *et al*. México: Miguel Ángel Porrúa, 2000.

Bensusán, Graciela y Kevin J. Middlebrook. *Sindicatos y política en México: cambios, continuidades y contradicciones,* 31-40. México: Flacso México, UAM-Xochimilco México: Clacso, 2013.

Bouzas Ortiz, José Alfonso. "Las reformas laborales algunos años después de su realización". En *Trabajo y derechos en México. Nuevas afectaciones a la ciudadanía laboral*. Coordinado por Mauricio Padrón Innamorato *et al*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018.

Bouzas Ortiz, José Alfonso y María Mercedes Gaitán Riveros, "Contratos colectivos de trabajo de protección", en *Democracia sindical*, Coordinado por Alfonso Bouzas. México: Instituto de Investigaciones Económicas/UNAM, UAM, AFL-CIO, FAT, 2001.

Carbonell, Miguel. "Breves reflexiones sobre los derechos sociales". En *Memorias del Seminario Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 41-72. México: Secretaría de Relaciones Exteriores, Comisión Europea, 2005.

Cárcova, Carlos María. *Las teorías jurídicas post positivistas,* 2.ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral. "Sistema de Registro de Eventos para la Legitimación de Contratos Colectivos de Trabajo". Acceso el 03 de agosto de 2022. https://legitimacion.centrolaboral.gob.mx/.

Corte IDH, Caso Lagos del Campo *vs.* Perú, Sentencia de 31 de agosto de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 340, párrafos 141 y 149. Acceso el 12 de julio de 2020. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf.

Dávalos, José. "Reforma laboral antidemocrática". En *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo,* t. IV, vol. 1. Coordinado por Miguel Carbonell Sánchez *et al*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015.

De Buen Unna, Carlos. "Los contratos colectivos de trabajo de protección patronal en México". *Análisis Político* (agosto de 2011): 5-19. https://library.fes.de/pdf-files/bueros/mexiko/08467.pdf.

Gobierno de la República de México, *et al.* "Diagnósticos conjuntos y soluciones". *Diálogos por la Justicia Cotidiana*. Acceso el 1 de agosto de 2022. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/79028/Di_logos_Justicia_Cotidiana.pdf.

Ferrajoli, Luigi. "Estado social y Estado de derecho". En *Derechos sociales. Instrucciones de uso.* Compilado por Víctor Abramovich *et al*. México: Fontamara, 2006.

Flores, Zenyazen. "TPP obliga a dar condiciones de trabajo aceptables". *El Financiero* (5 de febrero de 2016). https://www.elfinanciero.com.mx/economia/tpp-obliga-a-dar-condiciones-de-trabajo-aceptables/.

Flores, Zenyazen. "3 de 4 contratos sindicales en México favorecen a las empresas: estudio". *El Financiero* (20 de noviembre de 2018). https://www.elfinanciero.com.mx/economia/3-de-cada-4-contratos-sindicales-en-mexico-favorecen-a-las-empresas-estudio/.

Franco González Salas, José Fernando. *La reforma constitucional en materia de justicia laboral. Cuadernos de Gobernabilidad y Fiscalización*. Cuaderno 17. México: UNAM, 2018.

García Añón, José. "Derechos sociales e igualdad". En *Derechos sociales. Instrucciones de uso*. Compilado por Víctor Abramovich *et al*. México: Fontamara, 2006.

Gascón, Verónica. "Advierten libertad sindical simulada". *Reforma* (13 de abril de 2020). https://www.reforma.com/aplicacioneslibre/preacceso/articulo/default.aspx?__rval=1&urlredirect=https://www.reforma.com/advierten-libertad-sindical-simulada/ar1918297?referer=--7d616165662f3a3a6262623b727a7a7279703b767a783a--.

González Moreno, Beatriz. *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid: Civitas, 2002.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía (Inegi). *Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (Envipe) 2021. Principales resultados* (México: Inegi, 2021). Acceso el 01 de agosto de 2022. https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2021/doc/envipe2021_presentacion_nacional.pdf.

Instituto Nacional de Transparencia. Acceso a la Información y Protección de Datos Personales. *Plataforma Nacional de Transparencia* (México: INAI, 2020). Acceso el 1 de agosto de 2022. https://www.gob.mx/sfp/documentos/instituto--nacional-de-transparencia-acceso-a-la-informacion-y-proteccion-de-datos--personales-inai.

Jiménez Moles, María del Rosario y Héctor Arturo Mercado López, coords. *Modelos de justicia laboral iberoamericana: homenaje a Pedro Guglielmetti*. México: Tirant lo Blanch, 2019.

Jiménez Moles, María del Rosario y Héctor Arturo Mercado López, coords. *Reforma laboral de 2019 a debate*. México: Tirant lo Blanch, 2019.

Kurczyn Villalobos, Patricia y Óscar Zabala Gamboa, coords. *A cinco años de la reforma laboral: efectos, perspectivas y retos. Homenaje a Néstor de Buen Lozano*. México: Tirant lo Blanch, 2019.

María Cárcova, Carlos. *Las teorías jurídicas post positivistas*, 2.ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

Marquet Guerrero, Porfirio. "Fuentes y antecedentes del derecho mexicano del trabajo". En *Derechos humanos en el trabajo y la seguridad social. Liber Amicorum: en homenaje al doctor Jorge Carpizo*. Coordinado por Patricia Kurczyn Villalobos, 243-280. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2014.

Massini Correas, Carlos I. *Objetividad jurídica e interpretación del derecho*. México: Porrúa - U. Panamericana, 2008.

Middlebrook, Kevin. "Movimiento obrero y democratización en regímenes posrevolucionarios: las políticas de transición en Nicaragua, Rusia y México". *Foro Internacional*, n.º 149 (1997).

Molina Martínez, Sergio Javier. "Un nuevo modelo de justicia en materia laboral. El reto para el Poder Judicial de la Federación". *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, n.º 46 (2018).

Molina Martínez, Sergio Javier. "El nuevo sistema procesal laboral mexicano: los principios que ahora deben conformarlo". *Oris Prudens. Revista Mexicana de Justicias Orales*, año I, n.º 2, julio-diciembre 2018: 79. https://sergiomolina.com.mx/revista-mexicana-de-justicias-orales/.

Molina Martínez, Sergio Javier. *El nuevo sistema de justicia laboral en México.* México: Porrúa, 2020.

Molina Martínez, Sergio Javier, coord. *Acciones de capacitación para el nuevo sistema de justicia laboral.* México: Tirant lo Blanch, 2021.

Monreal Ávila, Ricardo. *El nuevo sistema de justicia laboral*. México: Porrúa, 2019.

Oficina Internacional del Trabajo, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. *Aplicación de las normas internacionales del trabajo 2016 (1). Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Conferencia Internacional del Trabajo, 105ª reunión, 2016, correspondiente al Informe III (Parte 1A) (OIT: Ginebra, 2016). Acceso el 3 de julio de 2020. https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2016-105-1A).pdf.

Organisation for Economic Co-operation and Development. *Average Wages*. OECD. Acceso el 01 de agosto de 2022. https://data.oecd.org/earnwage/average-wages.htm.

Organisation for Economic Co-operation and Development. *Hours worked*. OECD. Acceso el 01 de agosto de 2022. https://data.oecd.org/emp/hours-worked.htm.

Peces Barba, Gregorio. "Reflexiones sobre los derechos sociales". En *Derechos sociales y ponderación*. Editado por Robert Alexy. México: Fontamara, 2010.

Pérez Luño, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*, 7.ª ed., 38-40. Madrid: Tecnos, 1988.

Pozo Mayorga, Cristina. "Sindicatos, corporativismo y derechos laborales bajo profundización neoliberal en México". En *Trabajo y derechos en México. Nuevas afectaciones a la ciudadanía laboral*. Coordinado por Mauricio Padrón Innamorato, 101-103. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018.

Puig Hernández, Carlos Alberto. *Conflictos laborales. Procedimiento ordinario ante las juntas de conciliación y arbitraje. Reformas y adiciones del 2012 a la Ley Federal del Trabajo,* 37- 40. México: Porrúa, 2016.

Robles, Jorge. "El Estado Corporativo y el movimiento obrero". En *Democracia Sindical*. México: AFLCIO, FAT, UNAM, UAM, 2021.

Saldaña Serrano, Javier. "La responsabilidad ética del juez, Reforma Judicial". *Revista Mexicana de Justicia*, n.º 14 (2009): 53-69. Acceso el 14 de octubre de 2022. https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/issue/view/414.

Sánchez Castañeda, Alfredo y Carlos Reynoso Castillo. "La nueva legislación laboral mexicana". *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, n.º 18 (2014): 185-191. Acceso el 14 de octubre de 2022. https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/article/view/9739/11767.

Secretaría de Relaciones Exteriores. "Memorándum de antecedentes en relación con el Tratado de Asociación Transpacífico", 4 de febrero de 2016. Acceso el 21 de julio de 2021. https://www.senado.gob.mx/comisiones/relext_ap/docs/MEMORANDUM_TPP.pdf.

Solís de Alba, Ana Alicia y Max Ortega. *Estado, crisis y reorganización sindical*. México: Itaca, 1999.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Libro blanco de la reforma judicial. Una agenda para la justicia en México*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.

Toledo de la Garza, Enrique. "El corporativismo: teoría y transformación", *Iztapalapa. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades* 34 (1994): 25-26. https://revistaiztapalapa.izt.uam.mx/index.php/izt/article/view/1406/1569.

Xelhuantzi, María. "El sindicalismo mexicano contemporáneo". En *Los sindicatos bajo la encrucijada del siglo XXI*. Coordinado por Inés González Nicolás. México: Fundación Friedrich Ebert, 2006.

Zambrano, Pilar. "Interpretar es conocer. Una defensa de la teoría referencialista de la interpretación". En *Filosofía práctica y derecho. Estudios sobre teoría jurídica contemporánea a partir de las ideas de Carlos Ignacio Massini Correas*. Coordinado por Juan Cianciardo, 58-78. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2016.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXVIII, BOGOTÁ, 2022, PP. 285-297, ISSN 2346-0849

Laura Hering* **(Alemania)**

El reconocimiento de un "derecho a la educación escolar" en Alemania en ocasión de la pandemia de covid-19

RESUMEN

El 19 de noviembre 2021, la Corte Constitucional Federal de Alemania (CCFA) emitió una sentencia respecto a los cierres de las escuelas realizados durante la pandemia de covid-19. La Corte declaró por unanimidad que los cierres de las escuelas y el paso a la enseñanza alterna y a distancia eran constitucionales. Además, y casi de paso, la CCFA desarrolló un nuevo derecho fundamental, el "derecho a la educación escolar" a nivel federal, que causó sorpresa en la academia y práctica jurídica alemanas. La decisión da la impresión de una innovación fundamental y un refuerzo decisivo de los derechos de las niñas, los niños y adolescentes en la Ley Fundamental. Al mismo tiempo, críticos dudan de que las niñas, los niños y adolescentes tengan un beneficio suficientemente tangible y concreto de este nuevo derecho a la educación.

Palabras clave: Corte Constitucional Federal de Alemania; derecho a la educación escolar; pandemia covid-19.

The recognition of a "right to school education" in Germany on the occasion of the Covid 19 pandemic

ABSTRACT

On November 19, 2021, the Federal Constitutional Court of Germany (FCCG) issued a decision on school closures during the Covid-19 pandemic. The Court unanimously held that the school closures and the move to alternate and distance learning were constitutional. In addition, and almost in passing, the FCCG developed a new fundamental right, the "right to school education" at the federal level, which caused surprise in German academia and legal practice. The decision gives the impression

* Investigadora del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional de Heidelberg (Alemania). hering@mpil.de / código orcid: 0000-0001-5847-7811.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

of a fundamental innovation and a decisive reinforcement of the rights of children and adolescents under the Basic Law. At the same time, critics doubt that children and adolescents have a sufficiently tangible and concrete benefit from this new right to education.

Keywords: Federal Constitutional Court of Germany (FCCG); right to school education; Covid-19 pandemic.

Die Anerkennung eines "Rechts auf schulische Bildung" in Deutschland aus Anlass der Covid-19-Pandemie

ZUSAMMENFASSUNG

Am 19. November 2021 stellte das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) einstimmig fest, dass die im Frühjahr 2021 getroffenen Regelungen zur Schulschließung während der Covid-19-Pandemie mit dem Grundgesetz vereinbar sind. Über diesen Urteilstenor hinaus entwickelte das BVerfG fast beiläufig ein neues Grundrecht: das „Recht auf schulische Bildung" auf Bundesebene. Dies löste in der Rechtswissenschaft und -praxis in Deutschland Überraschung aus. Das Urteil erweckt einerseits den Eindruck einer grundlegenden Neuerung und Stärkung der Rechte von Kindern und Jugendlichen im Grundgesetz. Kritiker bezweifeln jedoch, dass das neue Recht auf schulische Bildung hinreichend spürbare und konkrete Auswirkungen für Kinder und Jugendlichen haben wird.

Schlagwörter: Bundesverfassungsgericht, BVerfG; Recht auf schulische Bildung; Covid-19-Pandemie.

Introducción

En los años 2020 y 2021, observamos que el fenómeno de una crisis sanitaria no es solo un reto sanitario, económico y de seguridad, sino que puede traer varios problemas del derecho constitucional. En Alemania, unos 37,9 millones de personas han contraído el covid-19 hasta la fecha. Aproximadamente 140.000 personas han muerto.[1] Para contener la propagación del virus, una de las muchas medidas adoptadas por el Gobierno alemán[2] fue el cierre temporal de las escuelas. En el periodo comprendido entre enero de 2020 y mayo de 2021, los colegios en el ámbito federal cerraron completamente por 74 días y en algunas regiones parcialmente por 109

[1] Datos del Instituto Robert Koch, 10 de febrero de 2023, https://experience.arcgis.com/experience/478220a4c454480e823b17327b2bf1d4.

[2] Además de los toques de queda, las prohibiciones de contacto, de asambleas y servicios religiosos, cierre de comercios, entre otros.

días. En una comparación a nivel europeo, Alemania se situó así casi a la cabeza de la lista de cierres de escuelas.[3]

El cierre de escuelas fue objeto de muchas decisiones de los tribunales administrativos. Trataron cuestiones relacionadas con la clausura de los colegios, como la obligación de asistir a las clases en el marco de la "educación en casa", las reclamaciones por atención de urgencia, las reclamaciones de ayudas por dispositivos digitales necesarios en tiempos de educación en casa o los requisitos de control de infecciones para el funcionamiento de los colegios. Sin embargo, la sentencia más importante sobre el cierre de escuelas fue dictada por la CCFA, el 19 de noviembre 2021. El primer senado del CCFA declaró por unanimidad que el cierre de escuelas y el paso a la enseñanza alterna (es decir, algunos de los alumnos debían quedarse en casa, otros podían ir a la escuela) y a distancia eran constitucionales. Además, y casi de paso, la CCFA desarrolló un "derecho a la educación escolar" a nivel federal, que causó gran sorpresa en la academia y práctica jurídica alemana. La decisión da la impresión de una innovación fundamental y un refuerzo decisivo de los derechos de las niñas, los niños y adolescentes (en adelante, NNA) en la Ley Fundamental (LF). En la prensa se constató que la CCFA había escrito "historia del derecho" con esta sentencia.[4]

Este desarrollo sobresaliente de la jurisprudencia alemana podría ser de interés para la región latinoamericana, teniendo en cuenta que el derecho a la educación ya está firmemente anclado en la totalidad de las constituciones de América Latina y el Caribe desde hace años, aún con diferentes matices y particularidades. Por el contrario, el discurso latinoamericano sobre el derecho a la educación, así como la creativa jurisprudencia de muchos tribunales y cortes constitucionales latinoamericanos sobre este derecho, suscitará sin duda un mayor interés en Alemania, donde el derecho acaba de crearse.

Este artículo se dividirá en tres apartados. En primer lugar, se destacarán los antecedentes del caso decidido por el CCFA. En segundo lugar, se mostrará cómo fue desarrollado el "derecho a la educación escolar" en la decisión por parte de la CCFA. Por último, se concluirá con algunos comentarios y críticas a la decisión y a las consecuencias que esta conlleva.

1. Hechos del caso

El objeto del recurso de inconstitucionalidad fue el llamado "freno federal de emergencia", fijado en el artículo 28b de la Ley de Protección contra las Infecciones (IfSG).

---

[3] Verena Freundl, Clara Stiegler y Larissa Zierow, "Europas Schulen in der Corona-Pandemie – ein Ländervergleich", ifo *Schnelldienst*, año 8, n.º 74 (2021): 41-50, https://www.ifo.de/DocDL/sd-2021-12-freundl-stiegler-zierow-schulen-europa-corona.pdf.

[4] Wolfgang Janisch, "Verfassungsgericht zur Corona-Politik; Freifahrtschein aus Karlsruhe?", *Süddeutsche Zeitung*, 30 de noviembre de 2021.

Esta ley se aplicó en todo el país desde el 24 de abril de 2021 para frenar la tercera oleada del covid-19. Uno de los componentes del freno federal de emergencia fue la prohibición y la restricción de la enseñanza presencial en las escuelas de educación general para el control de la infección en forma de un requisito de enseñanza alterna (enseñanza presencial en la escuela y enseñanza a distancia en casa) o una prohibición completa de la enseñanza presencial.

En el artículo 28b, apartado 3, IfSG, el "freno federal de emergencia" prohibía completamente la enseñanza presencial en las escuelas generales y de formación profesional, si la incidencia por siete días de nuevas infecciones con el coronavirus superaba el umbral de 165 por cada 100.000 habitantes en un distrito o una localidad por tres días consecutivos. Por encima de un umbral de 100, la enseñanza presencial solo se permitía durante un tiempo limitado en forma de alternancia. Si no se alcanzaban los umbrales correspondientes, se dejaban de aplicar las restricciones. Sin embargo, la normativa legal también permitía una serie de excepciones: por ejemplo, los estados federales podían eximir de la prohibición de la enseñanza presencial a las clases de último curso y a las escuelas especiales y establecer la atención de urgencia según los criterios que se definieran. El artículo 28b, apartado 10 IfSG, limitaba la validez de la disposición a la duración de la determinación de una situación epidémica de alcance nacional, según lo señalado por el artículo 5 IfSG,[5] pero como máximo hasta la expiración del 30 de junio de 2021, el mismo periodo de validez del artículo 28b IfSG.

Estas regulaciones del freno federal de emergencia desencadenaron una ola de recursos de inconstitucionalidad ante el CCFA. Al respecto, cabe aclarar que no era necesario emprender previamente una acción judicial ante los tribunales administrativos, ya que el freno federal de emergencia estaba regulado por una ley federal (IfSG), por lo que la acción judicial podía emprenderse directamente ante la CCFA. La denuncia fue puesta, en parte, por padres (solteros) de alumnos, y, en parte, por los propios alumnos. Planteaban la acusación principal de que las regulaciones legales para combatir la pandemia del coronavirus que impugnaban eran inconstitucionales, ya que en particular las consideraban desproporcionadas. Dichos recursos de inconstitucionalidad contra las disposiciones legales sobre el cierre de escuelas no tuvieron éxito. La CCFA concluyó que el cierre de las escuelas y el cambio de la enseñanza al formato de enseñanza alterna y a distancia previsto por el freno federal de emergencia era constitucional en el resultado. Aunque la prohibición de la

[5] Artículo 5, apartado 1, frase 1: "El Bundestag puede declarar una situación epidémica de importancia nacional si se cumplen los requisitos de la frase 6"; frase 6: "Existe una situación epidémica de importancia nacional si hay un grave peligro para la salud pública en toda la República Federal de Alemania porque 1. la Organización Mundial de la Salud ha declarado una emergencia de salud pública de importancia internacional y existe una amenaza de introducción de una enfermedad transmisible amenazante en la República Federal de Alemania, o 2. una propagación dinámica de una enfermedad transmisible amenazante en varios países de la República Federal de Alemania está amenazando o teniendo lugar".

enseñanza presencial era claramente una intromisión en el derecho a la educación escolar, sin embargo, estaba constitucionalmente justificada porque la normativa impugnada era formal y materialmente constitucional.

2. El nuevo "derecho a la educación escolar"

El punto de quiebre con el que la CCFA comienza su examen es el derecho de las NNA a la educación escolar. Y ahí ya está la primera sorpresa de la decisión: por primera vez, los magistrados y las magistradas de la CCFA reconocen este derecho fundamental a nivel federal. Al respecto, este derecho no es en absoluto una completa novedad, por cuanto se encuentra explícitamente mencionado en casi todas las constituciones de los estados federales alemanes.[6] Tampoco han faltado defensores de un derecho fundamental a la educación en la literatura alemana desde los años setenta.[7] El Tribunal Administrativo Federal también ha asumido desde hace tiempo un derecho a la educación enraizado en el artículo 2, párrafo 1 GG, en su jurisprudencia.[8] Anteriormente, la CCFA se pronunció por primera vez sobre los derechos del niño en una decisión de 1968 y destacó que los propios NNA son titulares de derechos fundamentales y tienen derecho a la protección del Estado, pero sin mencionar un derecho a la educación.[9]

2.1. Derivación del derecho del artículo 2, apartado 1 LF, en relación con el artículo 7 LF

Para crear el derecho a la educación escolar, la CCFA se basó en una interpretación de la libertad de acción general del artículo 2, apartado 1 LF, junto con lo consagrado por el artículo 7, apartado 1, de esta misma ley, que hasta ahora no se ha entendido principalmente como un derecho fundamental individual sino solo como una disposición organizativa. El artículo 2, apartado 1 LF, establece: "Toda persona [...] tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no vulnere

---

6 Véase, por ejemplo, el artículo 20, apartado 1, de la Constitución de Berlín; artículo 8, apartado 1, de la Constitución de Renania del Norte-Westfalia; artículo 11, apartado 1, de la Constitución de Baden-Württemberg; o el artículo 128, apartado 1, de la Constitución bávara.

7 Fundamental, por nombrar solo algunos, Ekkehart Stein, *Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule* (Berlín: Luchterhand, 1967), 41 y ss.; Klaus-Dieter Heymann y Ekkehart Stein, "Das Recht auf Bildung: Dargestellt am Beispiel der Schulbildung", *Archiv des öffentlichen Rechts* 97, n.º 2 (1972), 185. Más reciente, Ellen Gast, *Das Grundrecht auf Bildung* (Berlín: Wissenschaftlicher Verlag Berlin, 2019).

8 Tribunal Administrativo Federal, asunto VII C 12.74 de 15.11.1974, BVerwGE 47, 201; asunto 5 C 4/96 de 05.06.1997, BVerwGE 105, 44.

9 CCFA, 1 BvL 20/63, 31/66, 5/67 de 29.07.1968, *Neue Juristische Wochenschrift* (1968), 2233 y 2235.

los derechos de los demás y no atente contra el ordenamiento constitucional o la moral". Según el apartado 1 del artículo 7 LF, "todo el sistema escolar [...] está bajo la supervisión del Estado".

La CCFA declaró en su decisión: "El mandato del Estado de garantizar la educación escolar según el art. 7 apartado 1 LF se corresponde con un derecho a la educación escolar frente al Estado que está consagrado en el derecho de los niños al libre desarrollo y al despliegue de su personalidad según el art. 2 apartado 1 LF".[10] Al respecto, la CCFA continuó señalando: "El derecho de los niños y jóvenes protegido por el apartado 1 del art. 2 LF es, en consecuencia, la 'contrapartida' subjetiva-jurídica [...] del deber objetivo-jurídico del Estado, en virtud del apartado 1 del art. 7 LF, de abrir oportunidades educativas en la escuela que sirvan para su desarrollo personal".[11] El papel que el artículo 7, apartado 1 LF, asigna al Estado y el hecho de que esté especialmente obligado a respaldar el desarrollo de la personalidad de NNA (a diferencia de los adultos) se traduce en su derecho a recibir el apoyo en el desarrollo de su personalidad en forma de educación escolar.

2.2. Dimensiones de la garantía

La CCFA también despliega las "diversas dimensiones de garantía" del derecho a la educación escolar y va mucho más allá de lo necesario para responder a la pregunta concreta sobre el cierre de escuelas.[12]

Según la CCFA, es cierto que no existe un derecho original a un determinado diseño de escuelas estatales.[13] Pero del derecho a la educación escolar, sin embargo, se desprende el derecho de los alumnos al cumplimiento de "un nivel mínimo indispensable de ofertas educativas en las escuelas públicas que, según la opinión general, es indispensable para su desarrollo en igualdad de oportunidades hacia una personalidad independiente".[14] Como derecho derivado, también garantiza a la totalidad de NNA la "participación no discriminatoria en las escuelas".[15] Por último, la dimensión de la defensa es de especial relevancia para el cierre de escuelas debido al control de infecciones. Esto permite a los alumnos oponerse a las medidas estatales que interfieren en su derecho "a desarrollar libremente su personalidad con el soporte de la educación escolar".[16] El derecho de defensa de los alumnos no pretende extenderse tanto como para protegerlos de las medidas adoptadas por motivos

[10] CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 44.

[11] CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 del 19.11.2021, párrafo 48.

[12] Para diversas dimensiones de garantía del derecho a la educación escolar, véase también Michael von Landenberg-Roberg, "Das Grundrecht auf schulische Bildung im Kontext", *Deutsches Verwaltungsblatt* (2022), 389, 393 y ss.

[13] CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 52.

[14] CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 57.

[15] CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 44.

[16] CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 62.

económicos para modificar las estructuras escolares.[17] "Por lo tanto, los alumnos sólo pueden oponerse a aquellas medidas que, si bien restringen el ejercicio del derecho a la educación escolar, no afectan al propio sistema escolar previsto por el Estado para el ejercicio de este derecho".[18] En eso consiste precisamente la prohibición de impartir clases presenciales con el fin de controlar la infección.

Las dimensiones de la garantía enumeradas no son un catálogo exhaustivo. No se abordan explícitamente, por ejemplo, la protección de los derechos fundamentales a través de la organización ni el procedimiento ni la dimensión de protección.

3. ¿Tendencias jurisprudenciales?

3.1. El derecho a la escolarización se limita a los niños

Tomando en cuenta todos estos hechos, es interesante, en primer lugar, que la CCFA parece reconocer explícitamente el derecho a la educación escolar solo para NNA.[19] La "especificidad infantil" del derecho emerge del razonamiento de los jueces. Por ejemplo, únicamente se hace referencia a los centros escolares a los que normalmente no asisten adultos, sino NNA. Además, los magistrados y las magistradas justifican explícitamente la relevancia del derecho a la educación con la importancia de la asistencia a la escuela para el desarrollo de la personalidad, el desarrollo intelectual y social, y el bienestar de NNA.[20] También, cuando magistrados y magistradas destacan que NNA de la escuela primaria se vieron particularmente afectados de manera negativa.[21] En consecuencia, esto significa que el derecho a la escolarización no puede extenderse, por ejemplo, a los adultos con dificultades, a las personas analfabetas o a las oportunidades educativas para los refugiados.

El hecho de que la CCFA reconozca por primera vez un derecho fundamental solo a NNA refuerza el significado de los derechos de la niñez. Esto resulta particularmente interesante a la luz del hecho de que los derechos de NNA se buscan en vano en la LF y durante años ha habido una disputa en Alemania sobre si los derechos de NNA deben incluirse expresamente en la LF.[22] Quienes se oponen a esta modificación de la LF suelen argumentar que simplemente no es necesario consagrar derechos específicos de NNA, ya que todos los derechos fundamentales también se aplican

---

[17] CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 64.

[18] CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 63.

[19] Isabel Lischewski, "Ein Recht nur für Kinder?: Das Recht auf Bildung im Schulschließungsbeschluss des BVerfG im Lichte der Kinderrechtsdebatte", *VerfBlog*, 30 de noviembre de 2021, doi:10.17176/20211130-190640-0.

[20] CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafos 137-144.

[21] CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 148.

[22] Para un ejemplo de esta discusión, véase Gregor Kirchhof, "Die Kinderrechte des Grundgesetzes. Soll die Verfassung zugunsten von Kindern geändert werden?", Neue Juristische Wochenschrift 71, n.º 37 (2018): 2690-2693.

a ellos. Por regla general, los derechos fundamentales no se dirigen a grupos específicos de personas (la única excepción es el artículo 6, apartado 4 LF, según el cual toda madre tiene derecho a la protección y los cuidados de la comunidad). Además, en contra, se argumentó que se abriría el camino a una considerable interferencia del Estado en los derechos de los padres.[23]

3.2. Inserción en el discurso existente según la legislación europea e internacional

En segundo lugar, llama la atención la claridad con que la Corte Constitucional Federal enlaza con el derecho a la educación de la legislación europea e internacional en la exposición dogmática del derecho fundamental a la educación escolar.[24] La CCFA subraya en su decisión que el derecho a la educación en sus diferentes dimensiones de garantía es "coherente con la garantía de un `derecho a la educación` en virtud del derecho internacional y del derecho de la Unión".[25] En el siguiente párrafo, los magistrados y las magistradas se refieren al artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 28 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño; artículo 2, frase 1, del primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos; artículo 22, apartado 1, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, y artículo 14, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.[26] Estas referencias de la CCFA son importantes debido a que, en contraste, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su jurisprudencia, ya ha desarrollado garantías esenciales con respecto al derecho a la educación.[27] La CCFA exige al menos una orientación hacia la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,[28] sin que la considere vinculante para la jurisprudencia constitucional. Aunque la CCFA pueda llegar a resultados diferentes en casos individuales, al lector parece como si las magistradas y los magistrados de la CCFA no quisieran ofrecer un nivel de protección inferior al europeo o al internacional.[29]

---

[23] Friederike Wapler, *Kinderrechte und Kindeswohl* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2015), 501.

[24] Para el derecho a la educación escolar en el contexto del derecho internacional, véase también Von Landenberg-Roberg, "Das Grundrecht auf schulische Bildung im Kontext", 389 y 392 y s.

[25] CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 66.

[26] CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafos 67 y ss.

[27] TEDH, asunto 59751/15, G.L./ Italia de 10.09.2020.

[28] CCFA, 2 BvR 2365/09, 740/10, 2333/08, 1152/10, 571/10 de 4.5.2011, *Neue Juristische Wochenschrift* (2011), 1931, párrafo 89.

[29] Michael Wrase, "Ein Beschluss mit weitreichenden Folgen: Das Recht auf schulische Bildung nach der Schulschließungs-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts", *VerfBlog*, 5 de diciembre de 2021.

4. Puntos de crítica al nuevo derecho a la educación escolar

Visto lo anterior, sin embargo, hay algunos puntos de crítica al recién creado derecho fundamental a la educación escolar.

4.1. ¿Beneficios tangibles del derecho creado?

Los críticos dudan de que NNA tengan un beneficio suficientemente tangible y concreto de este derecho a la educación. Primero, porque el nuevo derecho formulado por la CCFA es muy impreciso.[30] Segundo, porque el derecho es mínimo, en tanto la CCFA exige solamente que se mantenga "un nivel mínimo indispensable" de educación escolar.[31] Además, esta Corte recorta inmediatamente el derecho.[32] Por ejemplo, asume que el derecho a la educación escolar no se extiende a las decisiones organizativas y financieras, como la estructura del sistema escolar. Asimismo, el derecho a la educación escolar no otorga a los alumnos un derecho originario a un diseño específico de escuelas estatales.[33] Según la CCFA, solo se trata de un derecho derivado.[34] Finalmente, hay quien opina que el planteamiento de este tribunal perjudica en realidad a los alumnos. Esto se debe a que se le ha concedido el derecho a la educación a distancia, pero no era eso lo que les preocupaba. Es cierto que la CCFA exige que se impartan los contenidos pedagógicos mínimos exigidos en la enseñanza a distancia. Sin embargo, no tiene en cuenta la grave afectación del desarrollo personal que caracteriza el cierre de la escuela.[35]

4.2. Paradoja: los alumnos no pueden ejercer el derecho de forma autónoma

En segundo lugar, se señaló críticamente que los alumnos a menudo no podrán percibir todavía el nuevo "derecho a la educación escolar" autónomamente.[36] En el futuro, no serán las/los NNA quienes decidan cuál es la escuela correcta y buena, sino que lo harán el legislador, la administración y los padres, que seguirán decidiendo

---

[30] Martin Nettesheim, "Schule als Markt staatlicher Bildungsangebote: Anmerkungen zum Beschluss des BVerfG vom 19. November 2021 ('Bundesnotbremse II – Schulschließungen')", *VerfBlog*, 30 de noviembre de 2021.

[31] CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafos 57 y 64.

[32] Nettesheim, "Schule als Markt staatlicher Bildungsangebote: Anmerkungen zum Beschluss des BVerfG vom 19. November 2021 ('Bundesnotbremse II – Schulschließungen')", cit.

[33] CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 52.

[34] CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafos 58 y ss.

[35] Christoph Degenhart, "Entscheidung unter Unsicherheit – die Pandemiebeschlüsse des BVerfG", *Neue Juristische Wochenschrift* (2022), 123, párrafo 28.

[36] Nettesheim, "Schule als Markt staatlicher Bildungsangebote: Anmerkungen zum Beschluss des BVerfG vom 19. November 2021 ('Bundesnotbremse II – Schulschließungen')", cit.

por encima de ellas/ellos. Esto sugiere que la decisión de la CCFA tuvo que haber estado preocupada principalmente por encontrar una manera de supervisar la política escolar correcta, pero menos por la protección de las/los NNA.[37]

5. Las consecuencias de la decisión

La primera consecuencia de esta decisión se refiere a la reivindicación de "un nivel mínimo indispensable" de educación escolar.[38] Es cierto que no hay "un derecho original a un diseño particular de escuelas estatales".[39] Es decir, los alumnos no pueden exigir nuevas estructuras ni cambiar las existentes. La CCFA deja así claro que no quiere convertirse en el escenario de las disputas sobre la política escolar y educativa. Sin embargo, la CCFA sí reclama "un nivel mínimo indispensable" de educación escolar que lo sitúa bajo "una reserva de lo posible".[40]

Pero, ¿qué se puede exigir ahora como "norma mínima indispensable"? ¿Y qué significa la decisión para futuros cierres de escuelas? Es cierto que los jueces de la CCFA han declarado el cierre de escuelas conforme a la Constitución. Sin embargo, no han dado, en absoluto, una plena libertad a los órganos políticos para promulgar las medidas contra el covid-19. Según los magistrados y las magistradas de esta Corte, se había alcanzado un "equilibrio razonable en su momento entre los intereses de bienestar público perseguidos por la medida y el daño a los derechos fundamentales de los alumnos".[41] La expresión "en su momento" es interesante, ya que lleva a deducir que la situación fáctica y epistemológica relevante es la del momento respectivo. Aunque la CCFA considera constitucionales los cierres de escuelas anteriores, no es necesariamente el caso de los futuros. En la decisión se subraya lo gravoso que es el cierre de las escuelas para las/los NNA (sobre todo quienes están en edad de ir a la escuela primaria).[42] También afirma que cuanto más se avance en la vacunación, más difícil será justificar el cierre de escuelas.[43] La pérdida acumulada de la enseñanza presencial también dificulta que se vuelva a ordenar la enseñanza a distancia de manera constitucional.[44] En cualquier caso, los magistrados y las magistradas de este tribunal reconocen un "derecho de los alumnos individuales a la educación a distancia" como un mínimo exigible e indispensable de la educación escolar.[45] Para futuros

[37] Nettesheim, "Schule als Markt staatlicher Bildungsangebote: Anmerkungen zum Beschluss des BVerfG vom 19. November 2021 ('Bundesnotbremse II – Schulschließungen')", cit.

[38] CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafos 57 y 64.

[39] CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 52.

[40] CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 56.

[41] CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 133.

[42] CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 148.

[43] CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 195.

[44] CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafos 136 y ss.

[45] CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 173.

cierres de escuelas en tiempos de pandemia, los jueces exigen un esfuerzo mucho mayor, especialmente en el ámbito de la digitalización.[46] Probablemente se deberá asumir que el equipamiento digital necesario es un mínimo exigible del derecho a la educación escolar, al menos para los alumnos y las alumnas que lo necesitan.[47]

Para concluir, la decisión deja abierta la posibilidad, en la práctica, de prohibir las clases escolares presenciales si hay peligro de infección, pero ello requiere un examen extremadamente cuidadoso de las condiciones previas y las compensaciones y mitigaciones de los efectos en la medida de lo posible.

Como segunda consecuencia derivada de la decisión, podemos ver cómo el derecho a la educación escolar también incluye el derecho a la igualdad de acceso a la educación escolar. Según la CCFA, este derecho se viola si los requisitos de acceso existentes están "diseñados o aplicados de forma arbitraria o discriminatoria".[48] Este derecho a la no discriminación podría resultar relevante en varios ámbitos de la legislación educativa. La CCFA hace referencia en su decisión a la Convención de la ONU contra el Racismo y a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En la práctica, el derecho a un acceso no discriminatorio al sistema escolar adquiere relevancia, por ejemplo, para las/los NNA solicitantes de asilo que son alojados en centros de primera acogida, donde a menudo solo reciben oportunidades educativas que no llegan a ser una educación escolar adecuada o para las/los NNA con discapacidad, prohibiendo la discriminación de las personas con esta condición en el acceso a la escuela. Además, se deben realizar "ajustes razonables para que las personas discapacitadas puedan acceder a la escuela".[49]

Conclusiones

En Alemania, al principio de la pandemia, se daba por sentado que las/los NNA irían a la escuela y que se cumpliría una parte sustancial de su derecho a la educación, de modo que a casi nadie le molestaba que el derecho a la educación no estuviera anclado en la LF. Sin embargo, desde el comienzo de la pandemia y las restricciones masivas asociadas a ella en las escuelas, el derecho a la educación ha adquirido un significado totalmente nuevo. Más que nunca, el covid-19 ha demostrado que la formulación clara e inequívoca de los derechos de las/los NNA y, especialmente, del derecho a la educación, no es en absoluto superflua. La falta de claridad en el contenido se debe, a su vez, a que no se menciona en la LF. Incluir el derecho a la

[46] CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafos 189-191.

[47] Wrase, "Ein Beschluss mit weitreichenden Folgen: Das Recht auf schulische Bildung nach der Schulschließungs-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts", cit.

[48] CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 60.

[49] CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 69.

educación en la LF puede contribuir de forma decisiva a dar más peso a los derechos de las/los NNA en los difíciles procesos de ponderación de la pandemia.

La sentencia de la CCFA no debe subestimarse como un paso hacia el fortalecimiento de los derechos de las/los NNA, aunque solo podría atribuírsele un efecto simbólico. En Alemania, en todo caso, ha dado un impulso al debate sobre si los derechos de las/los NNA deben ser incluidos expresamente en la LF. Sin embargo, aún queda mucho camino por recorrer en tanto el artículo 6 LF se ampliará para incluir un apartado con la siguiente redacción, según un proyecto de ley del Gobierno Federal de enero de 2021: "Se respetarán y protegerán los derechos constitucionales de los niños, incluido su derecho a desarrollarse como personalidades independientes. Se tendrá debidamente en cuenta el interés superior del niño. Se respetará el derecho constitucional de los niños a una audiencia legal".[50] Es lamentable que el derecho a la educación no se consagre explícitamente en la LF, ni siquiera en el actual proyecto de ley. Sin embargo, al menos el derecho de desarrollo del niño previsto en el proyecto de ley podría entenderse como la base de un derecho a la educación.

Bibliografía

Degenhart, Christoph. "Entscheidung unter Unsicherheit – die Pandemiebeschlüsse des BVerfG". *Neue Juristische Wochenschrift* (2022).

Freundl, Verena, Clara Stiegler y Larissa Zierow. "Europas Schulen in der Corona-Pandemie – ein Ländervergleich". Ifo *Schnelldienst*, año 8, n.º 74 (2021): 41-50. https://www.ifo.de/DocDL/sd-2021-12-freundl-stiegler-zierow-schulen-europa-corona.pdf.

Gast, Ellen. *Das Grundrecht auf Bildung.* Berlín: Wissenschaftlicher Verlag Berlin, 2019.

Heymann, Klaus-Dieter y Ekkehart Stein. "Das Recht auf Bildung: Dargestellt am Beispiel der Schulbildung". *Archiv des öffentlichen Rechts* 97, n.º 2 (1972).

Janisch, Wolfgang. "Verfassungsgericht zur Corona-Politik; Freifahrtschein aus Karlsruhe?". *Süddeutsche Zeitung*, 30 de noviembre de 2021.

[50] Proyecto de ley para enmendar la Ley Básica para consagrar explícitamente los derechos del niño, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Kinderrechte.pdf;jsessionid=D67EE154DE90049B41BA81D652752C58.1_cid324?__blob=publicationFile&v=3. Véase también el comunicado de prensa del 20 de enero de 2021, https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/aktuelles/presse/pressemitteilungen/bundesregierung-beschliesst-verankerung-von-kinderrechten-im-grundgesetz-165118; Friederike Wapler, "Kinderrechte ins Grundgesetz: Ein neuer Entwurf bringt nichts Neues", *VerfBlog*, 6 de diciembre de 2019; Friederike Wapler, "Und ewig grüßt das Kindeswohl: 'Kinderrechte ins Grundgesetz': der Groundhog Day des Verfassungsrechts", *VerfBlog*, 14 de enero de 2021.

Kirchhof, Gregor. "Die Kinderrechte des Grundgesetzes. Soll die Verfassung zugunsten von Kindern geändert werden?". *Neue Juristische Wochenschrift* (2018).

Landenberg-Roberg, Michael von. "Das Grundrecht auf schulische Bildung im Kontext". *Deutsches Verwaltungsblatt* (2022).

Lischewski, Isabel. "Ein Recht nur für Kinder?: Das Recht auf Bildung im Schulschließungsbeschluss des BVerfG im Lichte der Kinderrechtsdebatte". *VerfBlog*, 30 de noviembre de 2021. doi: 10.17176/20211130-190640-0.

Nettesheim, Martin. "Schule als Markt staatlicher Bildungsangebote: Anmerkungen zum Beschluss des BVerfG vom 19. November 2021 ('Bundesnotbremse II – Schulschließungen')". *VerfBlog*, 30 de noviembre de 2021.

Stein, Ekkehart. *Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule*. Berlín: Luchterhand, 1967.

Wapler, Friederike. *Kinderrechte und Kindeswohl*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.

Wapler, Friederike. "Kinderrechte ins Grundgesetz: Ein neuer Entwurf bringt nichts Neues". *VerfBlog*, 6 de diciembre de 2019.

Wapler, Friederike. "Und ewig grüßt das Kindeswohl: 'Kinderrechte ins Grundgesetz': der Groundhog Day des Verfassungsrechts". *VerfBlog*, 14 de enero de 2021.

Wrase, Michael. "Ein Beschluss mit weitreichenden Folgen: Das Recht auf schulische Bildung nach der Schulschließungs-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts". *VerfBlog*, 5 de diciembre de 2021.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXVIII, BOGOTÁ, 2022, PP. 299-321, ISSN 2346-0849

Claudio Nash* **(Chile)**
Florencia Moral** **(Chile)**

La protección judicial frente al uso de escopetas de perdigones en el marco de manifestaciones públicas: el caso chileno

RESUMEN

En el presente artículo se analiza la protección judicial respecto del uso de la fuerza en contextos de protesta social, a partir de una sentencia dictada por la Corte Suprema de Chile, el 22 de febrero de 2021, la cual dejó sin efecto la única acción de protección que había sido acogida por una Corte de Apelaciones en relación con el uso de escopetas de perdigones como mecanismo para reprimir actos de violencia en el marco de las manifestaciones públicas. Este escrito se centra en los incumplimientos del fallo de la Corte Suprema en materia de obligaciones constitucionales e internacionales relativas a una protección judicial efectiva de derechos fundamentales y los déficits argumentativos de la sentencia, a la luz de la propia jurisprudencia del máximo tribunal en materia de protección de derechos fundamentales.

Palabras clave: Corte Suprema; escopetas de perdigones; protección judicial.

Judicial protection against the use of pellet guns in the context of public demonstrations. The Chilean Case

ABSTRACT

This article analyzes judicial protection of the use of force in the context of social protests, based on a decision issued by the Supreme Court of Chile on February 22,

* Ph. D. Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. cnash@derecho.uchile.cl / código orcid: 0000-0003-3124-166X.

** Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Directora de la Junta Directiva de Amnistía Internacional Chile. florencia.moral@ug.uchile.cl / código orcid: 0000-0003-3665-0382.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

2021, which annulled the only protection action that had been upheld by a Court of Appeals in relation to the use of pellet guns as a mechanism for suppressing acts of violence committed during public demonstrations. The article focuses on the Supreme Court decision's breach of constitutional and international obligations regarding the effective judicial protection of fundamental rights, and its argumentative deficits in light of the highest court's own jurisprudence on the protection of fundamental rights.

Keywords: Supreme Court; pellet guns; judicial protection.

Der Rechtsschutz gegen den Einsatz von Schrotgewehren bei öffentlichen Demonstrationen: das Beispiel Chile

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Beitrag analysiert den Rechtsschutz gegen die Anwendung von Gewalt bei sozialen Protesten auf der Grundlage eines vom Obersten Gerichtshof Chiles am 22. Februar 2021 verkündeten Urteils, mit dem die einzige Rechtsschutzklage gegen den Einsatz von Schrotgewehren zur Bekämpfung von Gewalttaten im Rahmen politischer Demonstrationen, die von einem Berufungsgericht zugelassen worden war, abgewiesen wurde. Der Artikel konzentriert sich auf die fehlende Umsetzung der höchstrichterlichen Entscheidung zu den verfassungsrechtlichen und internationalen Verpflichtungen auf dem Gebiet des effektiven Grundrechtsschutzes sowie auf die Argumentationsmängel des Urteils im Lichte der eigenen Rechtsprechung des obersten Gerichts zum Schutz der Grundrechte.

Schlagwörter: Oberster Gerichtshof; Schrotgewehre; Rechtsschutz.

Introducción

El 22 de febrero de 2021, la Corte Suprema dictó la Sentencia Rol 79.055-2020, que rechazó una acción de amparo constitucional respecto de la actuación de Carabineros en relación con el uso de las escopetas de perdigones en el marco de las manifestaciones sociales de octubre de 2019 en Chile.

Esta sentencia es de gran relevancia para la discusión sobre la protección constitucional de derechos fundamentales en contextos de protesta social, ya que es la primera que dicta la Corte Suprema referida al actuar de Carabineros y las consecuencias para la integridad física de las personas afectadas por el uso de armas menos letales en Chile.

La hipótesis que se pretende demostrar es que la protección judicial en el país en el contexto de la protesta social ha incumplido con las obligaciones constitucionales e internacionales de protección de derechos humanos por parte de la Corte Suprema y es restrictiva en materia de interpretación de los alcances de la acción

constitucional de protección. Además, esta aproximación restrictiva se aleja de la jurisprudencia de la propia Corte Suprema en la materia. Por ello, es pertinente analizar a fondo el razonamiento de la Corte y contrastarlo con las obligaciones de protección que se derivan de la Constitución y de los compromisos internacionales del Estado de Chile.

1. El contexto de la sentencia: violaciones graves de los derechos humanos

Desde el 18 de octubre de 2019 se produjo en Chile un movimiento ciudadano caracterizado por masivas movilizaciones en contra del modelo económico y político heredado de la dictadura, y administrado durante tres décadas por gobiernos de centro izquierda y centro derecha.[1] Estas movilizaciones tuvieron distintas expresiones, la mayoría de ellas pacíficas, pero también con incidentes violentos, como saqueos y quema de inmuebles.[2] Tales protestas se extendieron por todo el país hasta marzo de 2020, cuando la pandemia obligó a medidas de confinamiento de la población.[3]

Como consignan informes nacionales[4] e internacionales,[5] la respuesta del Gobierno fue una dura represión. Así, el 19 de octubre de 2019 se decretó el estado de

---

[1] *Pléyade. Revista de Humanidades y Ciencias Sociales*, número especial: Revueltas en Chile (2020), http://www.revistapleyade.cl/index.php/OJS/libraryFiles/downloadPublic/6.

[2] Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile en el contexto de la crisis social. 17 de octubre-30 de noviembre 2019* (Santiago: Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2019), 13-21, https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1701/Informe%20Final-2019.pdf?sequence=1yisAllowed=y.

[3] Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Primer Informe de Seguimiento a las Recomendaciones del INDH en su Informe Anual 2019. 02 de febrero de 2021* (Santiago: Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2021), 11-15, https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2021/02/Primer-Informe-de-Seguimiento-de-Recomendaciones.pdf.

[4] Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile en el contexto de la crisis social. 17 de octubre-30 de noviembre 2019*, cit.; Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Primer Informe de Seguimiento a las Recomendaciones del INDH en su Informe Anual 2019. 02 de febrero de 2021*, cit.; Defensoría de la Niñez, *Informe Anual 2020. Derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en Chile* (Santiago: Defensoría de la Niñez, 2020), https://www.defensorianinez.cl/informe-anual-2020/PapelDigital/ia2020/ia2020.html; Defensoría Universidad de Chile, *Informe Defensoría de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Chile en el contexto de las movilizaciones sociales de 2019* (Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2020), http://derecho.uchile.cl/contenidos-destacados/informe-de-la-defensoria-juridica-de-la-universidad-de-chile; Osvaldo Torres *et al.*, Informe sobre los derechos humanos en Chile (18 de octubre de 2019-12 marzo de 2020) (Santiago: Heinrich Böll Stiftung, 2020), 84-119, https://cl.boell.org/es/2020/12/21/el-estallido-las-violaciones-los-derechos-humanos.

[5] Amnistía Internacional, *Ojos sobre Chile: violencia policial y responsabilidad de mando durante el estallido social*, octubre de 2020, https://www.amnesty.org/es/latest/research/2020/10/eyes-on-chile-police-violence-at-protests/; Amnistía Internacional, *Chile:*

excepción constitucional de emergencia, lo que implicó restricciones a los derechos de locomoción y reunión con un amplio despliegue de las Fuerzas Armadas para el restablecimiento del orden público.[6] Luego de 10 días, el estado de emergencia fue levantado y dichas labores quedaron entregadas exclusivamente a Carabineros de Chile, cuyo actuar represivo fue ampliamente documentado nacional e internacionalmente, dando cuenta de lo que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) calificaría, tras su visita *in loco*, como "una grave crisis de derechos humanos".[7]

Todos los informes coinciden en un aspecto crucial, cual es el uso indiscriminado y desproporcionado (arbitrario) e ilegal de las armas menos letales (perdigones, bombas lacrimógenas, etc.) por parte de Carabineros en el control de las manifestaciones. Este actuar generó una situación inédita en Chile, en la que miles de personas resultaron heridas, cientos de ellas con lesiones oculares por impacto de perdigones y uso de agentes químicos.[8]

En ese contexto, numerosos individuos e instituciones recurrieron a la justicia en busca de protección jurisdiccional, mediante la acción constitucional de protección. Ella está regulada en el artículo 20 de la Constitución vigente (CPR),[9] y tiene por objetivo proteger ante "actos u omisiones arbitrarios o ilegales" que provoquen

---

Política deliberada para dañar a manifestantes apunta a responsabilidad de mando, comunicado de prensa, 21 de noviembre de 2019, https://www.amnesty.org/es/latest/news/2019/11/chile-responsable-politica-deliberada-para-danar-manifestantes/; Human Rights Watch, *Chile: Llamado urgente a una reforma policial tras las protestas. Uso excesivo de la fuerza contra manifestantes y transeúntes; graves abusos en detención. Informe visita a Chile,* 26 de noviembre de 2019, https://www.hrw.org/es/news/2019/11/26/chile-llamado-urgente-una-reforma-policial-tras-las-protestas; CIDH, "CIDH condena el uso excesivo de la fuerza en el contexto de las protestas sociales en Chile, expresa su grave preocupación por el elevado número de denuncias y rechaza toda forma de violencia", comunicado de prensa, 6 de diciembre de 2019, http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/317.asp; Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Informe sobre la Misión a Chile. 30 de octubre-22 de noviembre de 2019*, https://www.ohchr.org/Documents/Countries/CL/Report_Chile_2019_SP.pdf.

[6] El primer decreto de estado de excepción constitucional fue publicado el 19 de octubre de 2019 (véase https://www.interior.gob.cl/transparenciaactiva/doc/ActosyDocumentosDiarioOficial/200/6849284.pdf).

[7] Las conclusiones y recomendaciones de la CIDH luego de su visita se pueden consultar en https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/018.asp.

[8] Según información disponible en marzo de 2020, se registraban 460 casos de lesiones oculares, que incluyen a dos personas que quedaron ciegas (Gustavo Gatica y Fabiola Campillay) (Véase Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe Anual sobre la situación de derechos humanos en Chile en el contexto de la crisis social. 17 de octubre-30 de noviembre 2019*, cit.).

[9] Artículo 20. "El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24°, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección

"privación, perturbación o amenaza" en el legítimo derecho a la vida e integridad personal, libertad de expresión y reunión (entre otros) y habilita a los tribunales superiores a adoptar "de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado", lo que procede "sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes". De esta guisa, estamos ante una acción constitucional amplia y que permite una efectiva protección, al menos, en teoría.[10]

Para efectos de este comentario, conviene tener presente otro elemento contextual, cual es el marco jurisprudencial donde se inserta la discusión sobre protección de derechos humanos, vía acción de protección. Así, el proceso de convergencia entre la protección nacional e internacional de derechos humanos que venía produciéndose en Chile, y en el que la acción de protección estaba cumpliendo un importante rol, constituía un punto de referencia para evaluar la viabilidad de una efectiva protección constitucional de derechos en momentos de crisis. De hecho, al menos desde 2008, se había producido una tendencia jurisprudencial, liderada por la propia Corte Suprema, que denotaba un uso cada vez más sustantivo del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) para resolver casos a nivel nacional.[11]

Asimismo, es pertinente recordar que la forma en que actúan los tribunales para dar efectividad a los derechos humanos es una cuestión relevante para la plena vigencia del Estado de derecho y el cumplimiento de los compromisos internacionales del Estado. En efecto, un Estado de derecho debe ser capaz de controlar los excesos en el uso de la fuerza de sus agentes y, para ello, los mecanismos constitucionales deben ser una herramienta oportuna y eficaz. Ello implica el deber de garantizar la primacía de la ley, estando las autoridades sometidas a su imperio, y la existencia de medidas idóneas para su control.[12] Así, la Constitución es clara al señalar que los derechos que emanan de la naturaleza humana consagrados en ella y en tratados internacionales vigentes en Chile son un límite a la soberanía (CPR, art. 5, inc. 2º[13]),

---

del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del Nº 8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada".

[10] Gastón Gómez, *Derechos fundamentales y recurso de protección* (Santiago: Ediciones UDP, 2012); Francisco Leturia, "Las acciones cautelares y el recurso de protección. ¿Es necesaria una duplicidad de instituciones? Notas para una mejor garantía de los derechos fundamentales", *Revista Estudios Constitucionales,* n.º 16 (2018): 227-244.

[11] Claudio Nash y Constanza Núñez, *La dimensión estructural de la garantía jurisdiccional de derechos humanos. El caso chileno y el contexto internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020).

[12] Luigi Ferrajoli, *Principio Iuris* (Madrid: Editorial Trotta, 2011), 223.

[13] Artículo 5, inciso 2º. "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del

y que toda autoridad debe actuar conforme a la Constitución y las leyes (CPR, art. 6, inc. 1º).[14]

Adicionalmente, pesa sobre los Estados la obligación de respetar y garantizar sin discriminación los derechos establecidos internacionalmente (Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH, art. 1.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, PIDCP, art. 2.1).[15] Entre tales garantías, cobra especial relevancia el derecho a un recurso rápido y efectivo (CADH, art. 25.1; PIDCP, art. 2.3).[16]

Habida consideración de estos antecedentes fácticos y normativos, la primera sentencia de la Corte Suprema sobre la protección de los derechos humanos frente al uso de armas menos letales por parte de Carabineros resulta de suma relevancia, dado que permite determinar si se está cumpliendo con la Constitución y con los estándares internacionales sobre el deber de protección judicial frente a violaciones de derechos humanos. Ello, pues, indudablemente, en un sistema judicial jerarquizado como el chileno, los parámetros que establece la Corte Suprema tienen un enorme efecto de irradiación en todo el sistema judicial.

Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

[14] Artículo 6, inciso 1º. "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República".

[15] CADH, artículo 1.1. "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".

PIDCP, artículo 2.1. "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Sobre los alcances de la obligación de respeto y garantía, véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos Pelayo, "Obligación de respetar los derechos", en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentarios,* coord. por Christian Steiner y Patricia Uribe (Bogotá: Editorial Temis, 2019), 31-70.

[16] CADH, artículo 25.1: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los 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".

PIDCP, artículo 2.3.a): "3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales".

Una completa síntesis jurisprudencial se puede encontrar en Corte IDH, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana. Protección judicial*, n.º 13 (2018), https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo13.pdf.

A fin de arribar a una conclusión fundada se sigue el siguiente esquema: se reseña el contenido de la Sentencia Rol 79.055-2020, dictada por la Corte Suprema el 22 de febrero de 2021; luego, se contrasta su contenido con las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado; enseguida, se pasa a evaluar los riesgos asociados a la forma en que la Corte Suprema resolvió el caso; finalmente, se proponen vías alternativas de resolución de este tipo de casos a futuro, y el estudio se cierra con algunas conclusiones.

2. Respuesta judicial. Análisis del fallo

2.1. Contexto del caso

De las múltiples acciones de protección interpuestas en todo el país,[17] destinadas a controlar el uso de las armas menos letales por parte de Carabineros, llama especialmente la atención una resolución adoptada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que se apartó del criterio común de las otras altas cortes, que rechazaron o simplemente no resolvieron las acciones interpuestas.[18] Así, dicha Corte dictó la Sentencia Rol 37.406-2019, de junio de 2020, en causa iniciada por la interposición de acciones de protección por diferentes entidades (observadores de derechos humanos, Defensoría del Pueblo de Chile, instituciones educativas, representantes de la Municipalidad, juntas de vecinos y otros) en contra de Carabineros, por el uso ilegal y arbitrario de escopetas antidisturbios.

En cuanto al uso de las armas menos letales, la Corte de Valparaíso ordenó: "[…] se prohíbe al recurrido Carabineros de Chile el uso, a todo evento, de balines percutidos a través de escopetas antidisturbios, debiendo implementar al efecto un protocolo para su utilización".[19] Además, esta sentencia resolvió una acción de

[17] En una memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, doña Florencia Moral ha logrado establecer los siguientes datos: entre el periodo de octubre de 2019 a agosto de 2020, solo una sentencia acogió las pretensiones de recurrentes en cuanto a prohibir el uso de ciertas armas menos letales por parte de Carabineros, sentencia pronunciada por la Corte de Valparaíso (Rol 37.406-2019 de 19 de junio de 2020); otras 96 sentencias dictadas por cortes de todo el país optaron por desestimar las acciones intentadas (Florencia Moral, "La aplicación de estándares de derechos humanos por los tribunales superiores de justicia respecto al uso de la fuerza ejercida por Carabineros de Chile. Análisis Jurisprudencial del período denominado 'estallido social' y meses subsecuentes [2019-2020]" (Memoria de título Universidad de Chile, 2021), 30 y ss.; 65 y ss.; 127 y ss.).

[18] En su informe 2020, el INDH da cuenta de cinco acciones de protección ante altas cortes, de las cuales cuatro fueron rechazadas, y solo una acogió la acción deducida (Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Primer Informe de Seguimiento a las Recomendaciones del INDH en su Informe Anual 2019. 02 de febrero de 2021*, cit., 31).

[19] La Corte fundamenta esta orden señalando: "Que en relación a lo expresado precedentemente, la fuerza pública actuante en las manifestaciones que se han sucedido con motivo del estallido social acontecido a partir del mes de octubre del año pasado, ha desoído el principio

protección interpuesta por dueños de establecimientos comerciales, quienes reclamaban que la inacción de Carabineros en la protección de sus locales frente a actos de vandalismo violaba su derecho constitucional de propiedad. Esta alegación fue acogida, al ser resuelta por la Corte:

> Que se instruye al recurrido Carabineros de Chile, para que en lo sucesivo, en el caso que se produzcan manifestaciones públicas en la ciudad de Valparaíso, se adopten todas las medidas de resguardo, seguridad y vigilancia tanto de los edificios públicos como privados, frente a todo acto de carácter vandálico que amenace o afecte la integridad de dichos inmuebles (parte resolutiva).

En síntesis, la Ilustrísima Corte de Valparaíso declaró que el actuar de Carabineros había incumplido el deber de gradualidad y proporcionalidad en el uso de la fuerza, constituyendo dicho proceder una actuación ilegal y arbitraria. Asimismo, declaró que la falta de un aparato de inteligencia eficaz y moderno que permitiera anticiparse a actos de violencia, vulneró el derecho de propiedad.

Este fallo fue apelado, lo que motivó la sentencia de la Corte Suprema objeto de este comentario jurisprudencial.[20]

2.2 Razonamiento jurídico del fallo

El 22 de febrero de 2021 se publicó la sentencia de la Corte Suprema sobre el uso de armas menos letales por parte de Carabineros y su deber de protección de la propiedad privada en el marco de manifestaciones públicas.[21]

---

esencial que debe guiar sus actos, cual es la gradualidad y proporcionalidad en el empleo de la fuerza en su accionar, lo que se ve representado por, en algunos casos, una actitud desafiante para contener a la multitud y en otros, para reprimir inmediatamente dichas manifestaciones por medios violentos, como lo es la utilización de la mencionada escopeta antidisturbios, sin realizar, previamente, los pasos a los cuales estaba obligada a ceñirse por protocolo, alejándose del principio de aplicación de la fuerza de manera gradual y proporcional, como se dijera, que es aquél que debe regir su actos en la contención de las manifestaciones ciudadanas, por los hechos que han requerido su presencia, accionar de la fuerza policial que, como se ha visto, ha causado graves daños en las personas participantes en ellos, constituyéndose dicho proceder en una actuación ilegal y arbitraria, que ha causado una perturbación y amenaza al ejercicio legítimo de sus derechos por parte de los recurrentes, lo que deviene en una vulneración a la integridad física y psíquica de los actores, como asimismo, a la trasgresión del derecho de reunión, establecidos en los numerales 1° y 13° del artículo 19, respectivamente, de la Carta Fundamental, todos amparados por la acción cautelar de protección que se ha interpuesto en estos antecedentes" (SCA Valparaíso, Rol 37.406-2019 y acumuladas de 19 de junio de 2020, considerando 25).

[20] Las sentencias completas pueden ser consultadas en https://www.diarioconstitucional.cl/2021/02/23/cs-revoca-sentencia-y-desestima-recurso-de-proteccion-contra-carabineros-de-chile-por-utilizar-escopetas-antidisturbios-en-diversas-manifestaciones-de-la-region-de-valparaiso/.

[21] Corte Suprema, SCS Rol 79.055-2020 de 22 de febrero de 2021.

La sentencia sigue la siguiente estructura. En primer lugar, reseña los planteamientos de los manifestantes recurrentes (considerandos 1° al 15°) y de los propietarios de locales comerciales (considerando 16°), los informes de organismos estatales (considerando 17°), así como los argumentos de quienes apelaron a la sentencia (considerandos 18° y 19°); finalmente, examina la sentencia recurrida (considerando 20°) y las apelaciones incoadas (considerandos 21° y 22°).

La Corte Suprema sintetiza en tres los principales argumentos esgrimidos por la Corte de Apelaciones recurrida para acoger las acciones deducidas (considerando 20°). El primero, respecto del uso de escopetas por parte de Carabineros, consiste en la constatación de un uso desproporcionado de este medio por parte de las autoridades; en cuanto a la actuación de la policía para la protección de la propiedad, la Corte se basa en la inacción policial frente a los saqueos y actos de vandalismo; finalmente, en cuanto a las responsabilidades penales, señala que estas deben ser determinadas por los mecanismos procesales penales correspondientes (esto último no fue materia de conocimiento de la Corte Suprema).

En su análisis de fondo, la Corte Suprema parte de clarificar cuál es el alcance de la acción de protección:

> Que, para la decisión de la cuestión debatida, debe tenerse en consideración que la acción de protección constituye la aplicación del principio cautelar o principio protector que tiene rango constitucional, en cuya virtud la Administración del Estado tiene el deber de tomar todas las medidas necesarias que permitan a las personas ejercer sus derechos en plenitud, para lo cual se les permite adoptar decisiones extraordinarias que posibiliten restablecer el equilibrio, cuando el ejercicio de dichos derechos se vea amenazado, perturbado o amagado por acciones u omisiones de terceros. Tenemos así que, al constituir el mencionado, un principio deber, impone una obligación a esta Corte de disponer todo aquello que sea conducente, cuando se dan las circunstancias fácticas que así lo exigen (considerando 23°).

Luego, la magistratura pasa a resolver las dos cuestiones en discusión: el uso de las escopetas por parte de Carabineros y la efectividad de la protección de la propiedad frente a actos de violencia y vandalismo (considerando 25°).

Para resolver la primera cuestión, la sentencia reseña las medidas adoptadas por las autoridades. Así, la Corte cita algunos artículos del Decreto 1.364, de 4 de diciembre de 2018 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que regula el uso de las armas menos letales por parte de Carabineros (considerando 26°); describe los objetivos de la Circular 1.832 del mismo Ministerio, que actualiza la normativa de uso de la fuerza (considerando 27°); y señala que Carabineros acompañó la Orden 2.780, que establece un protocolo para el mantenimiento del orden público y actualiza el protocolo 2.8 sobre el empleo de la escopeta antidisturbios y contempla la regulación del uso de armas químicas (considerando 28°).

Sobre tales antecedentes formales, concluye que la acción de protección no es la vía idónea para proteger los derechos de los manifestantes, argumentando que el contenido del protocolo, la pertinencia del uso de determinadas armas y la forma en que se emplea la fuerza son temas que no pueden ser resueltos vía acción de protección. En palabras del propio tribunal,

> Que, conforme lo expuesto, se observa que se han dictado los protocolos que regulan el uso de la fuerza, conforme a los cuales los agentes policiales deben ajustar su acción, en los términos que para cada caso se detalla. Sin embargo, la determinación de la legalidad del actuar de Carabineros de Chile conteniendo las manifestaciones sociales, la pertinencia del uso de determinadas armas de fuego, el uso proporcional de la fuerza, el contenido del protocolo y la utilización de determinados implementos para contener las manifestaciones sociales, es una temática que no puede ser resuelta por esta vía, pues los hechos y peticiones que se describen exceden de las materias que deben ser conocidas a través del recurso de protección, por lo que el recurso no podrá prosperar en ese aspecto.[22]

En segundo lugar, para resolver la cuestión relativa a la protección de la propiedad, la Corte indica cuáles son las obligaciones constitucionales del Presidente en materia de orden público (CPR, art. 24, inc. 2º[23]) y las obligaciones del Ministerio de Interior en la materia[24] (considerando 30°). Luego, analiza las obligaciones de Carabineros (considerando 31°, inc. primero) y sobre esa base concluye:

> En efecto, los hechos descritos importan necesariamente la vulneración del derecho de propiedad de quienes han sido afectados por incendios y saqueos y han visto destruidos los enseres, valores y bienes de particulares. En esas condiciones, procede acoger los recursos de protección deducidos, a fin de restablecer el imperio del derecho y dar la protección debida a los derechos fundamentales de la población afectada, frente a alteraciones del orden público que deben ser prevenidas y repelidas por las Fuerzas de Orden y de Seguridad Pública, en el ejercicio de las funciones que les son propias, por lo que la sentencia recurrida se confirmará en este acápite. (Considerando 31º inciso segundo)

Esta decisión torna ciertamente incomprensible la primera. En efecto, si la Corte Suprema hubiese rechazado ambas medidas de protección, se entendería que

---

[22] Corte Suprema, SCS Rol 79.055-2020 de 22 de febrero de 2021, considerando 29º.

[23] CPR, artículo 22, inciso 2º: "Su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes".

[24] La Ley 20.502 de febrero de 2011 regula esta materia.

estamos ante una visión restrictiva de la protección constitucional, pero consistente. En cambio, al acoger una (propiedad) y rechazar otra (integridad y vida), la decisión resulta completamente incoherente, al diferenciarse ambos ámbitos de protección sin ofrecer criterios sustantivos que justifiquen la inconsistencia argumentativa.

Dicho lo anterior, corresponde ahora entrar al fondo del asunto y contrastar esta sentencia con las obligaciones constitucionales e internacionales de la Corte Suprema en materia de protección de derechos humanos.

2.3. Análisis crítico

2.3.1. Incumplimiento de obligaciones constitucionales

La determinación de la Corte Suprema resulta problemática, analizada desde múltiples perspectivas. En primer lugar, se advierte que con este pronunciamiento el máximo tribunal del país incumple con la propia Constitución y las obligaciones en materia de resguardo de derechos fundamentales que de ella se desprenden.

En efecto, hemos visto que el artículo 20 consagra el mecanismo que la carta fundamental franquea a todas las personas que, como consecuencia de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, sufren privación, perturbación o amenaza a sus derechos y garantías constitucionales. Así, a través de la acción constitucional de protección, se entregan amplias facultades a la judicatura para efectos de resguardar los derechos humanos vulnerados o amenazados, pues la norma establece que los tribunales superiores de justicia podrán disponer inmediatamente "las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes". Conviene además advertir que esta acción constitucional no resulta incompatible con otra clase de acciones que el ordenamiento jurídico consagra, como aquellas que buscan establecer responsabilidades civiles, administrativas, o penales.[25]

Considerando que esta acción tiene por objeto restablecer en forma rápida y eficaz la vigencia del ordenamiento jurídico y el ejercicio de los derechos de la persona afectada,[26] resulta desconcertante que la Corte sostenga que "los hechos y peticiones que se describen exceden de las materias que deben ser conocidas a través del recurso

[25] Sobre las características y la eficacia de la acción constitucional de protección, véase Francisco Leturia, "Las acciones cautelares y el recurso de protección. ¿Es necesaria una duplicidad de instituciones?", *Estudios Constitucionales* 16, n.º 1 (2018); Gastón Gómez, *Derechos fundamentales y recurso de protección* (Santiago: Ediciones UDP, 2012); Enrique Navarro, "35 años del recurso de protección. Notas sobre su alcance y regulación normativa", *Estudios Constitucionales* 10, n.º 2 (2012): 617-642, y Miriam Henríquez, *Acción de protección*, Serie Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial (CJAJ) (Santiago: Ediciones DER, 2018).

[26] Humberto Nogueira, "La acción constitucional de protección en Chile y la acción constitucional de amparo en México", *Revista Ius et Praxis* 16, n.º 1 (2010): 219-286.

de protección".[27] Más llamativa es tal afirmación cuando, en la misma sentencia, se resuelve que deben "adoptarse las medidas que sean necesarias para que los agentes policiales actúen coordinadamente para resguardar adecuadamente la propiedad",[28] entendiéndose que la acción de protección es adecuada para decidir acerca de las afectaciones del derecho de propiedad por parte del actuar policial, pero no de los derechos a la integridad y la vida.

De esta forma, sin ninguna fundamentación ni análisis normativo o lógico, la Corte Suprema decide abstenerse de pronunciarse sobre el tema de fondo, dejando sin protección alguna a las personas en un grave contexto de violencia represiva. En efecto, la Corte no se hace cargo ni analiza los hechos que fundamentan el recurso, ni el accionar de Carabineros en cumplimiento de las normas que regulan su actuar. Así, el fallo omite hacerse cargo de los informes nacionales e internacionales, contestes en que el actuar de Carabineros no ha respetado las obligaciones nacionales e internacionales sobre uso de la fuerza,[29] la ilegalidad en su ejercicio, incumpliendo los propios protocolos de la institución,[30] el uso de munición destinada a dañar a manifestantes en forma desproporcionada,[31] y que dichos actos han perdurado en el tiempo y abarcado todo el territorio nacional.[32]

En cambio, la sentencia de la Corte Suprema sí se encarga de analizar el actuar de Carabineros para "contener los daños producidos durante la época de las manifestaciones sociales", en relación con la consagración constitucional y legal de la función de resguardar el orden público que compete a dicho cuerpo policial.[33]

Se entiende que para que una acción constitucional de protección sea procedente, la situación jurídica producida por el acto, hecho u omisión arbitraria o ilegal denunciado debe constituir una amenaza o afectación manifiesta e incontestable, de naturaleza directa y grave, lo que precisamente justifica la adopción de medidas

---

[27] Corte Suprema, SCS Rol 79.055-2020 de 22 de febrero de 2021, considerando 29º.

[28] Corte Suprema, SCS Rol 79.055-2020 de 22 de febrero de 2021, considerando 31º.

[29] Javier Velásquez, Catalina Fernández y Scott Reynhout, "¿No letales? Un análisis criminológico, criminalístico y jurídico sobre los peligros de los proyectiles de impacto de energía cinética", *Política Criminal* 16, n.º 32 (2021): 554-596.

[30] El Informe de Human Rights Watch de diciembre de 2019 denunció que no se siguen los protocolos, al disparar en un ángulo distinto al permitido y usar munición con potencial de daño e incluso letal (Human Rights Watch, *Chile: Llamado urgente a una reforma policial tras las protestas,* cit.).

[31] Para un completo análisis del actuar policial y, particularmente, del alto mando, véase Amnistía Internacional, *Ojos sobre Chile: violencia policial y responsabilidad de mando durante el estallido social,* cit.

[32] Sobre los alcances territoriales y temporales del uso de armas menos letales desde octubre de 2019, véase INDH, "Mapa de las violaciones a los derechos humanos", 17 de octubre-30 de noviembre de 2019, https://mapaviolacionesddhh.indh.cl/.

[33] Corte Suprema, SCS Rol 79.055-2020 de 22 de febrero de 2021, considerando 30°.

extraordinarias para el restablecimiento inmediato del derecho fundamental del afectado y del imperio del derecho constitucional como orden jurídico.[34]

Pues bien, la Corte Suprema no se refiere a la certeza ni gravedad de las afectaciones o amenazas a la integridad y vida de los manifestantes, no obstante que varios de los recurrentes fueron víctimas del uso de balines por parte de la policía. Por el contrario, al realizar este análisis en lo que refiere al derecho de propiedad, sí dan por comprobada su afectación y amenaza. En efecto, la Corte establece:

> Que en aquello que concierne a Carabineros de Chile, en sus informes, ha reconocido las labores que les corresponden en relación con la seguridad pública y la prevención y represión de hechos de violencia. En efecto, cada una de ellas, asumiendo dichas funciones, afirma haberlas ejercido a cabalidad, a través de la adopción de distintas medidas, las cuales ciertamente y a la luz de los antecedentes acompañados y que son de público conocimiento, *sus procedimientos no han sido suficientes para evitar hechos como aquellos que se describen en el recurso y que han afectado a la población de la ciudad de Valparaíso, debiendo adoptarse las medidas que sean necesarias para que los agentes policiales actúen coordinadamente para resguardar adecuadamente la propiedad.* (Considerando 31°) (Énfasis agregado)

En definitiva, de los considerandos pertinentes, no se desprende ningún razonamiento que justifique el trato desigual que se da a los diferentes derechos fundamentales transgredidos, propiedad *versus* integridad y vida; ni tampoco se justifica por qué las afectaciones a los comerciantes de la ciudad de Valparaíso constituirían hechos públicos y notorios, no así las lesiones sufridas por múltiples manifestantes. Lejos de analizar el contenido constitucional (e internacional) consagrado en los respectivos derechos y sus garantías intrínsecas, evaluando si ellos han sido o no afectados a través de un acto u omisión ilegal o arbitrario, en el fallo no se identifica ningún esfuerzo por delimitar los derechos invocados por los recurrentes, el actuar de los recurridos, ni su interacción con los estándares constitucionales y legales exigibles a ellos, "con lo cual el contenido del derecho fundamental es utilizado discrecionalmente o debe subentenderse, no existiendo argumentación convincente suficiente",[35] en este caso, respecto del rechazo de las pretensiones de los manifestantes.

En suma, al no existir motivo alguno que explique el tratamiento dispar respecto de los diferentes grupos de recurrentes, no solo se transgrede el derecho fundamental

---

[34] Humberto Nogueira, "El recurso de protección en el contexto del amparo de los derechos fundamentales latinoamericano e interamericano", *Revista Ius et Praxis* 13, n.º 1 (2007): 89-90.

[35] Nogueira, "El recurso de protección en el contexto del amparo de los derechos fundamentales latinoamericano e interamericano", 122.

a poner en ejercicio las facultades jurisdiccionales de los tribunales ante la perturbación o amenaza de sus garantías fundamentales, sino que torna a la determinación adoptada en atentatoria del derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, según el artículo 19.3 de la CPR.

2.3.2. Incumplimiento de obligaciones internacionales

Junto con el respeto irrestricto que toda decisión judicial debe dar a las normas y los principios constitucionales, también existen otras obligaciones, esta vez provenientes del ámbito internacional y los compromisos suscritos en tal sede por el Estado chileno, según las cuales los tribunales de justicia deben ajustar sus decisiones.

En consecuencia, las obligaciones de las autoridades estatales frente a la protesta social son las propias de todos los derechos humanos, esto es, respetar su ejercicio y garantizarlo sin discriminación, a través de la organización de todo el aparato de poder público para permitir su libre y pleno ejercicio.[36] De esta forma, las autoridades deben adoptar medidas preventivas para permitir el ejercicio de las manifestaciones, proteger a quienes ejercen el derecho, y castigar adecuadamente a quienes lo impiden. A su turno, el derecho a la protesta debe poder ser ejercido en condiciones de igualdad y no discriminación, lo que implica que "los Estados no pueden limitar la

[36] "La obligación general de respetar tiene una especial aplicación a los efectos de abstenerse de impedir u obstaculizar la protesta social. Esta Comisión ya ha señalado que mientras la obligación de respetar 'se define por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho, [las de] proteger consisten en impedir que terceros interfieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes', la obligación de facilitar el ejercicio de un derecho incluye obligaciones tendientes a 'asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando puede hacerlo por sí mismo [...] y de promover, [obligaciones que] se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien'" (CIDH, *Protesta social y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.22/19, septiembre de 2019, párrafo 54, https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf).

Por su parte, la Corte IDH ha señalado: "[En] el presente caso, si bien es cierto que algunos manifestantes recurrieron a medios violentos, las siete mujeres referidas *supra* se encontraban ejerciendo actividades pacíficas. En este sentido, el derecho a la reunión pacífica asiste a cada una de las personas que participan en una reunión. Los actos de violencia esporádica o los delitos que cometan algunas personas no deben atribuirse a otras cuyas intenciones y comportamiento tienen un carácter pacífico. Por ello, las autoridades estatales deben extremar sus esfuerzos para distinguir entre las personas violentas o potencialmente violentas y los manifestantes pacíficos. Una gestión adecuada de las manifestaciones requiere que todas las partes interesadas protejan y hagan valer una amplia gama de derechos. Además, aunque los participantes en una reunión no actúen de forma pacífica y, como resultado de ello, pierdan el derecho de reunión pacífica, conservan todos los demás derechos, con sujeción a las limitaciones normales" (Corte IDH, Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco *vs.* México, Sentencia de 28 de noviembre de 2018, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 371, párrafo 175).

protesta social en base a los prejuicios e intolerancia que los gobiernos o las sociedades tengan frente a una persona o grupo".[37]

En tales circunstancias, cobra especial relevancia el rol que desempeñen los tribunales de justicia en materia de protección judicial. En efecto, como consecuencia de las obligaciones generales de derechos humanos, los Estados están obligados a suministrar los recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de tales garantías fundamentales, de conformidad con el artículo 25.1 de la CADH. Así, la Corte IDH ha señalado de manera reiterada que tales recursos deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, como dispone el artículo 8.1 de la misma Convención, comprendiéndose este deber dentro de la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, consagrado en el artículo 1.1.[38]

Como consecuencia de lo anterior, los recursos judiciales deben ser oportunos y efectivos. La eficacia no se agota en la mera existencia del recurso, sino que este debe ser apto para los fines correspondientes (idoneidad). Ahora bien, para cumplir tal obligación,

> ... al evaluar la efectividad de los recursos, la Corte debe observar si las decisiones tomadas han contribuido efectivamente a poner fin a una situación violatoria de derechos, a asegurar la no repetición de los actos lesivos y a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos protegidos por la Convención.[39]

A su vez, para que los recursos tengan efectividad en los términos del artículo 25 de la CADH, es preciso que ellos "den resultados o respuestas a las violaciones de derechos reconocidos, ya sea en la Convención, en la Constitución o en la ley".[40] No podrán considerarse como efectivos

> … aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. En virtud de lo anterior, el Estado tiene la responsabilidad no sólo de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, sino también de *asegurar la*

---

[37] CIDH, *Protesta social y derechos humanos*, cit., párrafo 46.

[38] Jurisprudencia constante desde la primera sentencia contenciosa: Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez *vs*. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo, Serie C, n.º 4, párrafo 91, y reiterada en fallos recientes; por todos, véase: Corte IDH, Caso López Soto y otros *vs*. Venezuela, Sentencia de 26 de septiembre de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 362, párrafo 217.

[39] Corte IDH, Caso Cordero Bernal *vs*. Perú, Sentencia de 16 de febrero de 2021, Excepción Preliminar y Fondo, Serie C, n.º 421, párrafo 101.

[40] Corte IDH, Caso Favela Nova Brasilia *vs*. Brasil, Sentencia de 16 de febrero de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 333, párrafo 233.

> *debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales*.[41] (Énfasis agregado)

Por último, es necesario recordar que los recursos oportunos implican una respuesta rápida para proteger los derechos que están en riesgo. Si bien no existe un plazo establecido internacionalmente, es evidente que resolver de manera definitiva una acción de protección respecto de hechos graves y urgentes como eran los denunciados 15 meses después de su interposición, es claramente una respuesta tardía e incumple con la idea de "rapidez" consagrada internacionalmente. Máxime si se considera que la propia Corte Suprema ha establecido el plazo máximo de 2 días hábiles para resolver sobre la protección de estos derechos, según lo dispone el artículo 10 del Auto Acordado 94-2015 de la misma Corte.

En síntesis, la sentencia no satisfizo ninguno de los requisitos para ser considerada una protección judicial efectiva; ciertamente, no fue eficaz ni oportuna. Asimismo, de la propia argumentación de la Corte Suprema se desprende que no existiría un recurso constitucional rápido ni efectivo para proteger la vida e integridad de las personas frente a un actuar arbitrario e ilegal por parte de Carabineros en el uso de la fuerza pública. Esto, evidentemente, compromete la responsabilidad internacional del Estado.

2.3.3. Una interpretación constitucional restringida

Como se sigue de cuanto ha sido expuesto, es reprochable que el máximo tribunal sostenga una lectura sumamente restrictiva de las posibilidades que brinda la acción constitucional de protección para la salvaguarda de derechos fundamentales, en abierta contradicción con preceptos constitucionales e internacionales, y los mandatos que de ellos se desprenden.[42] En los términos en los cuales se ha consagrado constitucionalmente la acción de protección, esta habilita la adopción de "todas las medidas necesarias" para restablecer el imperio del derecho y asegurar la protección de los afectados por amenazas o perturbaciones, sin encontrarse distinción alguna en cuanto a los derechos protegidos por la norma.

Cabe tener en consideración que tal interpretación restrictiva no constituye una decisión aislada de la Corte Suprema, sino que obedece a una línea jurisprudencial clara y homogénea en los fallos de los tribunales superiores de justicia respecto al uso de la fuerza por parte de Carabineros.[43] Es, además, evidente la omisión de criterios

---

[41] Corte IDH, Caso Liakat Ali Alibux *vs*. Surinam, Sentencia de 30 de enero de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 276, párrafo 116.

[42] La interpretación que hace la Corte Suprema no satisface el principio pro persona, que implica dar el más amplio contenido y alcance a los derechos y su protección (PIDCP, art. 5; CADH, art. 29).

[43] Moral, "La aplicación de estándares de derechos humanos por los tribunales superiores de justicia respecto al uso de la fuerza ejercida por Carabineros de Chile. Análisis

provenientes del DIDH para fundamentar la sentencia en comento, no obstante que las acciones versan, precisamente y en forma expresa, sobre presuntas vulneraciones y afectaciones a los mismos. El robusto cuerpo normativo que compone el *corpus iuris* internacional no solo refiere a las obligaciones generales en materia de derechos humanos, sino también a estándares que los funcionarios que deben hacer cumplir la ley tienen que observar para que su actuar sea respetuoso de tales garantías fundamentales. Así, los principales instrumentos en la materia, el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (1979) y los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (1980), no obstante ser directamente vinculantes para el Estado chileno, y ser incluso reconocidos expresamente por la propia normativa de Carabineros en la materia, se encuentran totalmente ausentes en las consideraciones de las más altas magistraturas del país. Estas circunstancias inciden directamente en la efectividad que pueda tener la acción de protección y, en consecuencia, el respeto y cumplimiento de la garantía del recurso judicial efectivo.

Esta deficiencia argumentativa pone en riesgo la coherencia que el sistema constitucional debe guardar con los compromisos internacionales en materia de derechos humanos. Más aún, la ausencia de un verdadero control de convencionalidad contradice el estándar expresamente reconocido por la misma Corte Suprema respecto a la fundamentación de las sentencias, y el rol del juez en cuanto al respeto y la garantía de los derechos humanos. En el año 2019, el Pleno de la Corte Suprema sostuvo:

> ... mediante el control de convencionalidad, los jueces nacionales forman parte del sistema interamericano en la protección de los estándares de cumplimiento y garantía de tales derechos, dependiendo las consecuencias de este análisis de las funciones que cada operador de justicia tiene, siendo obligación de todos, las autoridades e integrantes del Estado, interpretar sistemática e integralmente las disposiciones que informan el sistema jurídico, de forma tal que sus determinaciones guarden la mayor correspondencia y compatibilidad con las obligaciones internacionales adquiridas soberanamente por éste.[44]

Más aún, en fallos recientes, la Corte Suprema ha desarrollado una línea argumentativa completamente diferente a la del caso en comento. Efectivamente, en dos sentencias sobre acciones de protección de 2021,[45] la Corte ha sostenido el siguiente esquema argumentativo: tiene como hecho conocido las situaciones fácticas de violencia en la zona sur del país (conflicto en Araucanía) y la crisis migratoria en el norte (migración de venezolanos en zona norte); reseña las medidas adoptadas

---

Jurisprudencial del período denominado 'estallido social' y meses subsecuentes [2019-2020]".

[44] Corte Suprema, SCS Rol AD-1.386-2014 de 16 de mayo de 2019, considerando 9º.

[45] Corte Suprema, SCS Rol 36.830-2021 de 26 de octubre de 2021; SCS Rol 25,529-2021 de 3 de noviembre de 2021.

por el Gobierno, evaluando su impacto; no discute que estas medidas son potestad del Estado; empero, establece los efectos nocivos de las mismas en la población y de las omisiones de la autoridad; califica las conductas de la autoridad como arbitrarias; deja constancia de la exigencia de mayor diligencia en el cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales, y de los derechos y principios constitucionales afectados (igualdad y no discriminación). Por último, en ambos casos precitados, la propia Suprema Corte acoge los recursos y dispone medidas concretas que debe adoptar la autoridad.

Finalmente, resulta aún más incomprensible la interpretación restrictiva de la protección constitucional cuando consideramos que solamente se ha adoptado esta visión respecto a los derechos a la integridad física y psíquica y a la vida, pero no así respecto a la propiedad. Es necesario advertir que el cumplimiento de las obligaciones estatales de derechos humanos no escapa al ámbito de la judicatura, y las justificaciones empleadas por los tribunales de justicia para negarse a disponer medidas tendientes a cautelar los derechos afectados no parecen satisfactorias a la luz de la normativa y jurisprudencia internacional en la materia.

2.3.4. Propuesta interpretativa

Tal como se ha indicado, la acción de protección habilita la adopción de todas las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la protección de los afectados. En los últimos años se han visto vaivenes en la forma de comprender este mandato. En efecto, mientras hay casos en que la Corte Suprema ha entendido adecuadamente su rol de garante de los derechos humanos, ejerciendo un control de convencionalidad correctivo, disponiendo, por ejemplo, la obligación de adecuar protocolos de Gendarmería,[46] en otros casos –como el analizado– ha omitido su deber constitucional de brindar protección judicial efectiva a través de una lectura limitada de sus posibilidades.

La Corte Suprema podría haber aplicado la misma argumentación de los casos precitados al uso de escopetas de perdigones por parte de Carabineros en contra de manifestantes. En efecto, estamos ante un hecho conocido, que ha afectado gravemente a un grupo de la población; la forma en que Carabineros ha usado la fuerza ha amenazado y vulnerado el derecho a la vida e integridad personal, y las medidas adoptadas por las autoridades (tanto sus altos mandos como autoridades políticas) para corregir la situación han sido ineficaces y tardías. En consecuencia, la conducta de los órganos del Estado puede ser calificada como arbitraria, y es posible formular

[46] En este sentido, destacamos la SCS Rol 92795-2016 de 01 de diciembre de 2016, donde la Corte Suprema dispuso: "Gendarmería de Chile deberá revisar y adecuar sus protocolos de actuación en materia de traslado a hospitales externos, conforme a la normativa internacional suscrita por Chile relativa a mujeres privadas de libertad, embarazadas o con hijos lactantes, así como a aquella relativa a la erradicación de todas las formas de violencia y discriminación en contra de las mujeres".

una exigencia de mayor diligencia por parte de las autoridades involucradas. Esto habría permitido acoger los recursos y disponer medidas para restablecer el imperio del derecho.

De esta guisa, no se está sosteniendo que la judicatura exceda sus facultades, ni que reemplace las funciones de otros poderes del Estado, sino que se produzca el necesario control jurisdiccional y se protejan los derechos fundamentales, es decir, que se garantice el Estado de derecho por medio de una eficaz y oportuna protección de los derechos amenazados y violados.

En este escenario, la actuación razonable sería que frente a los hechos denunciados, la Corte asumiera una interpretación del mandato constitucional (CPR, art. 20) que dé efectividad a los derechos involucrados, cumpla los compromisos internacionales del Estado respecto de la protección judicial efectiva y le dé coherencia al sistema constitucional con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.[47]

La legitimidad del actuar jurisdiccional se sustenta en el cumplimiento de dos condiciones: actuación dentro del marco constitucional y que la respuesta sea efectiva. La primera supone que las medidas que se adopten sean razonables y sean dispuestas bajo procedimientos apropiados. Desde la perspectiva de la efectividad, la intervención de la judicatura tiene que ser útil para movilizar y controlar al poder político.

Siguiendo esta lógica, bajo un prisma garantista, la Corte Suprema debe propender a una efectiva protección de los derechos fundamentales ante el uso ilegal de armas menos letales, en al menos dos ámbitos. Por una parte, que se ordene a Carabineros abstenerse del uso de armas menos letales para controlar manifestaciones públicas y que se haga un uso proporcional de la fuerza que cumpla con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado.[48] Por otra parte, que se ordene a las autoridades políticas iniciar un proceso de revisión del uso de esas armas con asesoría nacional e internacional y que se establezcan mecanismos de control interno y externo frente a su uso, todo ello bajo la supervisión de la Corte Suprema.[49]

Es conveniente recordar, asimismo, que en el cumplimiento de la obligación de respeto de los derechos y libertades reconocidos en la CADH, los Estados deben

---

[47] Claudio Nash y Constanza Núñez, "Recepción formal y sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos: experiencias comparadas y el caso chileno", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 48 (2017): 198-205.

[48] En este sentido, la precitada sentencia de la Corte Suprema colombiana, luego de disponer diversas medidas, como disculpas públicas de la autoridad y la adopción de protocolos del uso de la fuerza adecuados a estándares internacionales, ordenó la suspensión del uso de escopetas calibre 12 –arma también utilizada por Carabineros–, hasta que se verificara la existencia de garantías para su uso responsable y mesurado (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 7641-2020, Radicación 11001-22-03-000-2019-02527-02, M. P. Luis Armando Tolosa Villabona, párrafo 5.11, 138).

[49] Corte Suprema, SCS Rol 5.888-2019 de 28 de mayo de 2019.

organizar todo el aparato gubernamental a través del cual se manifiesta el ejercicio del poder público, asegurando jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.[50] Efectivamente, el deber establecido en el artículo 2 de la CADH implica la adopción de medidas de cualquier carácter que resulten necesarias para hacer efectivos los derechos y las libertades, lo cual implica que los tribunales, incluida la Corte Suprema, deben realizar un efectivo control de convencionalidad entre las prácticas en que ha incurrido Carabineros y los compromisos internacionales del Estado, cuestión que tampoco es abordada en el fallo objeto del presente artículo.

Conclusiones

La acción de protección resuelta por la Corte Suprema que es objeto de este comentario fue deducida en un contexto de protestas sociales masivas que fueron duramente reprimidas. Esta represión se tradujo en el uso desproporcionado e indiscriminado de las escopetas de perdigones, gases lacrimógenos y armas químicas que causaron graves consecuencias en materia de derechos fundamentales, particularmente, el derecho a la vida y a la integridad personal.

Frente a este actuar policial, numerosas acciones constitucionales de protección fueron interpuestas. Si bien la gran mayoría de ellas fueron rechazadas, una sí fue acogida por la Corte de Apelaciones de Valparaíso y apelada ante la Corte Suprema. La sentencia de la Corte Suprema, de 22 de febrero de 2021, objeto de este comentario, rechaza la acción de protección respecto del actuar de Carabineros en su uso de armas menos letales y la acoge en relación con el derecho de propiedad.

Se ha argumentado que este fallo no cumple con la Constitución ni con los compromisos internacionales del Estado. Así, se ha sostenido que la misma no ha otorgado efectividad a la protección constitucional, que le permite adoptar medidas para proteger los derechos fundamentales frente a su amenaza o afectación; no cumple con los estándares internacionales de eficacia y oportunidad; no cumple con la obligación de realizar un ejercicio de control de convencionalidad; e incurre en una interpretación restrictiva del derecho a la vida e integridad personal, pero amplia respecto del derecho de propiedad, restando toda coherencia al fallo. Por último, la sentencia no entrega los motivos que sustentan su decisión de excluir de la protección constitucional los derechos a la vida e integridad personal, frente a la protección a la propiedad, que sí se acoge.

Así, tal razonamiento corresponde a una interpretación restrictiva de la protección constitucional de derechos fundamentales (vida e integridad personal) frente a actos ilegales y arbitrarios de funcionarios públicos encargados del orden público (Carabineros) que han hecho un uso abusivo de la fuerza, ocasionando graves daños a las personas.

---

[50] Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez *vs*. Honduras, cit., párrafo 166.

Dicha interpretación podría haber sido perfectamente distinta con base en la normativa constitucional e internacional, tal como la propia Corte Suprema sostiene respecto del derecho de propiedad en el mismo fallo comentado.

Es de esperar que la Corte Suprema chilena modifique este enfoque restrictivo y otorgue una real protección a los derechos humanos en tiempos de crisis.

Bibliografía

Amnistía Internacional. *Ojos sobre Chile: violencia policial y responsabilidad de mando durante el estallido social,* octubre de 2020. https://www.amnesty.org/es/latest/research/2020/10/eyes-on-chile-police-violence-at-protests/.

Amnistía Internacional. "Chile: Política deliberada para dañar a manifestantes apunta a responsabilidad de mando. Informe 21 de noviembre de 2019". https://www.amnesty.org/es/latest/news/2019/11/chile-responsable-politica-deliberada-para-danar-manifestantes/.

CIDH. *Protesta social y derechos humanos.* OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.22/19, septiembre de 2019. https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf.

CIDH. "CIDH condena el uso excesivo de la fuerza en el contexto de las protestas sociales en Chile, expresa su grave preocupación por el elevado número de denuncias y rechaza toda forma de violencia". Comunicado de prensa 06 de diciembre de 2019. http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/317.asp.

Corte IDH. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana. Protección judicial,* n.º 13 (2018). https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo13.pdf.

Defensoría de la Niñez. *Informe anual 2020. Derechos humanos de niños, niñas y adolescentes*, Santiago: Defensoría de la Niñez, 2020. https://www.defensorianinez.cl/informe-anual-2020/PapelDigital/ia2020/ia2020.html.

Defensoría Universidad de Chile. *Informe Defensoría de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Chile en el contexto de las movilizaciones sociales de 2019* (Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2020). http://derecho.uchile.cl/contenidos-destacados/informe-de-la-defensoria-juridica-de-la-universidad-de-chile.

Ferrajoli, Luigi. *Principio Iuris*. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Carlos Pelayo. "Obligación de respetar los derechos". En *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentarios*, coordinado por Christian Steiner y Patricia Uribe. Bogotá: Editorial Temis, 2019, 31-70.

Gómez, Gastón. *Derechos fundamentales y recurso de protección*. Santiago: Ediciones UDP, 2012.

Henríquez, Miriam. *Acción de protección*, Serie Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial (CJAJ). Santiago: Ediciones DER, 2018.

Human Rights Watch. "Chile: Llamado urgente a una reforma policial tras las protestas. Uso excesivo de la fuerza contra manifestantes y transeúntes; graves abusos en detención. Informe visita a Chile. 26 de noviembre de 2019". https://www.hrw.org/es/news/2019/11/26/chile-llamado-urgente-una-reforma-policial-tras-las-protestas.

INDH. *Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile en el contexto de la crisis social. 17 de octubre-30 de noviembre 2019*. Santiago: Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2019. https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1701/Informe%20Final-2019.pdf?sequence=1yisAllowed=y.

INDH. "Mapa de las violaciones a los derechos humanos", 17 de octubre-30 de noviembre de 2019. https://mapaviolacionesddhh.indh.cl/.

INDH. *Primer Informe de Seguimiento a las Recomendaciones del INDH en su Informe Anual 2019. 02 de febrero de 2021*. Santiago: Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2021. https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2021/02/Primer-Informe-de-Seguimiento-de-Recomendaciones.pdf.

Leturia, Francisco. "Las acciones cautelares y el recurso de protección. ¿Es necesaria una duplicidad de instituciones? Notas para una mejor garantía de los derechos fundamentales", *Revista Estudios Constitucionales* 16, n.º 1 (2018): 227-244.

Moral, Florencia. "La aplicación de estándares de derechos humanos por los tribunales superiores de justicia respecto al uso de la fuerza ejercida por Carabineros de Chile. Análisis jurisprudencial del período denominado 'Estallido Social' y meses subsecuentes (2019-2020)". Memoria de título, Universidad de Chile, 2021).

Nash, Claudio y Constanza Núñez. "Recepción formal y sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos: experiencias comparadas y el caso chileno". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 148 (2017): 185-231.

Nash , Claudio y Constanza Núñez. *La dimensión estructural de la garantía jurisdiccional de derechos humanos. El caso chileno y el contexto internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

Navarro, Enrique. "35 años del recurso de protección. Notas sobre su alcance y regulación normativa". *Revista Estudios Constitucionales* 10, n.º 2 (2012): 617-642.

Nogueira, Humberto. "El recurso de protección en el contexto del amparo de los derechos fundamentales latinoamericano e interamericano". *Revista Ius et Praxis* 13, n.º 1 (2007): 75-134.

Nogueira, Humberto. "La acción constitucional de protección en Chile y la acción constitucional de amparo en México". *Revista Ius et Praxis* 16, n.º 1 (2010): 219-286.

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. *Informe de la Oficina sobre la Misión a Chile. 30 de octubre-22 de noviembre de 2019*. https://www.ohchr.org/Documents/Countries/CL/Report_Chile_2019_SP.pdf.

Pléyade. Revista de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales. Número especial: Revueltas en Chile (2020). http://www.revistapleyade.cl/index.php/OJS/libraryFiles/downloadPublic/6.

Torres, Osvaldo *et al*. *Informe sobre los derechos humanos en Chile (18 de octubre de 2019-12 marzo de 2020)*. Santiago: Heinrich Böll Stiftung, 2020), 84-119. https://cl.boell.org/es/2020/12/21/el-estallido-las-violaciones-los-derechos-humanos.

Velásquez, Javier, Catalina Fernández y Scott Reynhout. "¿No letales? Un análisis criminológico, criminalístico y jurídico sobre los peligros de los proyectiles de impacto de energía cinética". *Política Criminal* 16, n.º 32 (2021): 554-596.

Jurisprudencia Corte IDH

Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux *vs*. Surinam. Sentencia de 30 de enero de 2014. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, n.º 276.

Corte IDH. Caso Maldonado Ordóñez *vs*. Guatemala. Sentencia de 3 de mayo de 2016. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde *vs*. Brasil. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH. Caso Favela Nova Brasilia *vs*. Brasil. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, n.º 333.

Corte IDH. Caso López Soto y otros *vs*. Venezuela. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, n.º 362.

Corte IDH. Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco *vs*. México. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, n.º 371.

Corte IDH. Caso Cordero Bernal *vs*. Perú. Sentencia de 16 de febrero de 2021. Excepción Preliminar y Fondo. Serie C, n.º 421.

Jurisprudencia nacional

Chile

Corte Suprema. SCS Rol 92795-2016 de 01 de diciembre de 2016.

Corte Suprema. SCS Rol AD-1386-2014 de 16 de mayo de 2019.

Corte Suprema. SCS Rol 5.888-2019 de 28 de mayo de 2019.

Corte Suprema. SCA Valparaíso. Rol 37.406-2019 y acumuladas de 19 de junio de 2020.

Corte Suprema. SCS Rol 79.055-2020 de 22 de febrero de 2021.

Corte Suprema. SCS Rol 36.830-2021 de 26 de octubre de 2021.

Corte Suprema. SCS Rol 25,529-2021 de 03 de noviembre de 2021.

Colombia

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 7641-2020. Radicación 11001-22-03-000-2019-02527-02. M. P. Luis Armando Tolosa Villabona.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXVIII, BOGOTÁ, 2022, PP. 323-345, ISSN 2346-0849

Alan E. Vargas Lima* **(Bolivia)**

El derecho de acceso a la justicia constitucional y la reconducción procesal de las acciones de defensa en Bolivia

RESUMEN

El presente trabajo muestra el intenso desarrollo jurisprudencial producido en Bolivia durante la última década, respecto al derecho de acceso a la justicia constitucional y la técnica de la reconducción procesal –utilizada en la jurisprudencia comparada– de las acciones de defensa que prevé la Constitución boliviana. Para ello, describe los fundamentos jurídicos expuestos por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia que justifican la necesidad de su procedencia en el ámbito del control tutelar que realiza esta institución, con la finalidad de precautelar la vigencia de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales de forma pronta y oportuna.

Palabras clave: acceso a la justicia; acciones de defensa; reconducción procesal.

* Abogado, especialista en Derecho Constitucional y Procedimientos Constitucionales, UMSA. Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional - Sección Nacional (Bolivia), del Instituto Latinoamericano de Investigación y Capacitación Jurídica (Latin Iuris - Bolivia) y de la Asociación Euroamericana de Derechos Fundamentales (Asdefun - Bolivia); miembro honorario del Consejo Académico de la Sociedad Filosofía y Estado Constitucional Apex Iuris (Perú), director adjunto del Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales (Ciijus, México) - Capítulo Bolivia; miembro adjunto de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional (AAJC, Argentina), de la Asociación Juristas de Iberoamérica (Asjurib) y secretario académico de la Asociación Boliviana de Derecho Procesal Constitucional. alanvargas4784@gmail.com / código orcid: https://orcid.org/0000-0001-6372-7870.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

The right of access to constitutional justice and the procedural redirection of defense actions in Bolivia

ABSTRACT

The aim of this work is to highlight the intense jurisprudential development that has taken place in Bolivia over the last decade with respect to the right of access to constitutional justice and the technique of procedural redirection (reconducción procesal) – used in comparative jurisprudence – of the defense actions provided by the Bolivian Constitution. It describes the legal foundations articulated by the Plurinational Constitutional Court of Bolivia that justify the need for their legitimacy in the context of tutelary control by that institution, for the purpose of promptly and timely safeguarding the effectiveness of fundamental rights and constitutional guarantees.

Keywords: access to justice; defense actions; procedural redirection.

Das Recht auf Zugang zur Verfassungsrechtsprechung und die prozessrechtliche Verlängerung der Beschwerde- und Klagerechte in Bolivien

ZUSAMMENFASSUNG

Mit der vorliegenden Arbeit ist eine Darstellung der intensiven Fortentwicklung der Rechtsprechung beabsichtigt, die im vergangenen Jahrzehnt in Bolivien auf dem Gebiet des Zugangs zum Verfassungsgericht und der Technik der in der bolivianischen Verfassung vorgesehenen prozessrechtlichen Verlängerung von Beschwerde- und Klagerechten der Verteidigung – wie sie in der vergleichenden Rechtsprechung angewendet wird – stattgefunden hat. Dabei werden die vom Plurinationalen Verfassungsgericht Boliviens dargelegten rechtlichen Grundlagen beschrieben, die die Notwendigkeit ihrer Anwendung auf dem Gebiet der Rechtsschutzkontrolle begründen, welche die Institution mit dem Ziel der zügigen und angemessenen vorbeugenden Gewährleistung von Grundrechten und Verfassungsgarantien vornimmt.

Schlagwörter: Justizgewährung; Beschwerden der Verteidigung; prozessrechtliche Verlängerung.

1. Premisas normativas y alcances del derecho de acceso a la justicia

El derecho fundamental a la jurisdicción o acceso a la justicia se halla consagrado en los artículos 115.I de la Constitución Política del Estado (CPE), 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y se constituye como "el derecho

protector de los demás derechos", y por lo mismo es una concreción del Estado constitucional de derecho.[1]

Bajo ese entendido, la potestad de impartir justicia, por mandato de la Constitución y desde su propia concepción plural (pluralismo jurídico), es la facultad del Estado Plurinacional de administrar justicia emanada del pueblo boliviano (CPE, art. 178), a través de los órganos formales competentes (jurisdicción ordinaria, jurisdicción agroambiental y jurisdicciones especializadas, en materia administrativa, coactiva, tributaria, fiscal, conforme a la Disposición Transitoria Décima de la Ley del Órgano Judicial) y también de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a través de sus autoridades naturales (jurisdicción indígena originaria campesina).[2]

Ahora bien, bajo el principio de unidad de la función judicial previsto en el artículo 179.I de la CPE, que señala que "la función judicial es única", todas las jurisdicciones previstas en la Constitución y la justicia constitucional (ejercida por el Tribunal Constitucional Plurinacional y las salas constitucionales) tienen la misma autoridad para ejercer la función judicial, están sometidas a la Constitución y al bloque de constitucionalidad (CPE, art. 410.II), y deben velar por el respeto a los derechos (CPE, art. 178). Esto, debido a que el modelo de justicia plural diseñado en la Constitución se articula y forma una unidad a partir de la posibilidad de que las resoluciones de las diferentes jurisdicciones sean revisadas por el Tribunal Constitucional, a través del control de constitucionalidad en sus tres ámbitos: a) el control normativo, que precautela la compatibilidad de las normas con la Constitución Política del Estado y el bloque de constitucionalidad; b) el control tutelar, que resguarda el respeto de los derechos y las garantías reconocidas en la Constitución; y c) el control competencial,

---

[1] Así lo ha precisado la Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 1478/2012 de 24 de septiembre. "Entonces, si el reconocimiento del derecho a la jurisdicción o acceso a la justicia, supone una concreción del Estado Constitucional de Derecho, como instrumento para promover que la solución de conflictos se realice a través de la jurisdicción (sin desconocer otros medios alternativos de solución de conflictos reconocidos por el orden constitucional y legal, como son: la conciliación, la mediación, el arbitraje, entre otros), para evitar la justicia por mano propia; su exclusión supone que el primer derecho fundamental común vulnerado en acciones vinculadas a medidas o vías de hecho, es precisamente el derecho a la jurisdicción o acceso a la justicia, que no es infrecuente acarree consigo la lesión a otros derechos conexos a partir de su supresión" (Entendimiento asumido en la SCP 0667/2020-S1 de 30 de octubre).

[2] El artículo 179.I de la Norma Suprema establece: "I. La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley". En concordancia con ello, el artículo 190.I de la CPE, de manera clara, establece: "I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución".

sobre las competencias asignadas a los órganos del poder público, a las entidades territoriales autónomas y a las jurisdicciones.

En ese contexto, de acuerdo con la normativa referida, corresponde señalar que el derecho a la jurisdicción o de acceso a la justicia contiene mínimamente tres elementos: 1) el acceso propiamente dicho a la jurisdicción, es decir, la posibilidad de llegar a la pluralidad de jurisdicciones reconocidas por la Constitución, sin que existan obstáculos, elementos de exclusión, limitación, que dificulten el ejercicio de este derecho tanto por el Estado como por los particulares; 2) el logro de un pronunciamiento judicial proveniente de las autoridades judiciales formales o las autoridades naturales de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, que solucione el conflicto o tutele el derecho, siempre que se hubieran cumplido los requisitos establecidos en la norma; y 3) el logro de que la resolución emitida sea cumplida y ejecutada, debido a que si se entiende que se acude a un proceso para que se restablezca o proteja un derecho, un interés o un bien, en la medida que el fallo no se ejecute, el derecho a la jurisdicción o de acceso a la justicia no estará satisfecho.[3]

Ahora bien, el derecho de acceso a la justicia, a partir del criterio de interpretación contenido en el artículo 196.II de la CPE, esto es, de la voluntad del constituyente, debe ser garantizado en un sentido amplio por el Tribunal Constitucional Plurinacional, órgano final de aplicación, salvaguarda y garantía de la Constitución Política del Estado y de los derechos fundamentales individuales y colectivos, que tiene naturaleza judicial y es de composición plurinacional.

Ese deber puede ser asumido sin exclusividad, vale decir, de forma compartida con los jueces y tribunales de garantías (actualmente veinte salas constitucionales instituidas por ley en cada uno de los departamentos del país) y los de la pluralidad de jurisdicciones, en especial por los órganos de cierre, como el Tribunal Supremo de Justicia y el Tribunal Agroambiental, que se constituyen en los garantes primarios de la Ley Fundamental[4] y que conforman la función judicial única, en mérito al artículo 179 de la CPE, mediante la cual se resguarda la unidad del sistema jurídico plural, bajo un modelo de justicia plural, regido por el principio de unidad de la función judicial.

Esta pluralidad de jurisdicciones está compuesta por los órganos judiciales formales competentes –jurisdicción ordinaria y agroambiental; jurisdicciones especializadas en materia administrativa, coactiva, tributaria, fiscal, etc.–; y por la indígena originaria campesina regida a través de sus autoridades naturales, además de otros medios alternativos de solución de conflictos, reconocidos por el orden

---

[3] Tribunal Constitucional Plurinacional, SCP 1478/2012 de 24 de septiembre. Línea jurisprudencial reiterada por la SCP 1126/2019-S2 de 18 de diciembre.

[4] La SCP 0112/2012 de 27 de abril, en su fundamento jurídico III.1, refiere que la responsabilidad de garantía primaria de los derechos fundamentales es de la pluralidad de jurisdicciones; por lo mismo, ya no es monopolio del Tribunal Constitucional Plurinacional, que no deja de ser su principal garante.

constitucional y legal, a los cuales se extiende la responsabilidad de garantía primaria de los derechos fundamentales.[5]

En efecto, la norma suprema reconoce una pluralidad de fuentes normativas presentes en la realidad jurídica del Estado Plurinacional de Bolivia, que visibilizan la existencia de otras formas de producción jurídica en la sociedad –de grupos, comunidades, sindicatos, corporaciones en general, entre otros–, que se autorregulan y ejercen un tipo de función jurisdiccional, solucionando conflictos. Esas fuentes demuestran que no solo el Estado crea derechos y gestiona el conflicto a través de la pluralidad de jurisdicciones formalmente reconocidas, sino que también existen otros derechos creados independientes de él, cuyo ejercicio debe tener un techo constitucional e internacional relativo al respeto de los derechos fundamentales. Lo anterior debe consagrarse en el marco de la unidad de la Constitución Política del Estado, aspecto que constituye un verdadero reto para la conformación y consolidación del Estado constitucional de derecho, debido a la necesidad de coordinación y armonización, entre esas fuentes normativas plurales.[6]

2. La dimensión procesal del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia)

El derecho a la tutela judicial efectiva o acceso a la justicia, conforme lo expresó el Tribunal Constitucional en la SC 1388/2010-R de 21 de septiembre,[7] consiste en la posibilidad de acudir ante un tribunal de justicia y así obtener una sentencia fundamentada que pueda ser impugnada y, en consecuencia, conseguir el cumplimiento

---

[5] Entendimiento asumido en las sentencias constitucionales plurinacionales 0042/2018-S2 de 6 de marzo y 0786/2018-S2 de 26 de noviembre.

[6] Entendimiento asumido en la SCP 1084/2019-S2 de 5 de diciembre, reiterado por la SCP 0667/2020-S1 de 30 de octubre. Esta última sentencia, entre sus fundamentos jurídicos, desarrolla los siguientes temas: i) el fundamento de la proscripción de las medidas o vías de hecho o justicia por mano propia; ii) el derecho a la jurisdicción o acceso a la justicia en sentido amplio es el derecho fundamental común vulnerado con acciones vinculadas a medidas o vías de hecho; iii) la labor de la justicia constitucional ante la constatación de denuncias o actos vinculados a medidas o vías de hecho y justicia por mano propia; iv) el resumen de presupuestos procesales para acceder a la justicia constitucional cuando se denuncian medidas o vías de hecho; v) del derecho al trabajo y el deber del Estado de protegerlo en todas sus formas; y vi) el análisis del caso concreto.

[7] El fundamento jurídico III.3.4 señala: "La tutela judicial efectiva comprende la posibilidad de activar o iniciar ante los órganos jurisdiccionales un proceso, en el que obtenga una sentencia fundamentada que declare el derecho de cada una de las partes conforme corresponda en justicia, además implica la posibilidad de poder interponer los recursos que la ley establezca y la eventualidad de obtener el cumplimiento efectivo de la sentencia, con el objeto de garantizar el restablecimiento de una situación jurídica vulnerada, evitando la indefensión, involucrando el acceso a los tribunales; la efectividad de las decisiones judiciales; y el ejercicio del recurso previsto en la ley".

efectivo de la misma, garantizando el restablecimiento de la situación jurídica vulnerada en pleno ejercicio de su derecho a la defensa.

En ese contexto, la SCP 1953/2012 de 12 de octubre, ampliando el contenido del derecho de acceso a la justicia, estableció que en el ámbito procesal, este debe ser interpretado por las autoridades jurisdiccionales a partir del principio *pro actione*, el cual se deriva del principio *pro homine* –también *pro persona* o *favorabilidad*–, que implica la obligación de aplicar las normas procesales de manera más favorable, que asegure una justicia material por encima de una formal.

Asimismo, la SCP 0015/2018-S2 de 28 de febrero, sobre la base de las sentencias constitucionales plurinacionales 0944/2001-R, 0125/2003-R, 1206/2010-R y la 1450/2013 de 19 de agosto, entiende que el derecho a la eficacia del cumplimiento o ejecución de las resoluciones constitucionales, como componente del derecho a la tutela judicial efectiva, debe darse en la medida de lo determinado por las autoridades judiciales, pues, de lo contrario, se lesiona el derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en la Sentencia de 27 de noviembre de 2008 dentro del Caso Valle Jaramillo y otros *vs*. Colombia, indicó: "154. El Tribunal ha señalado que el derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable, ya que una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales".[8]

En consecuencia, el derecho de acceso a la justicia debe ser interpretado necesariamente conforme a los referidos principios de optimización de los derechos humanos, incluyendo en su contenido la obtención de una decisión jurisdiccional definitiva, que sea emitida dentro de un plazo razonable y tenga cumplimiento efectivo.

3. Nociones generales sobre el instituto jurídico de la reconducción procesal[9]

De acuerdo con lo establecido por la SCP 0121/2020-S3 de 17 de marzo, la técnica de la reconducción procesal implica la posibilidad de que, en sede constitucional –ya sea por parte de las salas constitucionales a tiempo de emitir su resolución, o en su fase de revisión por parte del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP)–, una acción tutelar erróneamente formulada pueda de oficio ser reconducida al mecanismo

[8] Entendimiento que también fue asumido en las sentencias constitucionales plurinacionales 0017/2018-S2 de 28 de febrero, 0518/2018-S2 de 14 de septiembre y 0075/2019-S2 de 3 de abril.

[9] Cabe señalar que esta figura es admisible en la jurisprudencia constitucional comparada; tal es el caso del Tribunal Constitucional de Perú, que establece la "conversión" de una acción de cumplimiento en una acción de amparo constitucional con base en el *principio iura novit curia*, dado que en el Expediente 2763-2003-AC/TC sostuvo que "el objeto de la demanda no

de defensa idóneo, a fin de lograr la protección y el resguardo de los derechos y las garantías constitucionales evidentemente lesionados.

Dicho entendimiento, que fue reiterado a través de numerosas sentencias,[10] tiene su fundamento en el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías fundamentales, como parte del control tutelar de constitucionalidad que ejerce el TCP a partir de su labor primordial de velar por la supremacía de la Constitución.

Lo anterior se sustenta no solo en consideración del amplio catálogo de derechos fundamentales dispuestos en la norma suprema, sino también teniendo en cuenta los parámetros de interpretación que deben ser utilizados, a fin de lograr la optimización de los derechos humanos, a través de los principios *pro homine, pro actione,* la prevalencia del derecho sustancial respecto al formal y la justicia material.

A ellos también deben sumarse los principios establecidos a partir del artículo 3 del Código Procesal Constitucional, concernientes al impulso de oficio, celeridad, no formalismo y concentración, en virtud de los cuales –y considerando el fin que persigue la justicia constitucional– se permitirá que los procesos constitucionales alcancen su objetivo, que en el ámbito tutelar consiste en velar por el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías fundamentales, finalidad que constituye la base primordial por la cual debe operar la reconducción de las acciones tutelares, en casos de evidente lesión de derechos fundamentales.[11]

---

es tanto demandar el cumplimiento de la Ley N.° 27550, sino más bien cuestionar un comportamiento lesivo de derechos constitucionales, y que por ello la vía idónea para resolver la controversia no es la acción de cumplimiento, sino el amparo. Aunque en aplicación del principio de suplencia de la queja deficiente, previsto en el artículo 7.° de la Ley N.° 23506, se podría declarar la nulidad del procedimiento seguido y devolver los actuados al juez competente a efectos de que la pretensión sea tramitada como amparo, este Tribunal considera innecesaria la aplicación de tal principio, habida cuenta de la urgencia de restituir los derechos reclamados y de la correlativa necesidad de que el presente proceso se resuelva de forma oportuna y efectiva, de modo que se pronunciará de inmediato sobre el fondo de la controversia". En su parte resolutiva procede a "Declarar FUNDADA la demanda interpuesta, la que debe entenderse como acción de amparo" (Cfr. SCP 0645/2012 de 23 de julio). En el caso de Bolivia, el primer antecedente sobre la reconducción procesal se encuentra en la SC 1474/2011-R de 10 de octubre, que se trata de una acción de amparo constitucional, en donde la parte accionante denunciaba, entre otras, la usurpación de funciones ejercidas por las autoridades accionadas. En ese sentido, al encontrarse la denuncia directamente vinculada con el objeto del recurso de nulidad, debía denegarse la tutela. Sin embargo, la referida sentencia constitucional, bajo la concepción de la naturaleza jurídica de la acción de amparo constitucional, resolvió aplicar en el caso concreto el principio *pro actione*, comprendido como el deber de interpretar las normas procesales de forma favorable en cuanto a la admisión de las acciones de defensa. En otras palabras, ante la emergencia de una formalidad jurídica, prevalece la protección pronta y oportuna de los derechos fundamentales. Sin embargo, la referida sentencia constitucional no determinó ninguna subregla susceptible de ser aplicada en los sucesivos casos que puedan ser interpuestos ante los jueces o tribunales de garantías (Cfr. SCP 0092/2020-S3 de 18 de marzo).

[10] Entre ellas, las sentencias constitucionales plurinacionales 0645/2012, 2271/2012, 0210/2013, 0897/2013 y 0487/2014.

[11] Cfr. SCP 0897/2013 de 20 de junio, que reitera la sistematización de jurisprudencia sobre reconducción o reconversión de acciones de defensa, establecida por la SCP 0210/2013 de 5 de marzo.

4. Fundamentos para la reconducción en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional

Es importante destacar que la SCP 0778/2014 de 21 de abril, a tiempo de precisar el sustento constitucional de la técnica de la reconducción procesal, que ahora debe utilizar el TCP al conocer y resolver los asuntos sometidos a su competencia, explicó que, en el ámbito jurídico, la descolonización de la justicia implica que a la luz del pluralismo, la interculturalidad y la refundación del Estado se ha generado un nuevo sistema jurídico, en el cual, en su diseño esencial, coexisten normas positivas o escritas y no positivas o consuetudinarias, además que las normas y principios ético-morales también forman parte del plexo normativo imperante. Por otro lado, desde la concepción de la descolonización en el ámbito del sistema jurídico adjetivo, los ritualismos procesales propios de un sistema jurídico netamente *ius positivista*, emergente de un Estado monista, han sufrido un redimensionamiento, en virtud del pluralismo y la interculturalidad, aspectos que adquieren mayor trascendencia aún en el ámbito de la justicia constitucional.

Por esta razón, en el marco de la descolonización de la justicia en el Estado Plurinacional de Bolivia, en ciertos casos y más aún en temáticas vinculadas con pueblos y naciones indígena originario campesinos, la jurisprudencia constitucional ha establecido que deben flexibilizarse procedimientos en el ámbito de un debido proceso intercultural, para que prevalezca una real materialización no solo de normas supremas positivas, sino esencialmente de los valores plurales supremos. En consecuencia, la reconducción de procedimientos constitucionales constituye un mecanismo idóneo para asegurar un real acceso a la justicia constitucional, especialmente para pueblos y naciones indígena originario campesinos.

> En el contexto señalado –según explica la jurisprudencia constitucional–, de acuerdo a circunstancias concretas y en aplicación del método de ponderación para cada caso, la activación del control tutelar de constitucionalidad a través de cualquiera de las acciones de defensa, en mérito a la naturaleza de derechos a ser tutelados, podrá ser reconducida procesalmente por el Tribunal Constitucional Plurinacional a la acción idónea para el resguardo de los derechos denunciados como vulnerados, labor que tiene la finalidad de consolidar una verdadera materialización del orden constitucional imperante, resguardar el principio de justicia material y asegurar un real acceso a la justicia constitucional, resguardando así la vigencia de valores plurales supremos como ser el 'vivir bien' en el marco de los lineamientos propios del pluralismo, la interculturalidad y la descolonización, postulado que se configura como un razonamiento, conocimiento o saber de carácter esencial para el presente fallo constitucional.[12]

[12] Cfr. SCP 0778/2014 de 21 de abril.

Como se puede ver, la necesidad de utilizar la técnica de reconducción procesal ha sido una acertada iniciativa de la jurisprudencia del TCP, en su afán de brindar una tutela judicial efectiva a los casos de vulneración de derechos, a fin de procurar un real acceso a la justicia constitucional en el país.

5. Los principios de eficacia de los derechos fundamentales, prevalencia del derecho sustantivo sobre el adjetivo, favorabilidad, justicia material, *pro actione* y *iura novit curia*[13]

Para comprender los fundamentos de la reconducción procesal por parte del Tribunal Constitucional Plurinacional, es importante citar el razonamiento asumido por la SCP 0139/2012 de 4 de mayo, que, refiriéndose a la protección de los derechos fundamentales en general, la justicia material y su prevalencia respecto a la justicia formal para casos de manifiestas vulneraciones de derechos fundamentales, señaló que la Constitución Política del Estado, además de establecer que goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa, determina también que el bloque de constitucionalidad está integrado por los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos (además de las normas de derecho comunitario, de acuerdo con lo previsto por el art. 410.II de la CPE).

En ese mismo contexto, de acuerdo con el artículo 13 de la CPE, los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen derechos humanos, prevalecen en el orden interno y, además, los derechos y deberes consagrados en la norma fundamental se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia:

> En ese marco corresponde señalar –dice la SCP 0139/2012–, que el principio *pro actione* se configura como una pauta esencial no solo para la interpretación de derechos fundamentales, sino también como una directriz esencial para el ejercicio del órgano de control constitucional y la consolidación del mandato inserto en el art. 1 de la CPE; además, asegura el cumplimiento eficaz de los valores justicia e igualdad material, postulados axiomáticos directrices del nuevo modelo de Estado y reconocidos de manera expresa en el Preámbulo de la Constitución Política del Estado y en el art. 8.1 también del texto constitucional. En efecto, el principio *pro actione*, asegura que a través de la ponderación de los derechos para el análisis de los casos concretos en los cuales exista una manifiesta, irreversible y grosera vulneración a derechos fundamentales, debe prevalecer la justicia material a cuyo efecto, su labor hermenéutica de

[13] En este acápite se reproducen los fundamentos expuestos en la SCP 2271/2012 de 9 de noviembre.

> ponderación, generará la flexibilización a ritualismos extremos para que en casos graves se repare un derecho manifiesta y groseramente vulnerado, así, el rol del control de constitucionalidad, en virtud del cual, la justicia formal ceda frente a la justicia material.

En igual sentido se había pronunciado con anterioridad la SC 0501/2011-R de 25 de abril, que refiriéndose al principio *pro actione* señaló que este

> … se constituye como el deber de interpretar las normas procesales en el sentido más favorable a la admisibilidad de la acción, lo que también evita pronunciamiento de inadmisibilidad por defectos que puedan ser subsanados sin dar la oportunidad de hacerlo, prohibiendo asimismo la discriminación al acceso de la justicia de cualquier persona y brindar una justicia pronta y oportuna, sin dilaciones. Así, el constituyente boliviano, incluyó de manera acertada dicho principio dentro del texto constitucional, de esta manera, la Constitución Política del Estado, en su art 14.III señala: "El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos"; de igual forma, el 14.V establece: "Las leyes bolivianas se aplican a todas las personas, naturales o jurídicas, bolivianas o extranjeras, en el territorio boliviano"; dichos artículos se encuentran vinculados y concordantes con el art. 115 del texto constitucional que indica: "I. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones".

Por su parte, la SC 0897/2011-R de 6 de junio, en relación con el principio de prevalencia del derecho sustancial respecto al derecho formal, estableció:

> El principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, se desprende del valor-principio justicia, que es uno de los pilares fundamentales del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, que se encuentra consagrado por el art. 8.II de la CPE, pues en mérito a éste los ciudadanos tienen derecho a la justicia material. Así se ha plasmado en el art. 180.I de la CPE que ha consagrado como uno de los principios de la justicia ordinaria el de "verdad material", debiendo enfatizarse que ese principio se hace extensivo a todas las jurisdicciones, también a la justicia constitucional. De este modo se debe entender que la garantía del debido proceso, con la que especialmente se vincula el derecho formal, no ha sido instituida para salvaguardar un ritualismo procesal estéril que no es un fin en sí mismo, sino esencialmente para salvaguardar un orden justo que no es posible cuando, pese a la evidente lesión

> de derechos, prima la forma al fondo, pues a través del procedimiento se pretende lograr una finalidad más alta cual es la tutela efectiva de los derechos.

Entonces, es indiscutible que el Tribunal Constitucional Plurinacional debe velar por la supremacía de la norma suprema, ejercer el control de constitucionalidad y precautelar por el respeto y la vigencia de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, a cuyo efecto debe tener en cuenta lo dispuesto por la SC 2695/2010-R de 6 de diciembre, que establece que el principio de justicia material o verdaderamente eficaz

> …se opone a la aplicación formal y mecánica de la ley en la definición de una determinada situación jurídica. Exige, por el contrario, una preocupación por las consecuencias mismas de la decisión y por la persona que es su destinataria, bajo el entendido de que aquella debe implicar y significar una efectiva concreción de los principios, valores y derechos constitucionales.

Con mayor precisión, la SC 2029/2010-R de 9 de noviembre, citando a su vez a la SC 0548/2007-R de 3 de julio, señaló que este principio de justicia material se desprende como

> …una vivificación del valor superior "justicia" la obligación, en la tarea de administrar justicia, de procurar la realización de la "justicia material", como el objetivo axiológico y final para el que fueron creadas el conjunto de instituciones, jueces y tribunales, así como normas materiales y adjetivas destinadas a la solución de la conflictividad social; en síntesis, la justicia material es la cúspide de la justicia, donde encuentra realización el contenido axiológico de la justicia; por ello, está encargada a todos los órganos de administración de justicia.

Lo anterior permite concluir que, en virtud de la justicia material a la que se debe propender en busca de la tutela de los derechos de las personas, se deben tener en cuenta situaciones concretas en las que si bien se presenta una acción en lugar de otra –es decir, una acción de libertad cuando correspondía la interposición de una acción de amparo constitucional–, debe emitirse un pronunciamiento respecto a la denuncia del accionante a efecto de lograr una tutela eficaz.[14]

---

[14] Es de importancia citar el principio *iuria novit curia* (el juez conoce el derecho, el tribunal conoce el derecho), que es aquel por el cual "corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes, constituyendo tal prerrogativa, un deber para el juzgador, a quien incumbe la determinación correcta del derecho, debiendo discernir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente, la realidad del hecho y subsumiéndolo en las normas jurídicas que lo rigen" (Cfr. Corte Constitucional de Colombia, T-851/10 de 28 de octubre de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto).

6. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

A continuación se expone una selección de casos relevantes que se han presentado ante el TCP, y que han ameritado una concreta argumentación y/o modulación acerca de la procedencia de la reconducción de acciones de defensa.

6.1. La Sentencia Constitucional Plurinacional 0347/2012 de 22 de junio

En virtud de los principios desarrollados anteriormente, a través de su Sala Liquidadora Transitoria, el TCP emitió la referida sentencia, analizando dentro de una acción de amparo constitucional el fondo de una denuncia relativa a arrogación de competencias no establecidas por ley, cuyo ámbito correspondía ser examinado mediante un recurso directo de nulidad. En ese caso el Tribunal concluyó:

> Es evidente que la usurpación de competencias, es una figura que se encuentra dentro del ámbito de tutela del recurso directo de nulidad de acuerdo a la SC 0099/2010-R de 10 de mayo, sin embargo, sin alterar esta línea jurisprudencial, se aplica excepcionalmente el principio *pro actione* para situaciones en las cuales exista una manifiesta, grave e irreparable vulneración a derechos fundamentales, de manera excepcional y aplicando el método de la ponderación, con la finalidad de asegurar la justicia material, se flexibiliza para este efecto los presupuestos procesales, solamente con la finalidad de asegurar la materialización de los valores de justicia e igualdad, posibilitando tutelar el derecho a la competencia como elemento del debido proceso a través de la acción de amparo constitucional.

Con base en ese entendimiento, se concedió la tutela solicitada, al advertir dentro de sus fundamentos jurídicos que, evidentemente, el fiscal de materia entonces demandado había usurpado funciones que no le correspondían y que, por ende, todas sus actuaciones carecían de legalidad al no estar enmarcadas dentro de un proceso justo, lo que hacía viable su protección por la jurisdicción constitucional.

6.2. La Sentencia Constitucional Plurinacional 0645/2012 de 23 de julio

En este caso, sometido a revisión por el órgano contralor de constitucionalidad, se recondujo una acción de cumplimiento a una acción popular, a cuyo efecto, y mediante la referida sentencia, el TCP consideró que en los alcances del control de constitucionalidad en relación con el sistema de control tutelar implementado en el marco del nuevo orden constitucional, se han incorporado dos nuevas acciones de defensa: la *acción de cumplimiento* y la *acción popular*, cuyo ámbito de tutela

encuentra una diferencia sustancial con el tradicional amparo constitucional, el *habeas corpus* (ahora acción de libertad) y el *habeas data* (ahora acción de protección de privacidad). Si bien estas acciones tienen como objetivo la protección directa de derechos fundamentales subjetivos, dicha tarea no se halla ligada a la afectación o incidencia directa en una colectividad, como sucede con la acción de cumplimiento y la acción popular, siendo esta precisamente una de sus cualidades esenciales, que las diferencian de las primeras y a partir de las cuales se definen sus requisitos de contenido y sus procesos de tramitación y resolución específicos.

En aquel tiempo, el TCP sostuvo también que tal implementación se configura en el marco de un nuevo orden constitucional, cuya realización efectiva aún se encontraba en un periodo de transición constitucional, por lo que no se podía exigir a las partes el cumplimiento cabal de los requisitos de procedencia de las dos nuevas acciones de defensa, cuyas condiciones de admisibilidad aún permanecían en construcción a través de la jurisprudencia constitucional. Eso, sobre todo con relación a la acción de cumplimiento, cuya naturaleza procesal y ámbito de protección aún se encontraba en discusión y sujeta a interpretaciones distintas. Situación contraria acontece con relación a la acción popular, puesto que la configuración flexible de sus requisitos de contenido guiada por el principio de informalismo, no ofrece mayores inconvenientes a la hora de resolverse, lo que por supuesto no significa que su desarrollo jurisprudencial haya concluido.

Sin embargo, el TCP consideró que esa es una razón sustancial por la cual se justifica que frente a una acción presentada, y si el intérprete de la Constitución advierte que los contenidos de la demanda se acomodan más a la tramitación de otra acción de defensa (acción de libertad, de protección de privacidad, amparo constitucional, acción popular), al amparo de los principios de eficacia de los derechos fundamentales, la economía procesal, la prevalencia del derecho sustantivo sobre el derecho adjetivo, *pro actione* y *iura novit curia*, puede reconducir la tramitación de la acción de cumplimiento a un proceso de acción de libertad, de protección de privacidad, amparo constitucional o acción popular, atendiendo ciertos requisitos a ser desarrollados por la jurisprudencia constitucional en el caso específico, donde se advierta la necesidad de reconducir su tramitación a otro proceso constitucional.

Ciertamente, los principios antes mencionados constituyen la razón primordial por la cual debe operarse la reconducción del proceso constitucional. Sin embargo, las acciones de defensa tienen delimitados sus requisitos de admisibilidad, así como un procedimiento específico, y dado que en su tramitación, según la naturaleza de la acción de defensa invocada, deben exigirse la concurrencia de formalismos que ayudan a preservar su naturaleza excepcional, ello no significa que deba darse prioridad a estas formalidades, entendidas como una unidad, por encima de la esencia misma del sistema de control tutelar cuyo fin primordial es el resguardo de derechos fundamentales y garantías constitucionales. En ese sentido, deberá extenderse la comprensión del alcance de exigibilidad de estos requisitos, a fin de garantizar la tutela constitucional efectiva.

De esta manera, cuando se advierta que de los antecedentes de una acción de cumplimiento invocada se pueden extraer los requisitos de contenido para la tramitación de una acción popular, a efectos de la reconducción del proceso, deberá tenerse presente la concurrencia de las siguientes reglas:[15]

a) Se evidencie error en la vía procesal elegida, lo cual guarda relación con el rol esencial del juez constitucional que advierte una voluntad implícita del accionante, aunque la misma no haya sido planteada correctamente en la demanda.
b) Se cumplan los requisitos inexcusables de la demanda de acción popular y, en ese sentido, principalmente se identifiquen a través de los hechos denunciados, derechos o intereses colectivos o difusos y un sujeto de derecho colectivo.
c) No se modifiquen el petitorio ni los hechos que sustentan la demanda, por cuanto supondría que el juzgador sustituya al accionante, alterando su naturaleza imparcial.
d) Se preserve el derecho a la defensa de la parte demandada, es decir, que la misma haya tenido la oportunidad de contraponerse a la pretensión de la parte demandante, ejerciendo de modo sustancial su derecho de defensa, puesto que en ningún caso se puede habilitar la tutela de un derecho fundamental dejando desprotegido a otro de la misma clase.
e) Exista riesgo de irreparabilidad del o los derechos o intereses colectivos o difusos; es decir, la reconducción solo será posible si existe una necesidad apremiante de evitar la ocurrencia de un daño irreparable en los derechos fundamentales involucrados, aspecto que guarda relación con el principio de economía procesal y tutela judicial efectiva.

En ese caso, el TCP también consideró pertinente establecer que la reconducción de la tramitación de una acción de cumplimiento a una acción popular deberá producirse siempre a favor y nunca en perjuicio de la parte accionante.[16]

6.3. La Sentencia Constitucional Plurinacional 2271/2012 de 9 de noviembre

En el caso resuelto a través de esta sentencia, el TCP recondujo una acción de libertad a una acción de amparo constitucional, al evidenciar la vulneración de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales del accionante y logró advertir que este equivocó la vía de reclamo, por cuanto la denuncia efectuada, no reunía los presupuestos para ser considerada a través de la acción de libertad traslativa o de pronto despacho, respecto a la dilación en la tramitación de un incidente por

[15] Entendimiento asumido en la SCP 0645/2012 de 23 de julio.

[16] Línea jurisprudencial reiterada por la SCP 1293/2015-S3 de 30 de diciembre.

actividad procesal defectuosa y la excepción de incompetencia, planteados dentro de un proceso penal, cuando el accionante no se encontraba privado de libertad.

De ahí que, no obstante haber llegado a la conclusión de que la denuncia efectuada por el accionante no reunía los presupuestos para ser considerada a través de la acción de libertad interpuesta, el TCP constató que efectivamente el juez demandado fijó audiencias con una demora considerable sin respetar plazos procesales, aspectos que merecían un pronunciamiento de parte de la jurisdicción constitucional, toda vez que lo que precisamente pretendía el accionante era que se respetaran sus derechos fundamentales y, en ese sentido, se procediera a la consideración de la excepción e incidente que planteó en forma previa a la audiencia cautelar que se realizaría a fin de determinar su situación jurídica.

Consecuentemente –según afirmó el TCP–, en ese caso resultaba a todas luces entendible el cuestionamiento y la inquietud en que se hallaba el justiciable, quien confió en la pericia y el conocimiento de sus abogados profesionales en derecho, para hacer prevalecer sus derechos y ejercer su defensa; no obstante, tanto en este caso como en otros, se evidencia que estos cometen crasos errores en perjuicio de sus clientes, dejándolos desprotegidos y provocando que no confíen en la justicia ante la negativa que reciben en sus demandas. En aquel caso se activó la acción de libertad traslativa o de pronto despacho, invocando la aplicación de la SCP 0507/2012, que, conforme se tiene puntualizado, es aplicable en el caso de detenidos preventivamente, lo que no sucedía en cuanto al impetrante de tutela. Por esto, su abogado debió realizar una lectura minuciosa del fallo constitucional emitido y, en conocimiento de la naturaleza jurídica y configuración procesal de las acciones de libertad y de amparo constitucional, presentar la segunda, a objeto de que el resguardo de los derechos del agraviado no se viera obstruido.

En ese caso, la decisión de reconducción a la que arribó de manera excepcional el TCP, se vio reforzada en los principios de eficacia de los derechos fundamentales, prevalencia del derecho sustantivo sobre el adjetivo, favorabilidad, justicia material, *pro actione* y *iura novit curia*, que fueron ampliamente desarrollados en los fundamentos jurídicos (*obiter dicta*) de la misma sentencia. Finalmente, el Tribunal fundamentó su decisión, argumentando que estaba procediendo a la reconducción de la acción de defensa, por las razones anotadas, y ante la evidente confusión en que incurrió el accionante respecto a los alcances de la SCP 0507/2012,[17] la que creyó adaptable por la retardación de justicia denunciada y con la finalidad de que su derecho a la libertad no sea restringido *a posteriori* por una autoridad no competente.

Esta situación permite concluir que la demanda merecía un pronunciamiento inmediato, por el daño irreparable que ocasionaría en el justiciable la no tutela a sus derechos, siendo que la justicia constitucional ante el conocimiento de los hechos, no podía abstraerse de su conocimiento y esperar que se dé una lesión irremediable, para luego recién tutelar a través de la acción idónea.

[17] Sentencia aplicable en casos de detenidos preventivamente.

> Teniéndose que, en los casos en que este Tribunal advierta la amenaza de vulneración de derechos fundamentales, denunciada en forma previa a su materialización, tomando en cuenta las circunstancias de cada asunto en particular; en los que exista una manifiesta, irreversible y grosera transgresión de derechos, debe pronunciarse sobre los mismos, a fin de evitar la concreción en su restricción, en pro del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y de no dejar desprotegido al peticionario, quien acude a la justicia constitucional a fin de ver materializado el valor justicia consagrado por la Constitución Política del Estado y que la resolución que obtenga sea reflejo y concreción de los valores jurídicos fundamentales, logrando su efectividad a través de la prevalencia del derecho sustancial, a cuyo efecto será necesario que se otorgue la tutela respectiva y se emitan las órdenes de inmediato cumplimiento que sean necesarias para su resguardo efectivo.[18]

---

[18] Al margen de lo decidido en el indicado fallo constitucional, el Tribunal Constitucional Plurinacional, antes de ingresar al análisis de fondo, verificó el cumplimiento de todos los requisitos establecidos por el Código Procesal Constitucional y las causales de improcedencia, efectuando una excepción respecto a la subsidiariedad por la inminencia del daño irremediable e irreparable a los derechos del accionante. Aplicando lo previsto en el artículo 54.II del Código Procesal Constitucional, estableció que, en el caso concreto, la acción de defensa presentada –acción de libertad– cumplía con todos los requisitos determinados para la acción de amparo constitucional previstos en el artículo 33 del mencionado Código. Luego, examinando los supuestos de improcedencia contenidos en el artículo 53 del citado Código, analizó el principio de subsidiariedad de la acción de amparo constitucional y las excepciones a la regla de subsidiariedad previstas en el artículo 54.II del adjetivo constitucional, referidas a los supuestos en que la protección puede resultar tardía y a la inminencia de un daño irremediable e irreparable, afirmando que en el caso analizado, pese a existir la posibilidad de utilizar el recurso de reposición, el mismo no resultaba idóneo ante la inminencia del daño irremediable e irreparable a sus derechos, por lo que se ingresó al análisis de fondo. "Ahora bien, conforme a los antecedentes jurisprudenciales antes referidos, la reconducción de acciones es posible en sede constitucional cuando se advierta la necesidad de tutelar de forma inmediata los derechos reclamados, sea porque, de postergarse la tutela, ésta sería tardía, tornándose en irreparable la lesión a los derechos fundamentales o garantías constitucionales reclamados, o se trate de personas o grupos en condiciones de vulnerabilidad, que merecen una atención prioritaria por parte del Estado y de la justicia constitucional. No obstante, debe dejarse claramente establecido que, cuando la reconducción de acciones sea viable y necesaria, se deberá respetar la esencia de los hechos y del petitorio de la acción de defensa presentada, así como de los requisitos propios de la acción tutelar a la cual se reconduce, las causales de improcedencia de la misma y las excepciones que pudieran aplicarse, de tal modo que la reconducción decidida no suponga una sustitución del accionante o de los hechos denunciados, ni una lesión al derecho a la defensa del demandado. Con todo lo expuesto, es posible concluir que la conversión o reconducción de acciones de defensa es viable en tanto se cumpla con los requisitos exigidos, pudiendo las Salas Constitucionales, Jueces y Tribunales de garantías y el propio Tribunal Constitucional Plurinacional, ante la evidente vulneración de derechos fundamentales y garantías constitucionales, de oficio, reconducir la acción tutelar interpuesta a la que, por la naturaleza de su contenido corresponda y pronunciar la resolución respectiva, dando efectividad, de esta manera, a los fines de la justicia constitucional" (Cfr. SCP 0782/2020-S4 de 1 de diciembre; entendimiento reiterado en la SCP 1003/2021-S4 de 6 de diciembre).

6.4. La Sentencia Constitucional Plurinacional 0617/2016-S2 de 30 de mayo

En esta sentencia se reiteró que ante la presentación de acciones de defensa, en las cuales se verificó que existía una evidente vulneración de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales del accionante, pero que este equivocó la vía de reclamo, por cuanto la denuncia efectuada no reunía los presupuestos para ser considerada a través de la acción interpuesta, el TCP estableció la posibilidad de la reconducción o reconversión de las acciones de defensa previstas en la CPE, cuando beneficie al accionante.

Sin embargo, en la misma sentencia, el TCP también vio conveniente realizar una modulación de la línea jurisprudencial respecto a las condiciones de procedencia de la reconducción o reconversión de acciones constitucionales. En este sentido, señaló que en consideración a que la reconducción o conversión de acciones constitucionales se efectúa en favor del accionante, es menester fijar parámetros claros a efectos de su aplicación y a fin de garantizar la tutela constitucional efectiva y la esencia de los procesos constitucionales:

> … en consecuencia –según precisa el TCP–, el razonamiento o doctrina constitucional precedentemente referida (reconducción o conversión de acciones) no opera ni es aplicable en todos los casos, sino que, dicha pauta de interpretación es de aplicación exclusiva y reservada para determinadas circunstancias y sujetos procesales en particular; es decir, si la justicia constitucional, a tiempo de examinar la acción de cumplimiento, advierte que el contenido de la demanda permite adecuar y reconducir a otra acción tutelar, además de constatar una evidente lesión de derechos, previamente deberá tener certeza y convicción que la protección constitucional que se pretende otorgar será favorable y beneficioso para grupos que requieren una protección constitucional reforzada.

Ahora bien, ciertamente, el grado de vulnerabilidad de las personas puede depender de distintos factores, ya sean físicos, económicos, sociales, políticos o culturales, de ahí que surge la necesidad de identificar grupos en mayor grado de vulnerabilidad para adoptar medidas que mitiguen los efectos de las lesiones a sus derechos fundamentales.

> Por lo tanto, la reconducción o reconversión de las acciones constitucionales, está reservada única y exclusivamente para grupos que demanden una protección constitucional reforzada; es decir, para personas con capacidades especiales o diferentes (discapacitados); para la minoridad (niños, niñas y adolescentes); para pueblos indígena originario campesinos, así como afrodescendientes; personas de la tercera edad o adultos mayores; mujeres en estado

> de gestación; y, personas con enfermedades graves o terminales. Debiendo tomarse en cuenta el presente razonamiento efectos de la reconducción o reconversión de acciones.[19]

No obstante lo anterior, posteriormente, la Sentencia Constitucional Plurinacional 0092/2020-S3 de 18 de marzo estableció que, de conformidad con el artículo 109.I de la CPE, "todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección" y que, bajo esa prescripción, según el artículo 13.I de la Norma Suprema, los derechos fundamentales son inviolables.

En aplicación de las referidas normas de mandato y prohibición constitucionales, correspondió reconducir la SCP 0617/2016-S2, con relación al siguiente entendimiento: "Por lo tanto, la reconducción o reconversión de las acciones constitucionales, está reservada única y exclusivamente para grupos que demanden una protección constitucional reforzada", puesto que –según la SCP 0092/2020-S3– contiene un razonamiento limitativo y no abarca de forma íntegra y progresiva el derecho de acceso a la justicia constitucional que tiene la o el accionante, incurriendo en dilaciones innecesarias e impidiendo así el resguardo del principio de justicia material, pues no obstante que se exigen ciertos requisitos para la admisión y tramitación de una acción de defensa para preservar su naturaleza jurídica, ello no implica que deba darse prioridad a la exigencia de formalismos jurídicos. En virtud del principio *pro actione*, correspondió al TCP analizar las circunstancias especiales que se presentan en cada caso particular, otorgando, a través de la aplicación de la reconducción procesal, una tutela pronta, real y efectiva de los derechos y las garantías constitucionales en pro del principio de economía procesal, siempre y cuando sea evidente e incuestionable su vulneración, lo que conllevará a conceder la tutela solicitada, mediante un pronunciamiento expreso.

Por consiguiente, con base en los principios precedentemente enunciados, una vez que sea aplicada excepcionalmente la reconducción procesal por los jueces o tribunales de garantías y salas constitucionales o el propio Tribunal Constitucional Plurinacional, las denuncias realizadas por la o el accionante merecerán un pronunciamiento de fondo.

Por lo expuesto, el texto constitucional citado en la SCP 0617/2016-S2 fue reconducido, al entendimiento de la SCP 0210/2013, que determinó lo siguiente:

> Conforme a los antecedentes jurisprudenciales […] la reconducción de acciones es posible en sede constitucional cuando los jueces y tribunales de garantías, así como el propio Tribunal Constitucional Plurinacional, adviertan que es imprescindible otorgar una tutela inmediata a los derechos y garantías

[19] Línea jurisprudencial que fue reiterada por las sentencias constitucionales plurinacionales 0083/2018-S4 de 27 de marzo y 0065/2020-S2 de 17 de marzo.

> invocados, ya sea porque, de postergarse la tutela, ésta sería tardía, tornándose en irreparable la lesión a los derechos o garantías de la o el accionante, o porque se trata de personas o grupos en condiciones de vulnerabilidad, que merecen una atención prioritaria por parte del Estado y de la justicia constitucional, la cual no puede subordinarse a aspectos formales que demoren la tutela de sus derechos.

En ese orden, una sentencia posterior[20] dispuso complementar dicho entendimiento jurisprudencial, en el sentido que la reconducción o reconversión procesal de las acciones procederá en dos situaciones:

i) Cuando el accionante plantee una acción de defensa equivocada jurídicamente y corresponda denegar la tutela solicitada bajo el criterio de aplicación formalista del derecho. Sin embargo, cuando ello conduzca hacia la postergación sistemática de la justicia en caso de una evidente vulneración de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, deberán además concurrir simultáneamente los siguientes requisitos: a) La demanda constitucional debe coincidir con la naturaleza de la acción de defensa a la que será reconducida; y b) Los fundamentos sobre los hechos, derechos supuestamente vulnerados y petitorio deberán ser expuestos de forma clara, precisa y congruente, situación que permitirá ingresar al análisis de la problemática planteada en el caso concreto, con el fin de garantizar una justicia pronta y oportuna de los derechos y las garantías constitucionales.
ii) Por atención prioritaria, cuando las partes accionantes pertenezcan a grupos vulnerables, entre ellos, las personas que pertenezcan a las naciones y pueblos indígena originario campesinos (NPIOC) y afrodescendientes, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad, mujeres en estado gestación, personas gais, lesbianas, bisexuales, trans e intersexuales (GLBTI) y personas con enfermedades graves o terminales, y corresponda la protección constitucional efectiva, inmediata y reforzada.[21]

6.5. La Sentencia Constitucional Plurinacional 0003/2020-S4 de 9 de enero

En esta sentencia se abordó nuevamente el tema de la reconducción procesal de acciones de defensa, considerando que cada una de ellas –de acuerdo con su naturaleza jurídica y características propias, descritas y asignadas por la Ley Fundamental– está destinada a proteger y/o restituir determinados derechos fundamentales y garantías constitucionales. En consecuencia, por regla general, si un supuesto

[20] La citada SCP 0092/2020-S3 de 18 de marzo.

[21] Línea jurisprudencial reiterada por la SCP 0024/2021-S3 de 26 de febrero.

fáctico presuntamente lesivo de dichos derechos y garantías no es susceptible de ser analizado a través de una acción constitucional específica (acción de libertad, de protección de privacidad, amparo constitucional, acción de cumplimiento, acción popular), por no encontrarse bajo los alcances del ámbito de su protección, corresponde que sea denegada sin ingresar al fondo del mismo.

Sin embargo, y como una excepción a dicha regla, la jurisprudencia constitucional se encargó de delimitar las circunstancias en las que es posible el análisis de fondo de una acción de defensa, pese a que el impetrante de tutela haya equivocado la vía constitucional; es decir, cuando la acción constitucional activada no sea la idónea para la efectivización del ejercicio de los derechos fundamentales y garantías constitucionales invocados. En ese entendido –como se ha visto en el acápite anterior–, la SCP 0210/2013 de 5 de marzo hizo un desarrollo jurisprudencial con relación a los casos en los que era necesaria la reconducción de acciones de defensa;[22] aunque, por su parte, la SCP 0645/2012 de 23 de julio ya había establecido los requisitos para la reconducción de una acción de amparo constitucional a una acción popular.

Entonces, de acuerdo con lo expuesto precedentemente, es posible concluir que la reconducción procesal de acciones de defensa puede efectuarse indistintamente de una u otra, en los casos en que se observe la imprescindible necesidad de conceder la tutela inmediata a los derechos fundamentales y las garantías constitucionales invocados, considerando que:[23]

> i) De postergarse la tutela, esta sería tardía, y se tornaría en irreparable la lesión de los señalados derechos o garantías de la o el accionante; por ende,

[22] La SCP 0210/2013 de 5 de marzo, a tiempo de referirse a los requisitos establecidos en la SCP 0645/2012 de 23 de julio, para la reconducción de una acción de amparo constitucional a una acción popular, concluyó: "Dichas subreglas, como se tiene señalado fueron creadas para el caso específico de reconducción de las acciones de cumplimiento hacia las acciones populares; sin embargo, esto de ninguna manera se constituye en limitante alguna para que otras acciones de defensa también puedan ser reconducidas, pues, en todo caso, se debe atender a los fines esenciales de los procesos constitucionales que, en el caso de las acciones tutelares, como se tiene señalado, es el de respeto y vigencia de los derechos fundamentales y garantías constitucionales; así como los principios de la función judicial y, en concreto, los principios procesales de la justicia constitucional que han sido precedentemente referidos [de impulso de oficio, celeridad, concentración, no formalismo, de prevalencia del derecho sustancial respecto al formal, *pro-actione* y la justicia material]". Asimismo, respecto a la facultad de reconducción procesal por parte de los jueces y el tribunal de garantías, la misma sentencia estableció la siguiente subregla: "La posibilidad de reconducción de acciones, no alcanza únicamente al Tribunal Constitucional Plurinacional, sino también a los jueces y tribunales de garantías, pues en virtud de los principios de la justicia constitucional que han sido ampliamente referidos, están compelidos a efectivizar los derechos y garantías que fueron ilegalmente amenazados o restringidos, dando concreción a los fines de la justicia constitucional, dejando atrás las rémoras de una justicia colonial, anclada en formalismos, vivificando así los postulados del nuevo constitucionalismo boliviano, centrado en el respeto a los derechos fundamentales y garantías constitucionales".

[23] Según lo ha precisado la SCP 0003/2020-S4 de 9 de enero.

> la tutela vía acción de defensa correcta sería ineficaz. O ii) Porque se trata de población o colectivo en condiciones de vulnerabilidad, que merecen una atención prioritaria o reforzada por parte del Estado y de la justicia constitucional, la cual no puede subordinarse a aspectos formales que demoren la tutela de sus derechos, labor en la que no podrá soslayarse los requisitos de admisibilidad y causales de improcedencia de la acción constitucional a la que se reconduce la pretensión del impetrante de tutela ni los hechos y el petitorio de la acción de defensa presentada.[24]

En ese contexto, es evidente la obligación del Estado, a través de sus órganos componentes, así como de los funcionarios o servidores públicos, de adoptar medidas positivas en favor de población o colectivos en desventaja, lo que se traduce en la implementación de políticas especiales, así como en la prescindencia en la aplicación de excesivos formalismos y criterios rígidos tendientes a impedir y/o menoscabar el ejercicio efectivo de sus derechos.

Este criterio ha sido aplicado en reiterados razonamientos jurisprudenciales, por ejemplo, en el caso de niñas, niños y adolescentes (sentencias constitucionales plurinacionales 1892/2012, 0459/2013, 2260/2013, 0266/2018-S3 y 0195/2018-S4); mujeres y minoridad en contextos intra e interculturales (SCP 1422/2012 de 24 de septiembre); mujeres en gestación y con bebés lactantes (sentencias constitucionales plurinacionales 2557/2012, 0131/2014-S2 y 0157/2018-S4); adultos mayores (sentencias constitucionales plurinacionales 1631/2012, 0112/2014-S1, 1564/2014 y 0010/2018-S2); personas con discapacidad (sentencias constitucionales plurinacionales 0846/2012, 1174/2017-S1, 0063/2018-S4 –extensivo a las personas que les brindan cuidado– y 0240/2018-S4); pueblos y naciones indígena originario campesinos (sentencias constitucionales plurinacionales 0645/2012, 0487/2014 y 0139/2017-S2); y privados de libertad en vinculación con sus derechos a la salud y vida (sentencias constitucionales plurinacionales 0257/2012, 0618/2012 y 0397/2018-S3).

Conclusión

Conforme se ha apreciado a lo largo de este artículo, y partiendo de la comprensión del derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva, se ha intentado sistematizar los lineamientos más importantes de la jurisprudencia constitucional respecto a la naturaleza jurídica y objeto de la técnica de la reconducción procesal de las acciones de defensa que prevé la Constitución boliviana. La figura de la reconducción procesal consiste, entonces, en que una acción tutelar erróneamente formulada puede –*de oficio*– ser reconducida al mecanismo de defensa idóneo, a fin

[24] Entendimiento que ya fue asumido en la SCP 0694/2019-S4 de 28 de agosto y reiterado por la SCP 0087/2020-S4 de 14 de julio.

de lograr la protección y el resguardo de los derechos y las garantías constitucionales evidentemente lesionados en determinado caso.

Cabe resaltar que la reconducción de acciones de defensa es una potestad del juez constitucional, que es posible utilizar cuando se advierte la necesidad de tutelar de forma inmediata los derechos reclamados como vulnerados, sea porque, de postergarse la tutela, esta sería tardía, tornándose irreparable la lesión de los derechos fundamentales o las garantías constitucionales reclamados, o cuando se trate de personas o grupos vulnerables que merecen una atención prioritaria por parte del Estado y, por ende, de la justicia constitucional.

Con ese propósito se han explorado los fundamentos jurisprudenciales que tienen su base en los principios de eficacia de los derechos fundamentales, prevalencia del derecho sustantivo sobre el adjetivo, favorabilidad, justicia material, *pro actione* y *iura novit curia*. Asimismo, se ha visto pertinente describir algunos casos relevantes encontrados en la abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Este recorrido permite mostrar, aunque de manera breve, las últimas modulaciones jurisprudenciales que el Tribunal ha juzgado útiles y necesarias, a fin de efectivizar una tutela judicial.

Se espera que esta breve sistematización de precedentes sea de utilidad para todos los lectores interesados en profundizar sus conocimientos para una correcta y adecuada tramitación de las acciones de defensa en Bolivia y su eventual reconducción procesal, como una forma de maximizar la protección de los derechos fundamentales.

Bibliografía

Franco Zamora, Paul. *Justicia constitucional en materia laboral y social*. Sucre, Bolivia: Duplikar Impresores, 2020.

Franco Zamora, Paul. *La protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en la justicia constitucional*. Sucre, Bolivia: Duplikar Impresores, 2021.

Rivera Santiváñez, José Antonio. *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales en Bolivia*, 3.ª ed. actualizada con la Constitución y la Ley 27. Cochabamba, Bolivia: Grupo Editorial Kipus, 2011.

Vargas Lima, Alan. *Justicia constitucional en Bolivia (1999-2019)*, tomos I y II. Cochabamba, Bolivia: Editorial Kipus, 2019.

Jurisprudencia consultada

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional 2029/2010-R de 9 de noviembre de 2010.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional 2695/2010-R de 6 de diciembre de 2010.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional 0501/2011-R de 25 de abril de 2011.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional 0897/2011-R de 6 de junio de 2011.
Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0139/2012 de 4 de mayo de 2012.
Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0347/2012 de 22 de junio de 2012.
Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0645/2012 de 23 de julio de 2012.
Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 1478/2012 de 24 de septiembre de 2012.
Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 2271/2012 de 9 de noviembre de 2012.
Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0897/2013 de 20 de junio de 2013.
Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0778/2014 de 21 de abril de 2014.
Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0617/2016-S2 de 30 de mayo de 2016.
Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0786/2018-S2 de 26 de noviembre de 2018.
Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0003/2020-S4 de 9 de enero de 2020.
Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0121/2020-S3 de 17 de marzo de 2020.
Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0092/2020-S3 de 18 de marzo de 2020.
Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0667/2020-S1 de 30 de octubre de 2020.
Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0024/2021-S3 de 26 de febrero de 2021.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXVIII, BOGOTÁ, 2022, PP. 347-361, ISSN 2346-0849

Daniel Tenorio Pérez* **(México)**

La efectividad de las reglas constitucionales a través del concepto obligación: una propuesta teórica para el ejercicio colectivo de los derechos humanos

RESUMEN

Este artículo aborda uno de los fenómenos más complejos de la teoría jurídica, que, a su vez, interpela al derecho constitucional e internacional de los derechos humanos: la efectividad normativa y lo que hay tras ella, pues, en diversas ocasiones, la ausencia de su materialización suele ser problemática. Para ello, se pretende estudiar la teoría de la obligación de Hart, que explica la interiorización de las obligaciones para ser llevadas a las prácticas institucionales. Asimismo, se revisan las modificaciones teóricas posteriores, introduciendo la teoría ética como punto de encuentro de una razón común que sirva como referencia para la efectividad de una norma colectiva deseable.

Palabras clave: obligación; efectividad; Constitución.

The effectiveness of constitutional rules through the concept of obligation, a theoretical proposal for the collective exercise of human rights

ABSTRACT:

This article addresses one of the most complex phenomena of legal theory, which in turn interpellates constitutional and international human rights law. This is the phenomenon of normative effectiveness and what lies behind it, because the absence of the materialization of the same has often been problematic. The article studies this through Hart's obligation theory, which explains the internalization of obligations to be carried out in institutional practices. It also reviews subsequent theoretical mo-

* Abogado, Universidad Nacional Autónoma de México; maestrante en Filosofía del Derecho, Universidad de Buenos Aires. Actualmente labora en el Poder Judicial de la Federación. danieltenorio9875@gmail.com / código orcid: 0000-0002-7111-5943.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

difications, introducing ethical theory as a meeting point of common reason, which serves as a reference for the effectiveness of a desirable collective norm.

Keywords: Obligation; effectiveness; Constitution.

Zur Wirksamkeit von Verfassungsbestimmungen mithilfe des Verpflichtungsbegriffs: ein Theorieansatz zur kollektiven Wahrnehmung der Menschenrechte

ZUSAMMENFASSUNG:

Der Beitrag befasst sich mit einem der vielschichtigsten Phänomene der Rechtstheorie, das sowohl hinsichtlich des Verfassungsrechts als auch des internationalen Rechts der Menschenrechte die Frage der Wirksamkeit von Normen und ihrer Grundlagen angesichts des wiederholten Problems ihrer fehlenden Materialisierung aufwirft. Dieser Frage soll auf der Grundlage der Verpflichtungstheorie von Hart nachgegangen werden, um die Internalisierung der Verpflichtungen mit dem Ziel ihrer Umsetzung in die institutionelle Praxis zu erklären. Darüberhinaus erfolgt eine Durchsicht der späteren theoretischen Weiterentwicklungen durch die Einführung einer Ethiktheorie als Kern eines Common Sense, der als Referenz für die Wirksamkeit wünschenswerter kollektiver Normen infrage kommt.

Schlagwörter: Gewährleistung; Wirksamkeit; Verfassung.

Introducción: el problema de la efectividad

La ausencia de efectividad de las reglas constitucionales se debe a dos cuestiones aparentemente separadas, pero, en realidad, vinculadas. Por un lado, existe un elemento ideológico respecto de la forma en que los operadores de un sistema jurídico (*practicantes legales)* piensan que funciona dicho sistema. Esta manera tan particular de concebir un sistema legal y algunos conceptos predetermina el modo en que el derecho se practica. Para algunos autores, como Esquirol,[1] casi toda América Latina extrae sus convenciones ideológicas de la Europa continental, transfiriendo figuras o conceptos legales al debate latinoamericano. Esto es problemático, pues dichas figuras responden a determinados contextos sociales y culturales propios de las sociedades europeas, que resultan sin efecto para las circunstancias latinoamericanas, lo que termina por descartar soluciones prácticas que no se apegan al canon ideológico sostenido por la mayor parte de los *practicantes legales* y académicos. Por otro lado, el debate se suele enfocar en cuestiones contextuales, como la corrupción, la violencia y la desigualdad.

[1] Jorge L. Esquirol, *Ruling the Law. Legitimacy and Failure in Latin American Systems* (United Kingdom: Cambridge University Press, 2020), 12-16.

Sin embargo, hay ciertas conexiones entre las cuestiones ideológica y contextual, pues la ideología no permite introducir respuestas distintas al canon; por lo general, busca construir efectividad por medio de las instituciones y conceptos trasplantados que no corresponden a las lógicas sociales y culturales de América Latina.

Por ejemplo, en México se introdujo la reforma constitucional del año 2011, a la vez que se introdujo una reforma del juicio de amparo.[2] Sin embargo, no se acompañó de una reforma judicial a fondo que pudiera distribuir las excesivas cargas de trabajo, ni las maneras de configurar jurisprudencia, pues anteriormente se consideraba que la Corte debía llegar a fallar cinco veces en un mismo sentido, lo cual era muy demorado. En este sentido, la actual Presidencia de la Suprema Corte mexicana ha hecho un esfuerzo enorme por superar estos inconvenientes, por ejemplo, la profesionalización de fondo de la carrera judicial o la introducción del sistema de precedentes.[3]

Esto es muestra del uso desmedido de la legislación como respuesta institucional ante la inefectividad de las reglas, sin un estudio previo de la razón por la cual no funciona o, al contrario, sí funciona. Por lo general, estas posturas vienen acompañadas de una ausencia de criterios respecto de la accesibilidad ciudadana del recurso o institución legal que se crea, pues parte de este canon es divorciarse de la población, que es quien está viviendo dichos problemas de la ausencia de efectividad y, por ende, no conocer todas las aristas contextuales del problema.

En este sentido, se analizará el concepto de obligación, para que pueda ser reformulado teóricamente y que, a su vez, permita la construcción de efectividad como una tarea colectiva tanto de instituciones como de las sociedades latinoamericanas en general.

1. La obligación y las teorías del *command*

La teoría del *command* ha marcado gran parte de la tradición del positivismo jurídico, sobre todo en la Europa continental, así como en América Latina. Esta teoría se enfoca en concebir todas las reglas jurídicas como mandatos que de alguna forma indican, legalmente hablando, la manera en que una persona o funcionario debe actuar. Estas reglas, además, son derivadas de un procedimiento constitucional tildado como superior. De tal suerte que cuando se habla de reglas jurídicas en general, inmediatamente se hace referencia a mandatos legitimados por un proceso legislativo introducido en la Constitución. Sin embargo, para que el mandato sea

---

[2] Carlos M. Pelayo Möller, *Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos* (México: CNDH, 2011), 13.

[3] Poder Judicial de la Federación, "Reforma Judicial con y para el Poder Judicial", Ciudad de México, 12 de febrero de 2020, acceso el 20 de febrero de 2020, https://www.reformajudicial.gob.mx/secciones/reforma/.

efectivamente obedecido, debe acompañarse de una amenaza de sanción, esto es, encajar en toda regla un sistema punitivo que la dote de efectividad.[4]

Por lo anterior, autores como Kelsen reconocen que todo el derecho es coercitivo y, debido a ello, toda regla contiene una posibilidad de ejercer un poder violento sobre otro. Por lo tanto, esta característica es el distintivo principal de una norma jurídica. Así, un titular de un derecho puede ir a un tribunal y exigir que se utilice la fuerza para ejecutar el pago de una deuda, siempre y cuando lo haga por medio de los procedimientos legales correspondientes, o se puede encarcelar a un individuo que haya cometido algún delito, posterior a un juicio de índole penal.[5]

Sin embargo, quedan muchas cuestiones en el aire. Para Kelsen, la función central del derecho es dotar de legitimidad y neutralidad las reglas jurídicas que, a su vez, las autoridades deben cumplir y coaccionar su cumplimiento, siempre y cuando, estas autoridades estén legitimadas por otra regla producida por un proceso legislativo. Por ejemplo, los cuerpos policiacos no podrán actuar si no han sido reconocidos como tales por una norma, y esta norma, a su vez, ha sido producida por un proceso legislativo ordinario, reconocido por la Constitución, que ha dotado de la facultad de legislar a un determinado órgano.[6]

Siguiendo este orden de ideas, Kelsen concibe una norma completa como necesariamente provista de una sanción, y aquellas que carecen de ella son entendidas como meros deseos de un legislador, pues la norma, al ser una orden, debe ser ejecutada y, para ello, el Estado debe castigar y amenazar.[7] Esto permite constituir una relación inmersa en la obligación entre un supuesto mandato estatal y la población civil, un mandato que en teoría es neutralmente político y legitimado por completo en una legislatura electa democráticamente por medio del voto popular que sigue procesos para crear leyes y está dotado de estatus constitucional. Esta ficción borra totalmente la participación de los individuos y se sitúa en una posición jerárquica que solo ve mandatos de neutralidad política constitucionalmente legitimados que se siguen por miedo a las amenazas.

En cuanto a las instituciones, Kelsen las concibe como entes colectivos formados por individuos, quienes no responden a nombre propio cuando se viola un deber jurídico, sino a nombre de la institución. De tal manera que las autoridades pueden ser objeto de una sanción colectiva, la cual debe existir en un ordenamiento nacional; en caso de no existir, debe tomar parte del ordenamiento internacional. Esta es la base de la responsabilidad internacional, pues cuando se actúa contrariamente a

---

4 Gerald Postema, "Law as Command: The Model of Command in Modern Jurisprudence", *Philosophical Issues, Social, Political, and Legal Philosophy,* n.º 11 (2001): 470-501.

5 Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (Buenos Aires: Eudeba, 2009), 55-60.

6 Kelsen, *Teoría*…, 111.

7 Kelsen, *Teoría*..., 59.

un tratado que mandata la no realización de algo, quien responde es el Estado como ente colectivo, y no el funcionario a nombre propio.[8]

Para que Kelsen pueda llevar a buen puerto la relación entre la regla y la sanción, propone las normas primarias y secundarias.[9] Una norma primaria será aquella que prescribe la sanción o pena respecto de una persona que decida actuar en contra de una norma. La norma secundaria es una consecuencia lógica de la norma primaria. A partir de ello, Nino da un ejemplo de su funcionamiento: si una persona mata, deberá sentenciársele a 10 años de prisión (norma primaria), por lo tanto, no se debe matar (regla secundaria).[10] Esta lógica también es parte de teorías jurídicas contemporáneas como el garantismo,[11] que sostiene la existencia de una relación entre una garantía primaria y secundaria; la garantía primaria fija la obligación estatal de prestar o prohibir ciertos bienes o acciones con el fin de proteger los derechos humanos, al tiempo que obliga al Estado a reparar las violaciones de estos por medio de sanciones judiciales o de una reparación, entendida esta regla como garantía secundaria.[12] De esta manera, se reproduce la lógica kelseniana, regla-mandato-sanción.

El problema con este tipo de teorías radica en que las normas primarias son dependientes de condiciones fácticas de aplicación, lo que implica mirar no solo la norma, sino los órganos encargados de ejecutarla. En el ejemplo del homicidio, se requerirá que un fiscal, no solo esté reconocido legalmente como tal, sino que acuse y pruebe que el acusado cometió el ilícito, al tiempo que debe existir un juez penal que valore las pruebas en las que cimenta la acusación y que pueda sentenciar pena de prisión.

Concebir el derecho de esta forma es confuso, porque las condiciones de aplicación son independientes de la regla, la sanción no se traduce necesariamente en efectividad, pues esta es una posibilidad empírica que no arregla las cuestiones estructurales que producen los verdaderos problemas en las condiciones de aplicación. Esta lógica de mandato-sanción es sostenida por la mayor parte de los Estado latinoamericanos, ya que creen que al introducir obligaciones derivadas de tratados internacionales dentro de sus constituciones, producirán una aplicación y adecuación efectiva, reforzada, a su vez, por la probable sanción de un organismo internacional hacia el Estado que incumple con tales obligaciones. Esto termina por constituir un velo ideológico que no permite explicar la razón por la cual no son cumplidas las obligaciones internacionales en sede interna.

---

[8] Kelsen, *Teoría*…, 105-106.

[9] Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982), 67.

[10] Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho* (Barcelona: Editorial Ariel, 2003), 84.

[11] Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Editorial Trotta, 2009), 45-46.

[12] Ferrajoli, *Los fundamentos…*, 45-47.

1.1. Los defectos de las teorías del *command* en relación con la obligación, una alternativa más allá de la sanción

Hart fue el primer teórico que arrasó con las teorías del *command*. Primeramente, demostró que el derecho entendido solamente en términos de sanción es una afirmación difícil de sostener, pues se requiere más que el castigo para comprender un sistema jurídico. Asimismo, cimentó la dimensión interna del punto de vista como un elemento relevante para identificar el funcionamiento del derecho, que, a su vez, le permitió concebir conceptos puente entre los individuos y este, tales como la obligación jurídica, cimentándola en términos de razón cognoscitiva de quienes llevan a cabo sus obligaciones legales.[13]

En este sentido, manifiesta que existe una diversidad de normas y que es una imprecisión decir que toda regla jurídica es una orden proveniente de un soberano, legislador o producto de un proceso legislativo reconocido en una Constitución, así como también es una imprecisión concebir que toda norma requiere una sanción para ser una norma, lo que puede ser cierto para las leyes penales, las cuales siguen esta lógica; sin embargo, estas reglas no son las únicas.[14]

Así, las reglas también facultan a los individuos para ejercer su propia voluntad dentro de un marco legal determinado y no necesariamente prevén una sanción; casos como el matrimonio o la realización de un testamento son elementales para entender este punto. De este modo, un individuo ejerce una facultad que le permite hacer algo o no, dependiendo de la capacidad de racionalizar su mejor interés. Podremos decir entonces que si uno quiere contraer nupcias deberá seguir la fórmula legal para el reconocimiento del acto ante autoridades oficiales, pero no necesariamente pondrá al sujeto en una sola vía de acción, como en el caso de la sanción. Nadie estaría dispuesto a afirmar que el hecho de que existan reglas sobre cómo contraer matrimonio, necesariamente nos obligue a casarnos.[15]

Esta segunda lógica de las reglas es compartida también por las instituciones, a las cuales no se les reconoce derechos sino facultades, permitiendo la funcionalidad de un juzgado, una legislatura o un cuerpo administrativo. Con ello, una regla no solo reconoce una facultad, sino también las reglas orgánicas que le dan el estatus a una institución y le permiten operar, sin necesidad de poner sanciones, con excepción de las malas actuaciones que requieran corrección. Por ejemplo, sería descabellado que se sancionara a un juez o a los miembros de un tribunal por el hecho de no atraer un caso a una jurisdicción, por no considerarlo relevante; sin embargo, no sonaría descabellado sancionar a un juez por actos de corrupción.

---

[13] Herbert Leonel Adolphous Hart, *El concepto de derecho* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012), 127-129.

[14] Hart, *El concepto…*, 35.

[15] Hart, *El concepto…*, 36.

Esta lógica también funciona para explicar cuestiones de invalidez, inconstitucionalidad o inconvencionalidad. A partir de ella podemos inferir que uno no puede decir que se castigó a una legislatura cuando se declaró inconstitucional su norma por medio de una sentencia de un tribunal constitucional; lo correcto sería afirmar que la ley de determinado cuerpo legislativo se declaró inválida en razón de que no contenía los requisitos constitucionales mínimos. Cuando una legislatura no cumple los requerimientos para la producción de una norma, simplemente es anulada por otro órgano con el estatus legal para ello, como puede ser una corte constitucional.

Partiendo de lo anterior, Hart construye un modelo de reglas para explicar el funcionamiento del derecho; la famosa correlación entre las reglas primarias y secundarias, que explican la interrelación de las prácticas institucionales y sociales respecto de un sistema jurídico. Una regla primaria será aquella que prescribe que ciertos individuos realizarán ciertos actos, lo quieran o no, y pueden convertirse en una base crítica para la exigencia de su cumplimiento. A esta norma primaria le sigue una secundaria que permite introducir nuevas reglas, así como extinguirlas, modificarlas o adjudicarlas.[16] Precisamente en esta regla secundaria se formula la famosa regla del reconocimiento, que es la aceptación tácita por parte de los funcionarios públicos de ciertos estándares para la creación de derecho y que permite reconocer que cierta norma o sentencia pertenece al sistema jurídico. Por ejemplo, entre las reglas de reconocimiento puede encontrarse el proceso legislativo, al mismo tiempo que prácticas no reguladas en ninguna normativa, como el precedente judicial del *common law* o la costumbre internacional.

Explicado lo anterior, Hart da el paso definitivo. ¿Cómo concebir entonces la obligación a partir de una regla primaria? hay una dualidad en este concepto. En el lenguaje común existe una diferencia palpable entre verse obligado a algo y estar obligado a algo. Uno puede ser amenazado por un ladrón para que le entregue sus pertenencias y verse obligado a ceder a su pretensión, pero necesariamente no se tiene una obligación con él. Lo que hace que un individuo actúe es precisamente considerar su propio bienestar como algo importante, prefiriendo desprenderse de una posesión material a sufrir daños. Sin embargo, su acción está basada en una probabilidad empírica de daño.

Para que alguien esté obligado, no se requerirá que un individuo crea verse obligado; la obligación es independiente de las creencias y los razonamientos de la gente. A pesar de ser dos cuestiones distintas, una no está desligada de la otra.

Este es el elemento principal para ir desarticulando la visión de norma-obligación-sanción de Kelsen, puesto que la existencia de una obligación dentro de un sistema legal, no puede depender de una posibilidad empírica de sanción; puede ser prevista, pero no es su componente principal, lo que desarma, además, la efectividad predictiva de las normas. No porque exista una regla que indique estar obligado a hacer el servicio militar y una sanción que señale que será arrestado quien

[16] Hart, *El concepto*…, 101.

infrinja esta disposición, será efectivamente aplicada. Puede que el sujeto obligado no cumpla y huya, escondiéndose para no ser arrestado y sancionado, y no por ello diremos que hacer el servicio militar no es una obligación o que la posibilidad de ser sancionado sea falsa.

Entonces, ¿cuáles son las características que nos permiten reconocer una obligación? Según Hart, la obligación es el conjunto de dos elementos. Primeramente, son reglas a las que se les introduce un modelo o pauta de conducta deseable que conforma un contexto determinado. De manera secundaria, estas reglas aplican para determinados sujetos en función de los hechos introducidos en ellas.[17]

De lo anterior, se establece que existe un deber derivado de una obligación. En términos no analíticos, estos conceptos suelen ser confundidos; la obligación y el deber no son sinónimos. Uno puede decir que el Estado debe cumplir su obligación de respetar, proteger, garantizar y promover los derechos humanos, en situaciones que requieran acciones específicas. En este ejemplo, la obligación y los valores intrínsecos que se encuentran en ella, tales como los derechos humanos, sirven como un modelo deseable de cumplimiento y una base crítica para que los sujetos reconocidos por la regla actúen de conformidad con los hechos introducidos en ella.

En este sentido, quedan dos eslabones que el concepto deja detrás: ¿Por qué un teórico que se pregunta por el funcionamiento del derecho debe poner atención a los reclamos populares, a las exigencias de cumplimiento respecto de una obligación internacional o constitucional, a la presión social que se ejerce en las manifestaciones sociales? ¿No bastaría solamente describir lo que las autoridades hacen o las formas en que deciden los jueces de determinadas cortes constitucionales?

Para responder estas dos preguntas, Hart busca explicar la diferencia entre el punto de vista externo y el punto de vista interno respecto del funcionamiento del derecho. Un observador externo buscará en la sistematización del derecho la exposición detallada de lo que las instituciones hacen, explicará qué dice una sentencia o norma, tal vez, introduzca la descripción del comportamiento social como un patrón regular de conducta cimentado en una posibilidad empírica de predicción. Sin embargo, quien describe no aceptará las normas como aplicables para su persona, como quien observa una partida de ajedrez y registra los movimientos.

Al contrario, un punto de vista interno nos pone en los zapatos de quienes viven un sistema jurídico determinado, buscando explicar cómo es que una regla que estipula una obligación influye en su conducta y sirve de guía para su comportamiento, al igual que las instituciones de las cuales posteriormente podemos determinar si cumplen o no su obligación.

El gran descubrimiento hartiano se enfoca en poner a los sujetos, no como objeto estático de los mandatos de autoridad, sino como sujetos razonables y pensantes, que analizan las reglas y que de una u otra forma las internalizan y expresan sus puntos de vista, a partir de los cuales actúan; es una especie de razonamiento práctico que

[17] Hart, *El concepto*…, 106.

considera posibilidades de tomar o no los riesgos de cumplir una norma y de ser conscientes de ello.

De esta forma, una persona puede cumplir su obligación con independencia de ser posiblemente sancionada, porque, para ella, el contenido de dicha regla es una buena razón para la acción, como puede ser la lógica estatal del servicio a la ciudadanía.[18] Por ejemplo, para un ciudadano, la obligación de pagar impuestos es justificable, porque estos sirven para proporcionar servicios públicos de los cuales disfruta y, consciente de ello, contribuye a esa labor. Con ello, Raz concibe la obligación a partir de la visión hartiana y concluye que las obligaciones legales son buenas razones para actuar y en su cumplimiento puede introducirse el interés de quien se ve obligado a cumplir.[19]

1.2. La justificación moral de las obligaciones como una condición necesaria para su seguimiento

A pesar de que tanto Hart como Raz clarificaron mucho de aquello que permanecía en la oscuridad respecto del término obligación, lo cierto es que queda aún una cuestión por responder: ¿Las obligaciones que se introducen en las reglas deben tener necesariamente un mínimo contenido de moralidad para ser obedecidas?

Pondré dos ejemplos para llegar al punto que quiero introducir, el primero moralmente repugnante y el segundo moralmente justificable.

En un ejemplo histórico, el régimen nazi perseguía a las personas de origen judío por medio de la introducción de ciertos delitos que las convertían en enemigas del Estado alemán, sancionándolas con cárcel por su pura existencia.[20] De esta norma se desprenderían otras más, como la obligación impuesta a los ciudadanos alemanes de denunciar a la persona de origen judío, informando el lugar donde se escondía o denunciando su origen familiar.

¿Podría afirmarse que la obligación de denunciar a alguien por su mero origen es una buena razón para hacerlo y que los ciudadanos se comprometerán a ello? Evidentemente su contenido normativo es totalmente injusto, ilógico y moralmente repugnante.

Ahora, pongo otro ejemplo moralmente justificado y que ha sido adoptado por la mayor parte de los Estados en Latinoamérica, relacionado con el reconocimiento de los tratados internacionales de derechos humanos como parte de su Constitución, lo que ha implicado la introducción de obligaciones estatales que las instituciones

---

[18] Joseph Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality* (New York: Oxford University Press, 1971), 177.

[19] Joseph Raz, "Promises and obligations", en *Law, Morality and Society. Essays in honour of H. L. A. Hart*, coord. por P. M. S. Hacker y Joseph Raz (Oxford: Clarendon Press, 1977): 218-219.

[20] Hannah Arendt, *Los orígenes del totalitarismo* (Madrid: Alianza Editorial, 2016), 408-409.

del país deben cumplir, tales como respetar, garantizar, proteger y promover los derechos humanos. En este sentido, si un habitante de cierto país reclamara un derecho a partir de una obligación introducida en la Constitución del país que habita, relacionado con el acceso a la educación en condiciones de desigualdad, podría usar el contenido de la obligación para vincularlo a ciertos principios inmersos en los derechos humanos como una buena razón para su acción, al tiempo que partiría de una guía para conducir sus actuaciones y sería una base crítica para la inacción del Estado en el tema.

¿Cuál es la diferencia entre estos ejemplos, si cada uno puede ajustarse a la perfección al modelo de Hart y la explicación del concepto 'obligación' dado por Raz?

La respuesta está en el contenido de nuestras obligaciones, pues su composición puede reformular nuestro punto de vista por razones que no solo estén contenidas en una justificación, ya sea en un acto de autoridad o en una regla constitucional, sino también en una justificación de moralidad que sirva como punto de exigencia y construcción de soluciones comunes para los graves problemas que enfrenta América Latina. Así, resistir a una autoridad desobedeciéndola o señalando una corrección de un acto estatal, al mismo tiempo, puede servir a las autoridades para justificarse, legitimarse y reconsiderar soluciones antes no pensadas para responder a esos señalamientos.

En este sentido, Wilfried Waluchow ha propuesto dos consideraciones. La primera es que no todas las razones que toma en consideración la autoridad son buenas para la acción y, por ende, no todas las obligaciones insertadas en una regla son buenas razones para la acción, pues muchas de ellas pueden ser sustraídas de posturas utilitaristas, consecuencialistas o instrumentales, sin considerar el núcleo de moralidad objetiva inmersa en las constituciones.[21] La segunda consideración es que las autoridades o, más bien, los individuos que componen esas autoridades actúan a partir de razonamientos específicos que les permiten inducir sus actuaciones y reconocer los contextos específicos sobre los cuales decidirán. Por lo tanto, para que un punto de vista con base en la Constitución pueda funcionar, los agentes estatales deben tener un mínimo grado de compromiso con esta.[22] Por último, los individuos que viven inmersos en este juego institucional deben mirar a la sociedad y sus reclamos, pues sus miembros son quienes sufren las graves violaciones de derechos humanos y en muchas de sus demandas hay rastros de valores constitucionales; en pocas palabras, debe considerarse a la sociedad como actor importante que permite llevar la Constitución más allá de las estructuras institucionales.

---

[21] Wilfried Waluchow, *Positivismo jurídico incluyente* (Madrid: Marcial Pons, 2007), 146-147.

[22] Waluchow, *Positivismo…*, 160.

2. La efectividad de las reglas constitucionales a través de las obligaciones

A partir de lo escrito, existe la posibilidad de comenzar a preguntarse por la efectividad y la fuerza de la ley a través de una autoridad práctica interrelacionada con una sociedad que constantemente demanda la protección de sus derechos. Sociedad y Estado pueden utilizar el concepto obligación como llave para introducir un punto de vista interno constitucional como línea guía de actuación y construcción de nuevas soluciones a nuestros problemas; una especie de *agency* compartida.

Para ello, primero, debimos rechazar la idea kelseniana de que necesariamente existe una vinculación entre obligación y sanción, pues como demostramos en este artículo, existen condiciones fácticas que imposibilitan la aplicación de una sanción. En este sentido, no negamos que la sanción puede existir en una obligación, sino que hay más elementos a tomar en cuenta, como también desechar los velos ideológicos que no permiten adoptar conceptos funcionales de práctica institucional.

De manera secundaria, debimos poner nuestra atención en un *internal point of view*, que permite racionalizar las obligaciones que se introducen en las normas, en especial, las constitucionales e internacionales, donde tanto los miembros de la sociedad como las instituciones pueden reclamar y cumplir con aquellas. Así, se conforma una especie de estándar deseable en la manera en que los funcionarios actúan, al tiempo que la obligación se convierte en una especie de base crítica exigible, no solo a las autoridades, sino también a la sociedad misma, con el fin de corregir los imperfectos de las prácticas sociales, que pueden ser contrarias a los fines constitucionales. Por ejemplo, esta guía de actuación permite exigir el cese de expresiones violentas o intolerantes, que busquen someter a algunos sectores sociales en condiciones de desigualdad, sin ser necesariamente especialistas en el tema de libertad de expresión. Entonces, debe haber un ejercicio conjunto entre la autoridad y la sociedad en la resolución de los problemas que a todos nos son comunes.

En tercer lugar, debemos considerar las obligaciones constitucionales e internacionales como buenas razones para la acción, pues, al racionalizarlas por medio del punto de vista interno, aparecen razones justificables para cumplirlas y actuar de conformidad con ellas y no solo decir que la posibilidad de una sentencia internacional es la única razón para llevar a cabo las obligaciones internacionales. De esto se desprende, además, que nuestras razones de cumplimiento deben estar constitucionalmente justificadas y, por ende, debemos descartar otras razones que puedan materializarse en el cumplimiento de la obligación, por ejemplo, las perspectivas consecuencialistas e individualistas de interés o razones utilitaristas, donde se piense que el cumplimiento de la obligación causará la mayor felicidad a los habitantes de determinado Estado.

2.1. La efectividad de la regla, la autoridad práctica y la respuesta colectiva

Un funcionario público no puede solo justificarse en lo que dice una normativa o la sanción que ella impone como único argumento. Al contrario, a partir de una visión sustantiva de actuación, en su razonamiento debe dar una buena razón para la acción, de tal forma que le permita legitimar la aplicación de una norma. Por ejemplo, puede utilizar las obligaciones contenidas en los artículos 1 y 2.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para sustentar su decisión, lo que posibilitaría introducir otros artículos sobre derechos, que, a su vez, funcionarían como guía de conducta. Por ende, se requiere que los funcionarios adhieran a dichos valores, concibiendo distintas posibilidades de actuación o formulación de respuestas institucionales cuando deban hacerlo, así como que reformulen sus medios para construir coherencia con las reglas que están obligados a actuar. Esto permite construir una autoridad práctica que entienda a sus funcionarios como entes pensantes que pueden plantear y llevar a cabo distintas alternativas y formas de ejercitar ciertas obligaciones normativas. Así, puede concebirse una especie de criterio para analizar el contexto donde opera su autoridad con el fin de encontrar las contradicciones y necesidades institucionales en favor de su propia efectividad.

Entonces, si reconocemos a través de las obligaciones internacionales y constitucionales un objetivo común, como la protección de los derechos, y, en este tenor, todas las instituciones de un determinado Estado están obligadas a protegerlos, ¿no cabría repensar la manera en que las instituciones actúan, así como el papel que juegan las personas sujetas a la autoridad de estos funcionarios?

Como lo observó Nino cuando intentó explicar la practicidad de la Constitución, las decisiones jurídicas no son aisladas, sino parte de un proceso colectivo que se extiende en el tiempo.[23] Supongamos que el Estado es una gran orquesta y que las instituciones son músicos. Como en cualquier cuerpo colectivo, habrá excelentes músicos que puedan ejecutar de manera perfecta las partituras a la que ellos se han adherido y practicado (*point of view*); aún más, estos músicos son tan buenos que se salen de los estándares y comienzan a realizar sus propios cambios, porque creen que podrán mejorar la pieza que tocan en conjunto (una buena razón para la acción). Supongamos también que en esta orquesta hay músicos regulares que no se alejan de las partituras, pero que están interesados en aprender de los mejores músicos, para algún día tocar como ellos. Tal es el interés, que comienzan a replicar sus ejecuciones sin que necesariamente estén obligados a ello. Sin embargo, también hay malos músicos, que suelen ser excluidos por la forma en que ejecutan las partituras, que no cumplen ni siquiera con las funciones más básicas para las que fueron contratados y que desentonan toda la orquesta. Un público audaz (sociedad) se dará cuenta, sin

[23] Carlos Santiago Nino, *Derecho moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014), 133-145.

ser necesariamente experto, de que hay grandes problemas tras bambalinas, pues identificará la discrepancia musical y la manera en que los músicos ejecutan la pieza colectiva, así como la forma en que se afectan unos a otros. Si tanto el público, no solo audaz sino atrevido, como los músicos partieran de un fin común, por ejemplo, una buena ejecución de la pieza colectiva, comenzarían a dialogar para identificar el problema de por qué los malos músicos tocan como tocan y, tal vez, no solo den con el problema, sino con la razón de por qué son malos y, a partir de ello, construir propuestas conjuntas para que dejen de tocar tan mal, considerando las situaciones específicas en que se encuentran. En consecuencia, algún día podrán ejecutar de forma colectiva la pieza sin errores.

Este ejemplo es revelador, porque la mayor parte de las problemáticas institucionales son de coordinación y la nula disposición al diálogo, tanto con otras instituciones como con la sociedad en su conjunto. Asimismo, no todas las instituciones se adhieren razonablemente a lo que están obligadas a cumplir, y esto es de gran importancia, pues si no se tiene un criterio común, difícilmente se pondrá en práctica y, todavía peor, si no lo internalizamos, no podremos darnos cuenta de los problemas reales que tiene cada institución en relación con su operatividad, tales como la corrupción en todas sus vertientes, la composición parcial de los miembros de dicha institución, o los relacionados con el presupuesto, que impiden su funcionamiento. Aunado a ello, la adhesión a los velos ideológicos atrincherados en soluciones que no responden a los contextos latinoamericanos contribuye al nulo resultado que reproducen los problemas sistémicos que impiden la operación efectiva de la autoridad.

Entonces, esto se convierte en una problemática de prácticas institucionales en relación con las reglas que los funcionarios públicos están obligados a cumplir, de las cuales se derivan bases críticas que la sociedad suele utilizar para indicar que cierta institución no cumple con su obligación y que en muchos casos es contraria, al punto de que la actuación estatal viola derechos humanos. Producto de ello, hay manifestaciones y malestar social, pues al no encontrar mecanismos para la solución de sus problemas colectivos, ni para participar en la toma de decisiones y denunciar lo que está mal, la sociedad estalla en caos y, en países como los latinoamericanos, dichas protestas son solucionadas con represión, pensando que se resuelve el problema de fondo, lo cual a todas luces es un error.

Conclusiones

La efectividad de las constituciones y el cumplimiento de las obligaciones estatales son cuestiones complejas, que requieren la consideración profunda de diferentes variables para que funcione la obra colectiva. En primer lugar, se debe tener en cuenta la cuestión ideológica con la cual los *practicantes legales* actúan en todos los poderes e instituciones estatales, pues en la interrelación de estas instituciones

podemos identificar dónde se encuentra la falla y no solo situarnos en lo que una institución hace o cómo lo hace.

Esto lleva problemas aun no planteados, pero que, por lo general, la academia anglosajona aborda en sus estudios sobre la recepción de prácticas del *common law* en países de tradición de *civil law*, y se cimenta en este velo ideológico para concebir los actos de autoridad y la reproducción de estructuras jerárquicas de mandato a través de prácticas engendradas en la Europa continental. Volvamos entonces al ejemplo del precedente. Para autores como Duxbury,[24] la figura del precedente es mal practicada por países del *civil law*, por el hecho de que entienden la fuerza vinculante a través de normas; sin las normas, los *practicantes* de dichos países no encuentran razones para llevar a la práctica actos institucionales, debido al acoplamiento ideológico de teorías como las de Hans Kelsen, que solo puede ser coherente en un sistema jerárquico de mandatos.

Al contrario, en los sistemas del *common law*, la lógica es distinta, la fuerza y el sentido de los precedentes se lleva a cabo por los propios *practicantes* del sistema, tales como jueces, académicos, estudiantes y litigantes, sin necesidad de que exista una regla que los obligue a ello. Su gestación parte de un primer momento en un esfuerzo académico por publicar los casos judiciales relevantes en libros de texto, que debían ser analizados por los estudiantes del Reino Unido para encontrar las razones del porqué un juez había decidido una u otra forma y entender mejor el derecho, así como su práctica, de tal manera que esto posibilitó el comienzo de la estandarización del uso de estos razonamientos en las cortes y solo se consolidó hasta la introducción de la jerarquía en las cortes inglesas. De tal forma que una práctica institucional fue primero ejecutada por cuestiones de razonabilidad y eficiencia para ser posteriormente reconocida e integrada a un sistema de cortes jerárquicas, gestándose así el *stare decisis*.

La efectividad de esta práctica ocurrió con mucha naturalidad. Todos los *practicantes legales* se integraron, intentando en todo momento mejorar los razonamientos de quienes anteriormente habían decidido, o construyendo argumentos más audaces. Sin embargo, en Latinoamérica se introducen este tipo de prácticas sin antes haber considerado los contextos propios del país en el que se pone en funcionamiento, sin ver siquiera si la práctica será estudiada, replicada, si será dialógica y admitirá un acercamiento de los funcionarios públicos en su conjunto, debido al velo ideológico antes mencionado y a la imposibilidad de concebir puntos de vista internos. En pocas palabras, si queremos hacer efectiva cualquier figura constitucional, tenemos que reformular nuestros conceptos y hacerlos practicables; desde una perspectiva interna, entender los contextos sociales a los que nos confrontamos; y en los principios constitucionales, buscar guías de acción, a través de las cuales construyamos vías efectivas, teniendo en consideración no solo una postura estatal

[24] Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent* (United Kingdom: Cambridge University Press, 2008), 50-57.

sino también la integración de la sociedad civil a la búsqueda de estas, y qué mejor manera de hacerlo que atendiendo las obligaciones internacionales como buenas razones para la acción, en tanto concepto clave para el cambio social en toda América Latina.

Bibliografía

Arendt, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Alianza Editorial, 2016.

Duxbury, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2008.

Esquirol, Jorge L. *Ruling the Law. Legitimacy and Failure in Latin American Systems.* United Kingdom: Cambridge University Press, 2020.

Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

Hart, Herbert Leonel Adolphous. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.

Kelsen Hans. *Teoría pura del derecho*. México, D. C.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.

Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

Mendoza Bautista, Katherin. *Aspectos básicos para comprender la reforma constitucional en materia de justicia penal.* México: CNDH, 2011.

Nino, Carlos Santiago. *Derecho moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014.

Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 2003.

Pelayo Möller, Carlos M. *Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos*. México: CNDH, 2011.

Poder Judicial de la Federación. "Reforma Judicial con y para el Poder Judicial". Ciudad de México, 12 de febrero de 2020. Acceso el 20 de febrero de 2020. https://www.reformajudicial.gob.mx/secciones/reforma/.

Postema, Gerald. "Law as Command: The Model of Command in Modern Jurisprudence". *Philosophical Issues, Social, Political, and Legal Philosophy,* n.º 11 (2001): 470-501.

Raz, Joseph. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. New York: Oxford University Press, 1971.

Raz, Joseph. "Promises and obligations". En *Law, Morality and Society. Essays in honour of H. L. A. Hart*, coordinado por P. M. S. Hacker y Joseph Raz, 218-219. Oxford: Clarendon Press, 1977.

Waluchow, Wilfried. *Positivismo jurídico incluyente*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXVIII, BOGOTÁ, 2022, PP. 363-380, ISSN 2346-0849

Santiago Martínez Neira* **(Colombia)**

La convencionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

RESUMEN

Este artículo examina algunos criterios para determinar la validez de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte de un Estado. Para ello, desarrolla en términos generales la obligación de respeto y garantía, así como el control de convencionalidad. Posteriormente, analiza el acto de denuncia desde dos niveles: 1) la protección judicial y las garantías judiciales, y 2) el principio *pro persona* y la prohibición de regresividad normativa. Por último, plantea algunas críticas al análisis propuesto y conclusiones.

Palabras clave: denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; control de convencionalidad; prohibición de regresividad normativa.

The conventionality of the denunciation of the American Convention on Human Rights

ABSTRACT

This article examines some criteria for determining the validity of a State's denunciation of the American Convention on Human Rights. It develops in general terms the obligation of respect and guarantee, as well as conventionality control. It then

* Abogado especialista en derechos humanos en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ha trabajado como consultor en derechos humanos para la Comisión Internacional de Juristas (CIJ) y la Fundación para el Debido Proceso (DPLF). Asimismo, se ha desempeñado como profesor de cátedra de la Universidad de los Andes (Colombia) y es coautor del caso hipotético (edición 2021) del Concurso Interamericano de Derechos Humanos de la American University. santiago.mn@gmail.com / código orcid: 0000-0002-7013-3242.

Este artículo se escribe a título personal y no compromete la opinión de la CIDH ni de sus integrantes. El autor agradece los comentarios del abogado Edward Pérez en la elaboración de este artículo.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

analyzes the act of denunciation from two levels: 1) judicial protection and judicial guarantees; and 2) the pro persona principle and the prohibition of normative regressivity. Finally, it discusses some criticisms of the proposed analysis and conclusions.

Keywords: Denunciation of the American Convention on Human Rights; conventionality control; prohibition of normative regressivity.

Die Vertragskonformität des Austritts aus der Amerikanischen Menschenrechtskonvention

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag befasst sich mit einigen Kriterien zur Feststellung, ob der Austritt eines Staates aus der Amerikanischen Menschenrechtskonvention gültig ist. Dazu geht er im Allgemeinen auf die Konzepte Einhaltung, Garantie und Vertragskonformität ein. Anschließend analysiert er den Austrittsvorgang auf zwei Ebenen: 1) Rechtsschutz und Rechtsgarantien, und 2) Pro-persona-Prinzip und Verbot der Normenregression. Abschließend nimmt der Artikel eine kritische Bewertung der Analyse vor und präsentiert einige Schlussfolgerungen.

Schlagwörter: Austritt aus der Amerikanischen Menschenrechtskonvention; Konformitätskontrolle; Verbot der Normenregression.

Introducción

El sistema interamericano de derechos humanos (SIDH) funciona y evoluciona en medio de una profunda dicotomía. Por un lado, tiene un gran potencial como foro del cual emanan obligaciones comunes para el respeto y la garantía de los derechos humanos en la región. Por otro lado, continúa teniendo desafíos enormes en términos de eficacia por cuenta del bajo cumplimiento de sus recomendaciones y decisiones.[1] Esta circunstancia debe conducirnos a pensar cómo fortalecer la eficacia del SIDH y maximizar su potencial como *ius commune*,[2] lo que incluye abordar la cuestión de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) por parte de un Estado.

Al aproximarse a la cuestión sobre la denuncia de la CADH, es importante partir de la premisa de que los Estados, como sujetos de obligaciones en el derecho

[1] Para ilustrar este punto, conforme al buscador de jurisprudencia de la Corte IDH, hay 344 casos con sentencias de fondo. De estos, 238 se encuentran en etapa de supervisión y cumplimiento (datos consultados el 30 de julio de 2022). Esto significa que en más de dos tercios de los casos con sentencias de fondo, los Estados no han dado pleno cumplimiento a las medidas de reparación ordenadas por el tribunal.

[2] Armin von Bogdandy *et al.*, "Ius Constitutionale Commune", en *América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism* (Cambridge: AJIL Unbound, 2017), 6.

internacional público, cuentan con la potestad de denunciar a la CADH. Negar la potestad de denuncia sería negar la propia CADH, que establece en su artículo 78:

> 1. Los Estados Partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes.
> 2. Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.

Distinguir entre *potestad* y *validez* lleva a reconocer que no todo acto de denuncia es valido *a priori*, y preguntarse si el propio SIDH, dentro de su carácter subsidiario, puede evaluar la *validez* de la denuncia de un Estado parte en un caso concreto en el que se alegue la violación de los derechos convencionales como resultado del acto de denuncia de la CADH.

En este orden de ideas, es pertinente reiterar que los Estados son los primeros responsables en cumplir con la obligación de respeto y garantía de los derechos previstos en la CADH. El sistema interamericano no reemplaza –ni reemplazará– este deber; de ahí su carácter subsidiario. El principio de subsidiariedad es uno de los pilares sobre los que se erige el sistema interamericano. El fundamento de este principio se encuentra en el preámbulo de la CADH, que establece:

> Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha reiterado:

> … la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de establecer, en su caso, una violación de un derecho y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Lo anterior se asienta en el principio de complementariedad (o subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, "coadyuvante

> o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.[3]

En este sentido, en caso de presentarse una petición por la presunta violación de uno de los derechos convencionales, como consecuencia de la denuncia de la CADH, los órganos del sistema interamericano deberán evaluar si, a nivel interno, el Estado tuvo la oportunidad de reparar la presunta violación. Así las cosas, es claro que la cuestión de la *validez* de la denuncia de la CADH debe superar, antes que nada, un examen de derecho interno que incorpore las obligaciones internacionales de los Estados.[4]

Precisamente, este artículo examina, sin ánimo taxativo, algunos criterios para determinar la validez de la denuncia de la CADH, entendiendo que las obligaciones internacionales de los Estados informan todo el ordenamiento jurídico, y que, en consecuencia, la obligación de respetar y garantizar los derechos contenidos en la CADH debe observarse frente a todos los actos de Estado, incluso frente a aquellos que conduzcan a la denuncia de este instrumento.

1.1. La obligación de respeto y garantía y el control de convencionalidad

De los artículos 1.1 (Obligación de respetar los derechos) y 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la CADH, también conocidos como los deberes generales de los Estados,[5] se desprende la obligación de respeto y garantía de los derechos.[6] Desde su primera decisión contenciosa, la Corte IDH ha venido defi-

---

[3] Corte IDH, Caso Tarazona Arrieta y otros *vs*. Perú, Sentencia de 15 de octubre de 2014, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 286, párrafo 137. En el mismo sentido, Corte IDH, Caso Acevedo Jaramillo y otros *vs*. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 157, párrafo 66; Corte IDH, Caso Masacre de Santo Domingo *vs.* Colombia, Sentencia de 30 de noviembre de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Serie C, n.º 259, párrafo 142.

[4] De hecho, autores como Carlos Ayala han demostrado que en casos concretos, como el venezolano, la denuncia de la CADH no superó un examen de derecho interno (Carlos Ayala Corao, "Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos por Venezuela", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013*, ed. por Christian Steiner [Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung e.V, 2013] 43-79).

[5] Pablo González, *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los sistemas jurídicos nacionales: la doctrina del control de convencionalidad* (Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2014), 21.

[6] Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos María Pelayo Moller, "La obligación de 'respetar' y 'garantizar' los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana: Análisis del artículo 1º del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano", *Estudios Constitucionales* (2012): 141.

niendo el contenido de la obligación de respeto y garantía de los derechos incluidos en la CADH, estableciendo:

> Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.[7]

La obligación de respeto y garantía presupone el carácter autoejecutable de la CADH, es decir, que las autoridades domésticas tienen deberes que se desprenden directamente de este instrumento y, por ende, deben realizar, de oficio y en el marco de sus funciones,[8] un control de convencionalidad.[9] Es preciso mencionar que el examen no se reduce a las disposiciones de la CADH, sino también a los estándares desarrollados por su órgano intérprete, la Corte IDH.[10]

La literatura sobre el control de convencionalidad es cada vez más extensa. Sin embargo, a efecto de lo que aquí nos ocupa, vale la pena repasar cuál es el objeto de la obligación de realizar un control de convencionalidad. González lo define así:

> (i) [R]ealizar una "interpretación conforme" entre las leyes nacionales y los estándares interamericanos de protección a derechos humanos; (ii) inaplicar la norma que no pueda ser interpretada de conformidad con los mencionados estándares interamericanos; (iii) actuar de manera positiva y suplir las deficiencias de la legislación penal nacional para evitar impunidad en casos de graves violaciones a derechos humanos; y (iv) utilizar el control de convencionalidad como una técnica que permita el debido cumplimiento de las sentencias de la Corte en aquellos casos donde el Estado al que la autoridad pertenece haya sido condenado.[11]

En lo que respecta a un acto de denuncia de la CADH, los puntos i y ii son particularmente relevantes. Si una persona o un grupo de personas alegan que sus derechos han sido violados como consecuencia directa o indirecta del acto de denuncia de la CADH, la autoridad competente deberá examinar si dicho acto se acogió –y puede ser interpretado conforme– a los estándares interamericanos. De

---

[7] Corte IDH, Caso Fairén Garbi y Solís Corrales *vs*. Honduras, Sentencia de 15 de marzo de 1989, Fondo, Serie C, n.º 6, párrafo 152.

[8] Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs*. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 158, párrafo 128.

[9] Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros *vs*. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 154, párrafo 124.

[10] Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros *vs*. Chile, cit., párrafo 124.

[11] González, *Implementación,* 21.

lo contrario, en ejercicio del control de convencionalidad, deberá inaplicar dicho acto. En consecuencia, la *validez* de un acto de esta naturaleza está condicionada al respecto y la garantía de los derechos contenidos en este instrumento y los estándares desarrollados por su órgano intérprete.

Como se expondrá a continuación, de las normas de la CADH y de los estándares desarrollados por la Corte IDH, es posible identificar criterios de *validez* en dos niveles. Un primer nivel, con respecto al trámite del acto de denuncia de la CADH; y un segundo nivel, frente a sus efectos en relación con los derechos consagrados en la CADH.

2. Primer nivel: la protección judicial y las garantías judiciales

2.1. La competencia legal para denunciar a la CADH

Un asunto sustancial a la hora de examinar la validez del acto de denuncia es la competencia del órgano que lo profiere. Si este último carece de competencia para ello, es posible que se violen las garantías judiciales y la posibilidad efectiva de impugnar dicho acto. Cabe señalar que, conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH, las garantías del debido proceso no aplican únicamente a los procesos judiciales, sino a *todos* los actos que puedan afectar la *determinación de los derechos*.[12] Adicionalmente, es preciso mencionar que, a la luz del artículo 29 de la CADH,[13] ninguna norma puede ser interpretada en el sentido de permitir a los Estados suprimir o limitar

[12] CADH, artículo 8.

[13] CADH, artículo 29. Normas de interpretación.

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Artículo 30. Alcance de las restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Artículo 31. Reconocimiento de otros derechos

Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77.

los derechos contenidos en ella, pues esto iría contra el objetivo de los tratados de derechos humanos, y tendría como resultado privar a las personas beneficiarias de la garantía adicional que estos ofrecen.[14]

En palabras de la Corte IDH:

> … si bien el artículo 8 de la Convención se titula "Garantías Judiciales", su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, "sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales" a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.[15]

En el caso Colindres Schonenberg *vs*. El Salvador, la Corte IDH encontró que el magistrado Colindres fue destituido de su cargo del Tribunal Supremo Electoral (TSE) por parte de la Asamblea Legislativa sin que fuera clara la competencia de este órgano para ello. Esto ocurrió luego de que la Sala de lo Constitucional profiriera una decisión, en la que sostenía que, pese al vacío normativo frente a la remoción de jueces, la Asamblea Legislativa era el órgano competente para nombrar a los magistrados del TSE y, por ende, para decidir sobre su destitución.[16] En su análisis, la Corte IDH reiteró que las garantías judiciales exigen que las decisiones en las cuales se determinen los derechos de las personas sean adoptadas por autoridades competentes que la ley interna determine,[17] y concluyó:

> Este Tribunal advierte que la decisión de la Sala de lo Constitucional no suplió el deber del Estado de establecer mediante una ley emanada del poder legislativo cuál era el órgano competente para realizar un proceso de destitución de magistrados del TSE.[18]

Cabe recordar que la CADH no contempla de forma expresa las condiciones procedimentales de su denuncia.[19] No obstante, en la Opinión Consultiva n.º 26, la

---

[14] Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein *vs*. Perú, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Competencia, Serie C, n.º 54, párrafo 41.

[15] Corte IDH, Caso Loayza Tamayo *vs*. Perú, Resolución del 17 de noviembre de 1999, Cumplimiento de Sentencia, Serie C, n.º 60, párrafo 169.

[16] Corte IDH, Caso Colindres Schonenberg *vs*. El Salvador, Sentencia de 4 de febrero de 2019, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 373, párrafo 31.

[17] Corte IDH, Caso Colindres Schonenberg *vs*. El Salvador, cit., párrafo 85.

[18] Corte IDH, Caso Colindres Schonenberg *vs*. El Salvador, cit., párrafo 86.

[19] Corte IDH, La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 y 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3.l; 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos), Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020, Serie A, n.º 26, párrafo 61.

Corte IDH observó que existe una tendencia marcada en requerir como una condición necesaria la participación del poder legislativo.[20] Asimismo, resaltó:

> … si bien en la región existen diversos procedimientos internos para la denuncia de los tratados, es pertinente hacer hincapié en que la denuncia de un tratado de derechos humanos y, en especial aquel que establece un sistema jurisdiccional de protección de derechos humanos como la Convención Americana, debe ser objeto de un debate plural, público y transparente al interior de los Estados, pues se trata de una cuestión de un alto interés público, en tanto conlleva un posible cercenamiento de derechos y, a su vez, del acceso a la justicia internacional. En este sentido, la Corte advierte que resulta procedente recurrir al principio del paralelismo de las formas, que implica que de haberse consagrado constitucionalmente un procedimiento para contraer obligaciones a nivel internacional resultaría conveniente que se siga un procedimiento similar cuando se pretende desligar de dichas obligaciones, a fin de garantizar el referido debate público.[21]

En conclusión, cuando el acto de denuncia de la CADH es proferido por un órgano que no tiene competencia legal para ello, puede configurarse una violación de las garantías judiciales de las personas afectadas. Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando la CADH tiene jerarquía constitucional dentro del ordenamiento jurídico y el acto de denuncia se ejecuta sin que medie un mecanismo de reforma constitucional, como son los actos legislativos parlamentarios, una asamblea constituyente o un referendo.[22] O, por ejemplo, cuando la CADH tiene rango de ley dentro del ordenamiento y quien denuncia no es el Parlamento sino el Poder Ejecutivo sin que la ley le otorgue expresamente esa competencia.

2.2. Inexistencia de recursos para revisar la legalidad del acto de denuncia de la CADH

Muy probablemente, un eventual acto de denuncia de la CADH sería adoptado por algún gobierno que no compartiera las decisiones del sistema interamericano, bien sea por considerarlas injustas o contrarias a sus intereses. En este sentido, puede que dicho acto sea un decreto del Poder Ejecutivo en uso de sus competencias diplomáticas. Igualmente, puede que contra los actos de naturaleza diplomática resulte atípico interponer recursos en sede judicial o, incluso, que estos no existan en la práctica.

---

[20] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020, cit., párrafo 62.

[21] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020, cit., párrafo 64.

[22] Este argumento fue desarrollado por el profesor Carlos Ayala Corao en sus trabajos sobre la invalidez de la denuncia de la Convención Americana por parte del Estado de Venezuela (Ayala Corao, "Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos por Venezuela", 43-79).

Ante este escenario, es fundamental recordar que el artículo 25 de la CADH (protección judicial) impone a los Estados la obligación de garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia para la *determinación de sus derechos*.[23] Asimismo, cabe reiterar que las garantías judiciales son comunes a cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial.[24] En este orden de ideas, resulta claro que el Estado debe garantizar un recurso efectivo, que debe ser sustanciado de conformidad con las reglas del debido proceso legal,[25] para impugnar el acto de denuncia de la CADH, so pena de incurrir en una violación de su artículo 25.

La Corte IDH ha juzgado controversias relacionadas con la ausencia de recursos efectivos para determinar si ha habido una violación y perseguir una reparación, reiterando que no puede reducirse a una mera formalidad, sino que dicho recurso, además de existir, debe examinar las razones invocadas por la persona demandante y manifestarse expresamente sobre ellas.[26] Una vez más, es esencial reiterar que la obligación de proveer un recurso efectivo no aplica únicamente a procesos penales, sino a cualquier acto que pueda afectar la determinación de derechos. Por ejemplo, en el caso Castañeda Gutman, la Corte IDH declaró responsable al Estado de México por no proveer recursos efectivos para que la víctima pudiera inscribir su candidatura independiente para las elecciones presidenciales del país.

> Este Tribunal considera que el sentido de la protección otorgada por el artículo 25 de la Convención es la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que la autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante determine si ha habido o no una violación a algún derecho que la persona que reclama estima tener y que, en caso de ser encontrada una violación, el recurso sea útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo. Sería irrazonable establecer dicha garantía judicial si se exigiera a los justiciables saber de antemano si su situación será estimada por el órgano judicial como amparada por un derecho específico.[27]

En resumen, el acto de denuncia debe ser proferido por un órgano competente, y debe ser susceptible de ser revisado en su legalidad también por un órgano componente, para lo cual es imprescindible que se brinden recursos efectivos que

---

[23] Corte IDH, Caso Loayza Tamayo *vs*. Perú, cit, párrafo 169.

[24] Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional *vs*. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 71, párrafo 71.

[25] Corte IDH, Caso Cruz Sánchez y otros *vs.* Perú, Sentencia de 17 de abril de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 292, párrafo 346.

[26] Corte IDH, Caso Zegarra Marín *vs.* Perú, Sentencia de 15 de febrero de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 331, párrafo 179.

[27] Corte IDH, Caso Castañeda Gutman *vs.* México, Sentencia de 6 de agosto de 2008, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 184, párrafo 100.

permitan que las personas formulen sus pretensiones, para que estas sean examinadas conforme a las garantías judiciales y, de ser el caso, perseguir una reparación.

2.3. Ausencia de independencia judicial

No basta con que existan recursos efectivos para revisar la legalidad de un acto. En determinados contextos, puede haber circunstancias que menoscaben la independencia e imparcialidad del órgano judicial, trasgrediendo el artículo 8 de la CADH. Estas circunstancias pueden abarcar injerencias indebidas, como la destitución o designación arbitraria de jueces. En todo caso, es de advertir que estas circunstancias deben ser analizadas caso a caso, con especial atención al contexto y bajo criterios objetivos.

En el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs*. Perú, relacionado con el despido arbitrario de 257 trabajadores del Congreso Peruano durante la "reconstrucción nacional" presidida por Alberto Fujimori, la Corte IDH indicó que el "Tribunal Constitucional quedó desarticulado e incapacitado para ejercer adecuadamente su jurisdicción, sobre todo en cuanto se refiere al control de constitucionalidad".[28] En palabras de la Corte IDH:

> … ha quedado demostrado que la independencia e imparcialidad del Tribunal Constitucional, como una de las instituciones democráticas que garantizan el estado de derecho, se vieron coartadas con la destitución de algunos de sus magistrados, lo que "conculcó *erga omnes* la posibilidad de ejercer el control de constitucionalidad y el consecuente examen de la adecuación de la conducta del Estado a la Constitución". Todo ello generó una situación generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales para afrontar hechos como los del presente caso, con la consecuente desconfianza generada hacia dichas instituciones en esa época.[29]

La cuestión de si el control judicial previo es un requisito de la denuncia o si dicho control tiene efectos suspensivos sobre esta es un asunto del fuero interno de los Estados. Sin embargo, lo que aquí se sostiene es que el acto de denuncia debe ser susceptible de ser revisado en su legalidad por un órgano jurisdiccional que ofrezca garantías de independencia e imparcialidad. De no ser el caso, se puede denegar un verdadero acceso a la justicia.

---

[28] Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional *vs.* Perú, cit., párrafo 112.

[29] Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs.* Perú, cit., párrafo 109.

3. Segundo nivel: el principio *pro persona* y la prohibición de regresividad normativa

Una vez establecido que el acto de denuncia debe observar ciertas garantías, cabe preguntarse si el Estado denunciante tiene la obligación de garantizar el estándar de protección ofrecido antes del acto de denuncia de la CADH; y, en caso de no hacerlo, cuál sería la consecuencia para efectos de la validez de la denuncia.

La respuesta a esta cuestión recae en las normas de interpretación de la propia CADH, incluyendo el principio *pro persona*, en los deberes generales contemplados en los artículos 1.1 y 2, y en la prohibición de regresividad.

El principio *pro homine* o pro persona, establecido en el artículo 29 de la CADH, supone que siempre debe aplicarse la disposición normativa más favorable a la persona cuando haya una superposición de normas. Según la profesora Mónica Pinto,

> … el principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.[30]

En sus trabajos sobre la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, económicos y culturales, Christian Courtis hace una lectura conjunta de los deberes generales de los Estados con el principio pro persona, y concluye que existe una prohibición de regresividad normativa aplicable a todos los derechos contenidos en la Convención Americana.[31]

Como apunta Courtis, si en virtud del principio pro persona siempre prevalece la norma más favorable, y si los Estados tienen el deber de adoptar disposiciones de derecho interno de forma que se asegure jurídicamente el disfrute de los derechos convencionales, entonces, no es posible que se deroguen o flexibilicen las disposiciones previstas en la CADH. En este sentido, el principio pro persona prohíbe de manera genérica que se deroguen las normas previstas en la CADH o que se empeore de su goce. Para determinar si hubo o no regresividad normativa, Courtis propone: "Al comparar una norma anterior con una posterior, el estándar de juicio

---

[30] Mónica Pinto, "El principio *pro homine:* criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos" en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales,* ed. por Martín Abregú y Christian Courtis (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CELS), 163.

[31] Christian Courtis, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", en *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, comp. por Christian Courtis (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial del Puerto, 2006), 6.

de regresividad normativa consiste en evaluar si el nivel de protección que ofrece el ordenamiento jurídico ante una misma situación de hecho ha empeorado".[32]

Por ejemplo, si un Estado denuncia a la CADH, y con posterioridad a la denuncia pretende reformar su ordenamiento interno para permitir el juzgamiento de civiles ante la jurisdicción penal militar, estaría incurriendo en regresividad normativa. Esto, dado que su deber de adoptar disposiciones de derecho interno fue anterior a la denuncia y que esta jurisdicción ofrece un menor grado de protección a las personas civiles.

Un asunto interesante que surge al analizar el principio pro persona, como criterio de interpretación predominante, es que el mismo no solo aplica a las disposiciones consignadas en la CADH, sino también a aquellas de otros instrumentos del sistema interamericano. Así lo ha señalado la Corte IDH al referirse a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).

Por ejemplo, en el Caso Vélez Loor *vs*. Panamá, la Corte IDH acudió al principio pro persona para reafirmar su competencia para interpretar normas de otros instrumentos del sistema interamericano, así estos no otorguen competencia expresa al tribunal interamericano. En palabras de la Corte IDH:

> Sobre este punto, es necesario recalcar que el sistema de protección internacional debe ser entendido como una integralidad, principio recogido en el artículo 29 de la Convención Americana, el cual impone un marco de protección que siempre da preferencia a la interpretación o a la norma que más favorezca los derechos de la persona humana, objetivo angular de protección de todo el Sistema Interamericano. En este sentido, la adopción de una interpretación restrictiva en cuanto al alcance de la competencia de este Tribunal no sólo iría contra el objeto y fin de la Convención, sino que además afectaría el efecto útil del tratado mismo y de la garantía de protección que establece, con consecuencias negativas para la presunta víctima en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia.[33]

Por su lado, en el caso Veliz Franco *vs*. Guatemala, la Corte IDH se apoyó en el principio pro persona para hacer una interpretación conjunta de la CADH con la Convención Belém do Pará; así:

---

[32] Courtis, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", 6.

[33] Corte IDH, Caso Vélez Loor *vs.* Panamá, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 218, párrafo 34.

> … se hace notar que el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará se refiere a medidas para "prevenir, sancionar y erradicar" la violencia contra la mujer y, en ese sentido, presenta una estrecha vinculación con los derechos a la vida y a la integridad personal, plasmados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana. Por ello, coadyuva a lo afirmado sobre la competencia de la Corte, lo referido antes por el Tribunal en relación al principio pro persona.[34]

Del argumento propuesto por Courtis y de los pronunciamientos de la Corte IDH señalados líneas arriba se desprende que, en virtud del principio pro persona, existe una prohibición de regresividad normativa con respecto a la CADH y demás instrumentos del sistema interamericano ratificados por los Estados.

Adicionalmente, el análisis sobre el estándar de protección que deben garantizar los Estados que pretendan denunciar a la CADH y los demás instrumentos del sistema interamericano debe considerar que hay disposiciones de estos instrumentos que pertenecen al dominio del *ius cogens*.[35] En tal sentido, al margen de la denuncia, existen normas imperativas que permanecerán siendo exigibles, como son la prohibición de esclavitud,[36] la prohibición de tortura,[37] la prohibición de amnistiar graves violaciones de los derechos humanos[38] o, incluso, el principio de no discriminación.[39]

La consecuencia de la prohibición de regresividad normativa presupone que los Estados no pueden denunciar a la CADH ni prescindir de sus efectos sin antes demostrar que el ordenamiento interno contempla aquellos derechos y garantías previstas al momento de la denuncia. De lo contrario, se estaría pasando por alto el principio interpretativo pro persona e ignorando que, en virtud de este, existe una prohibición de regresividad normativa que cobija a todas las normas de la CADH.

---

[34] Corte IDH, Caso Véliz Franco y otros *vs.* Guatemala, Sentencia de 19 de mayo de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 277, párrafo 37.

[35] Cfr. I.C.T.Y., Trial Chamber II: Prosecutor v. Anto Furundzija, Judgment of 10 December 1998, Case IT-95-17/1-T, paras. 137-146, 153-157; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996, 595; Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, 3, y Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951, 15.

[36] Corte IDH, Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde *vs.* Brasil, Sentencia de 20 de octubre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 318, párrafo 249.

[37] Cfr. I.C.T.Y., Fiscal *vs.* Furundžija, Caso IT- 95-17/1-T, Fallo, 1154-155, 10 de diciembre de 1998 (discutiendo *jus cogens* norma de tortura).

[38] S.C.S.L. Fiscal v. Kallon y Kamara, casos SCSL-2004-15-AR72(E) y SCSL-2004-16-R72(E), 82, 13 marzo 2014, Decisión sobre impugnación de jurisdicción: Acuerdo de Amnistía, Lomes.

[39] Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A, n.º 18, párrafo 97.

4. Reparación

En el derecho internacional de los derechos humanos, cuando se produce un hecho ilícito imputable al Estado, surge el consecuente deber de repararlo, lo cual, de ser posible, debe buscar siempre la plena restitución de los derechos transgredidos (*restitutio in integrum*), es decir, el restablecimiento de la situación anterior[40] o *statu quo ante*.[41]

En el sistema interamericano de derechos humanos, la obligación de reparar está recogida en el artículo 63.1 de la Convención Americana, que establece:

> Artículo 63. 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Desde su primer caso contencioso, la Corte IDH ha venido desarrollando el concepto de reparación integral. Para este tribunal, la adecuada reparación es tan importante que de no garantizarse su cumplimiento, se estaría atentando contra su *raison d'être*.[42] Si se determina que el acto de denuncia desatendió las obligaciones internacionales del Estado, o que los efectos del acto de denuncia derivaron en una violación de los derechos convencionales, lo más razonable es que la reparación sea dejar sin efectos el acto de denuncia, o asumir que el mismo nunca surtió efectos, como ha hecho la Corte IDH en casos contenciosos[43] y resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencias.[44]

5. Críticas al análisis propuesto

Previsiblemente pueden realizarse críticas al argumento propuesto en este artículo. Algunas de ellas son de orden sustancial, como es la cuestión de la competencia o

---

[40] Corte. IDH, Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras, Sentencia de 21 de julio de 1989, Indemnización Compensatoria (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie C, n.º 7, párrafo 26 y s.

[41] Corte. IDH, Caso Aloeboetoe y otros *vs.* Surinam, Sentencia de 10 de septiembre de 1993, Reparaciones (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie C, n.º 15, párrafo 47.

[42] Corte. IDH, Caso Baena Ricardo y otros *vs.* Panamá, Sentencia de 28 de noviembre de 2003, Competencia, Serie C No. 104, párr. 72.

[43] Corte. IDH, Caso Barrios Altos *vs.* Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Fondo, Serie C, n.o. 75, párrafo 44.

[44] Corte. IDH, Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) *vs.* Costa Rica, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2016, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, punto resolutivo 6.

imparcialidad de la Corte IDH para evaluar la validez de un acto de denuncia de la CADH de un Estado parte.

Frente al reclamo de la competencia del sistema interamericano para pronunciarse sobre la validez de la denuncia por parte de un Estado, es importante reiterar que fueron los Estados, soberanamente, los que adquirieron obligaciones internacionales que informan todo el ordenamiento jurídico, y que, en consecuencia, todos sus actos pueden potencialmente comprometer su responsabilidad internacional. Pensar que hay actos de los Estados exentos de atender a las obligaciones internacionales sería desconocer los deberes generales de los Estados, contemplados en los artículos 1.1 y 2 de la CADH.

Con respecto a la crítica de la imparcialidad, es preciso mencionar que la denuncia de la CADH está contemplada en su artículo 78 y que, según los artículos 62 y 63 de este instrumento, "[l]a Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido". Igualmente, que "[l]a Corte, como todo órgano con funciones jurisdiccionales, tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence*/*Kompetenz-Kompetenz*)".[45]

Otro grupo de críticas puede girar alrededor de la eficacia del sistema interamericano. Si, como se dijo al comienzo de este artículo, el sistema interamericano ya presenta desafíos enormes por cuenta del bajo cumplimiento de sus sentencias y recomendaciones, ¿por qué un Estado que considera que denunció la CADH habría de implementar un fallo que a su juicio no es vinculante? Esta es una pregunta compleja. Lo cierto es que el cumplimiento de las decisiones del sistema interamericano recae en los Estados, tanto en aquellos que hacen parte de él como en los que aleguen haber denunciado a la CADH. El sistema interamericano no debe dejar de cumplir con su mandato por la falta de voluntad de los Estados. Hacer esto sería tolerar el incumplimiento de sus propias decisiones y recomendaciones.

También pueden plantearse críticas de índole democrática. En este artículo se sostiene que la validez del acto de denuncia depende de su conformidad con las obligaciones que se derivan de la propia CADH, las cuales, a su vez, informan todos los actos del Estado. Además, se sostiene que existen supuestos bajo los cuales el escrutinio de la validez de la denuncia puede recaer en la Corte IDH. Por ejemplo, cuando se violan las garantías judiciales, no se brinda un recurso efectivo o se incurre en regresividad normativa. En la práctica, esto puede dar la apariencia de que los Estados democráticos están desautorizados para denunciar a la CADH. Sin embargo, frente a esto, se propone justamente lo contrario: solo un Estado genuinamente democrático puede denunciar a la CADH de forma válida, pues habrá demostrado que respetó las obligaciones previamente adquiridas, lo que exige, entre otras cosas, competencia legal previamente establecida por el órgano legislativo,

[45] Corte IDH, Caso Hilaire *vs.* Trinidad y Tobago, Sentencia de 1 de septiembre de 2001, Excepciones Preliminares, Serie C, n.º 80, párrafo 78.

recursos efectivos para una revisión judicial independiente, ausencia de retrocesos de protección, pero, sobre todo, altos niveles de consenso.

Conclusiones

Las obligaciones internacionales de los Estados informan todo el ordenamiento jurídico, incluyendo el acto de denuncia de la CADH. La Corte IDH, como órgano intérprete de la CADH, es competente para pronunciarse sobre cualquier norma de este instrumento, incluyendo su denuncia, prevista en el artículo 78.

Para que la denuncia de la CADH sea convencional, es decir, que se ajuste a las obligaciones internacionales soberanamente asumidas por los Estados, es necesario como mínimo que (1) el acto de denuncia sea proferido por un órgano competente; (2) que contra dicho acto puedan interponerse recursos efectivos para revisar su legalidad, respetando en todo momento las garantías judiciales; y (3) que el Estado demuestre que las obligaciones contenidas al momento de la denuncia están aseguradas dentro del ordenamiento, pues de lo contrario se estaría transgrediendo la prohibición de regresividad normativa a la luz del principio pro persona.

Si una jueza o un juez a nivel interno tiene la oportunidad de pronunciarse sobre la validez de la denuncia de la CADH, deberá hacer una interpretación conforme a la misma, incorporando parámetros como los desarrollados en este artículo. Asimismo, si una jueza o un juez a nivel interno verifica que, como consecuencia del acto de denuncia de la CADH, se transgredió la prohibición de regresividad normativa, podrá invocar el principio pro persona para inaplicar el acto de denuncia y administrar justicia conforme a las obligaciones internacionales de los Estados.

Bibliografía

Ayala Corao, Carlos. "Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos por Venezuela". En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013*, editado por Christian Steiner, 43-79. Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung e.V, 2013.

Courtis, Christian. "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios". En *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, compilado por Christian Courtis. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial del Puerto, 2006.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Carlos María Pelayo Moller. "La obligación de 'respetar' y 'garantizar' los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana: Análisis del artículo 1° del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano". *Estudios Constitucionales* (2012): 141-192.

González, Pablo. *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los sistemas jurídicos nacionales: la doctrina del control de convencionalidad*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2014.

Pinto, Mónica. "El principio *pro homine*: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos". En *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, editado por Martín Abregú y Christian Courtis, 163-172. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CELS, 1997.

von Bogdandy, Armin *et al*., "Ius Constitutionale Commune". En *América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism*. Cambridge: AJIL Unbound, 2017.

Jurisprudencia

Corte IDH. Caso Fairén Garbi y Solís Corrales *vs*. Honduras, Sentencia de 15 de marzo de 1989, Fondo, Serie C, n.º 6.

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez *vs*. Honduras, Sentencia de 21 de julio de 1989, Indemnización Compensatoria (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie C, n.º 7.

Corte IDH. Caso Aloeboetoe y otros *vs.* Surinam, Sentencia de 10 de septiembre de 1993, Reparaciones (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie C, n.º 15.

Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein *vs*. Perú, Competencia, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C, n.º 54.

Corte IDH. Caso Loayza Tamayo *vs*. Perú, Resolución del 17 de noviembre de 1999, Cumplimiento de Sentencia, Serie C, n.º 60.

Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional *vs*. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 71.

Corte IDH. Caso Barrios Altos *vs*. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Fondo, Serie C, n.º 75.

Corte IDH. Caso Hilaire *vs*. Trinidad y Tobago, Sentencia de 1 de septiembre de 2001, Excepciones Preliminares, Serie C, n.º 80.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Serie A, n.º 18.

Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros *vs*. Panamá, Sentencia de 28 de noviembre de 2003, Competencia, Serie C, n.º 104.

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros *vs*. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 154.

Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs*. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 158.

Corte IDH. Caso Castañeda Gutman *vs*. México, Sentencia de 6 de agosto de 2008, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 184.

Corte IDH. Caso Vélez Loor *vs*. Panamá, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 218.
Corte IDH. Caso Véliz Franco y otros *vs*. Guatemala, Sentencia de 19 de mayo de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 277.
Corte IDH. Caso Tarazona Arrieta y otros *vs*. Perú, Sentencia de 15 de octubre de 2014, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 286.
Corte IDH. Caso Cruz Sánchez y otros *vs*. Perú, Sentencia de 17 de abril de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 292.
Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) *vs*. Costa Rica, Resolución de la Corte IDH de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2016, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde *vs*. Brasil, Sentencia de 20 de octubre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 318.
Corte IDH. Caso Zegarra Marín *vs*. Perú, Sentencia de 15 de febrero de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 331.
Corte IDH. Caso Colindres Schonenberg *vs*. El Salvador, Sentencia de 4 de febrero de 2019, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 373.
Corte IDH. Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020, La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 y 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3.l; 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos), Serie A, n.º 26.
I.C.T.Y. Fiscal *vs*. Furundžija, Caso IT- 95-17/1-T, Fallo, 154-55, 10 de diciembre de 1998 (discutiendo *jus cogens* norma de tortura).
I.C.T.Y. Trial Chamber II: Prosecutor v. Anto Furundzija, Judgment of 10 December 1998, Case IT-95-17/1-T, paras. 137-146, 153-157; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996, 595; Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, 3, y Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951, 15.
S.C.S.L. Fiscal *vs*. Kallon y Kamara, casos SCSL-2004-15-AR72(E) y SCSL-2004-16-AR72(E), 82, 13 de marzo de 2014, Decisión sobre impugnación de jurisdicción: Acuerdo de Amnistía, Lomes.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXVIII, BOGOTÁ, 2022, PP. 381-424, ISSN 2346-0849

Juan Pablo Pampillo Baliño* **(México)**

Revaloración del constitucionalismo latinoamericano

RESUMEN

El constitucionalismo latinoamericano es poco conocido y no ha sido valorado adecuadamente como una de las cunas del constitucionalismo occidental, como precursor de sus diversas etapas (liberal, social e internacional y de los derechos humanos), como referente de diseños y arquitecturas eclécticas y sincréticas y como escenario de experiencias políticas, del que pueden extraerse importantes aprendizajes, tanto de sus realizaciones como de sus fracasos. La identificación de los obstáculos que han impedido su correcta apreciación, así como la mejor comprensión de su desenvolvimiento histórico hasta el presente, pueden resultar de gran provecho para los estudiosos del derecho constitucional comparado. La actual recesión democrática y sus derivas populistas, como fenómenos que han deteriorado el paradigma constitucional en los últimos años, pueden comprenderse mejor desde la perspectiva latinoamericana, que, entre otras cosas, nos muestra la importancia del constitucionalismo del bien común y de la ética política y ciudadana, como diques frente a los embates del autoritarismo.

Palabras clave: constitucionalismo occidental; constitucionalismo latinoamericano; recesión democrática.

Revaluation of Latin American Constitutionalism

ABSTRACT

Latin American constitutionalism is scarcely known and has not been properly valued as one of the cradles of Western constitutionalism, as a precursor of its different stages (liberal, social, and international and human rights), as a reference for eclectic

* Profesor de Derecho Comparado en la Escuela Libre de Derecho. Investigador nacional nivel III. Presidente fundador de la Red Interdisciplinaria Justicia Global e Integración Americana (www.rijia.org). juanpablopampillo@yahoo.com.mx / código orcid: 0000-0002-3570-031X.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

and syncretic designs and architectures, and as a scenario of political experiences from which important lessons can be learned, from its achievements as well as its failures. The identification of the obstacles that have prevented its proper appreciation, as well as a better understanding of its historical development to the present, could be of great benefit to scholars of comparative constitutional law. The current democratic recession and its populist drift, as phenomena that has deteriorated the constitutional paradigm in recent years, can be better understood from the Latin American perspective, which, among other things, shows us the importance of constitutionalism of the common good and of political and civic ethics as dikes against the onslaught of authoritarianism.

Keywords: Western constitutionalism; Latin American constitutionalism; democratic recession.

Neubewertung des lateinamerikanischen Konstitutionalismus

ZUSAMMENFASSUNG

Der lateinamerikanische Konstitutionalismus ist wenig bekannt, und seine Bedeutung als eine der Wiegen des westlichen Konstitutionalismus, als Vorläufer seiner einzelnen Etappen (auf dem Gebiet der liberalen, sozialen und internationalen Menschenrechte), als Bezugspunkt für eklektische und synkretische Entwürfe und Architekturen sowie als Bühne für politische Erfahrungen, aus deren Erfolgen und Misserfolgen wichtige Erfahrungen abgeleitet werden können, wurde bisher nicht angemessen gewürdigt. Die Identifizierung der Hindernisse, die seine angemessene Würdigung verhindern, und das bessere Verständnis seiner historischen Entwicklung bis heute können für alle, die sich intensiv mit dem vergleichenden Verfassungsrecht befassen, sehr hilfreich sein. Der derzeitige Abwärtstrend der Demokratie und ihr Abgleiten in den Populismus als Phänomene, die das Verfassungsparadigma der letzten Jahre geschwächt haben, lassen sich besser aus einer lateinamerikanischen Perspektive verstehen, die uns unter anderem die Bedeutung des gemeinwohlorientierten Konstitutionalismus und der politischen und staatsbürgerlichen Ethik als Dämme gegen die Angriffe des Autoritarismus vor Augen führen.

Schlagwörter: Westlicher Konstitutionalismus; lateinamerikanischer Konstitutionalismus; demokratischer Abwärtstrend.

1. El paradigma constitucional

Para comprender el valor y la importancia del constitucionalismo latinoamericano, es necesario contextualizarlo.

Y lo primero que debe apuntarse es que el desarrollo del derecho constitucional y del constitucionalismo occidental, no ha seguido una evolución lineal-progresiva,

sino que se ha desenvuelto más bien a través de una oscilación pendular marcada por la sucesión de ciclos y contraciclos.[1]

Las constituciones y el constitucionalismo en su sentido moderno-contemporáneo, cuyo origen se encuentra en las revoluciones atlánticas de finales del siglo XVIII, han evolucionado a través de diferentes etapas progresivas de establecimiento, consolidación y atemperación recíproca de sus principios.

Pero dichas etapas han sido a su vez interrumpidas, alternadas o seguidas de otras más bien regresivas o anticonstitucionales, aunque a veces se hayan presentado –y por momentos se les haya considerado– como nuevas fases de progreso.[2]

Ahora bien, en ambos casos –evolutivos e involutivos–, las etapas son meros esquemas comprensivos que responden a una necesidad de periodización, por lo que no siempre se presentan en orden ni sucesivamente, encontrándose a veces encimadas entre sí, o desfasándose cronológicamente en las distintas geografías.

1.1. Sus ciclos evolutivos

En general, pueden considerarse fases progresivas del constitucionalismo la liberal, la social y la internacional y de los derechos humanos, aunque esta última podría desagregarse, a su vez, en otras dos, que serían las del patrimonio natural y cultural de la humanidad, y la del pluralismo constitucional.

La etapa liberal (1776-1916) surgió a partir de la Independencia Norteamericana (1776) y de su Constitución de 1787; de las declaraciones de derechos (tanto la francesa como la estadounidense, ambas de 1789, precedidas por la de Virginia de 1776); de las constituciones francesas de la Revolución, tanto la monárquica de 1791 como sobre todo la republicana de 1793; de la Constitución de Cádiz de 1812, y las constituciones iberoamericanas de la Independencia (1810-1830).

---

[1] Para un panorama general sobre dicha evolución histórica, véase Miguel Artola, *El constitucionalismo en la historia* (Barcelona: Crítica, 2005); Andrea Buratti, *Western Constitutionalism. History, Institutions, Comparative Law,* 2.ª ed. (Cham, Switzerland: Giappichelli Editore, 2019); Horst Dippel, *Constitucionalismo moderno,* trad. por C. Álvarez Alonso y M. S. Martínez (Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Ponds, 2009); Manuel García Pelayo, *Derecho constitucional comparado* (Madrid: Alianza, 1984); Dieter Grimm, *Constitucionalism. Past, Present and Future* (Oxford: Oxford University Press, 2016); Bernd Marquardt, *Historia mundial del Estado*, Tomo IV. *El Estado de la doble Revolución Ilustrada e Industrial (1776-2014)* (Bogotá: Ecoe & Universidad Nacional de Colombia, 2014); Carlos Ruiz, *Constitucionalismo clásico y moderno: desarrollos y desviaciones de los fundamentos de la teoría constitucional* (Lima: Tribunal Constitucional del Perú y Centro de Estudios Constitucionales, 2013), y Pedro Salazar Ugarte, *Sobre el concepto de constitución*, Vol. III. *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, ed. por Jorge Luis Fabra y Ezequiel Spector (México: IIJ-UNAM, 2015), 1930 y ss.

[2] Además de las obras anteriormente citadas, véase, específicamente, Gerardo Pisarello, *Un largo Termidor: historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático* (Quito: Corte Constitucional para el periodo de transición, 2012), y Li-Ann Thio, "Constitutionalism in Illiberal Polities", en *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, ed. por Michel Rosenfeld y András Sajó (Oxford: Oxford University Press, 2012).

Por su parte, la fase social (1917-1966) nació con el reconocimiento de los derechos y las garantías sociales, anticipados por la Constitución mexicana de 1917, por la Constitución rusa de 1918 y por la alemana de Weimar de 1919, generalizándose durante los siguientes años hasta su adopción a nivel universal con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

El ciclo internacional-supranacional y de los derechos humanos (1948 a la fecha) emergió de las cenizas de la devastación material y moral que dejaron las guerras mundiales, estando marcado por el nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en el ámbito universal, y sus homólogas continentales, la Organización de los Estados Americanos (OEA) y los distintos acuerdos que derivaron en la Unión Europea (UE), así como por sus respectivos pactos, tratados y sistemas de protección de los derechos humanos y los diferentes esquemas regionales y subregionales, que también se concretaron en Asia y en África.

Este ciclo, todavía vigente e inacabado, supuso: i) una inédita organización de la comunidad de naciones a través de instancias internacionales y de organismos supranacionales, que dieron lugar al surgimiento de "Estado abierto y cooperativo"; ii) la redefinición de las fuentes jurídicas, de su jerarquía normativa y de la supremacía constitucional, dando lugar a un nuevo constitucionalismo multinivel; iii) el reconocimiento progresivo, mediante su extensión y profundización, de nuevos derechos humanos, así como su cada vez más efectiva protección y garantía jurisdiccional, a nivel internacional y estatal; y iv) la internacionalización de los derechos nacionales, incluido el derecho constitucional, dado el inmenso volumen de tratados sobre los más diversos asuntos, desde los derechos humanos hasta la propiedad intelectual, pasando por las comunicaciones, la energía, la educación y los servicios financieros.[3]

De esta tercera etapa pueden desgajarse al menos otras dos fases anteriormente mencionadas, es decir, la del patrimonio natural y cultural de la humanidad

---

[3] Sobre el Estado abierto y cooperativo, véase Peter Häberle, *El Estado constitucional*, 2ª. ed., trad. por Héctor Fix-Fierro (México: IIJ-UNAM, 2016) 65 y ss., y Peter Häberle, *Pluralismo y constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta,* trad. por Emilio Mikunda-Franco (Madrid: Tecnos, 2002). Sobre el *multilevel constitutionalism* como expresión del *multilevel governance*, véase Henrik Enderlein, Sonja Wälti, Michael Zürn y Michael Zürn, eds., *Handbook on Multi-level Governance* (Cheltenhan: Edward Elgar Publishing, 2010); Ingolf Pernice, *La dimensión global del constitucionalismo multinivel. Una respuesta legal a los desafíos de la globalización.* Documento de Trabajo, Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales (Madrid: Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo, 2012), y Yolanda Gómez Sánchez, *Constitucionalismo multinivel* (Madrid: Sanz Torres, 2015). Sobre la evolución y actualidad del derecho internacional, cfr. Bardo Fassbender y Anne Peters, eds., *The Oxford Handbook of the History of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012). Específicamente sobre el derecho internacional de los derechos humanos, véase Dinah Shelton, *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (Oxford: Oxford University Press, 2013). Finalmente, acerca de la influencia de la globalización y el derecho internacional sobre las constituciones y el constitucionalismo y los retos que plantean, véase Atilgan Aydin, *Global Constitutionalism A Socio-legal Perspective* (Berlin-Heidelberg: Springer, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2018).

(1971-1992) y la del constitucionalismo pluricultural y multiétnico (1989-2009) que responden tanto a su globalidad como a los derechos humanos, aunque referidos específicamente a los pueblos y a la humanidad, afirmando nuevas obligaciones cosmopolitas de corresponsabilidad, solidaridad y fraternidad.[4]

1.2. Regresiones y atemperación de principios

Para completar el anterior cuadro histórico, conviene referir algunas de las principales contraolas o etapas regresivas del constitucionalismo.

La primera (1793-1870), desde sus mismos albores, la encontramos en Francia, con el advenimiento de la época del terror, del imperio napoleónico y del regreso de la monarquía, y se prolongó hasta 1870. Las regresiones de esta fase se proyectaron también sobre parte de Europa con motivo de la restauración promovida por la Santa Alianza y el Congreso de Viena a partir de 1815, y se tradujeron en regímenes monárquicos supuestamente constitucionales, aunque en realidad autoritarios. Las revoluciones de 1830 y de 1848 contribuyeron a superar esta etapa en algunos lugares.

Debe apuntarse que en los Estados Unidos de Norteamérica, desde los comienzos de su vida independiente, el constitucionalismo convivió primero con la esclavitud (hasta 1865) y el racismo (hasta 1964). Además, incluso en el presente, puede considerarse que le faltan algunos elementos del constitucionalismo liberal (dado su anacrónico sistema electoral), social (dado su modelo de *limited needs-based liberal welfare state*) e internacional (dado su característico excepcionalismo).

Por su parte, en América Latina, durante el siglo XIX (aproximadamente entre 1830 y 1870), se advierte una continua inestabilidad constitucional marcada por las disputas entre las facciones y los partidos (republicanos y monarquistas, federalistas y centralistas, liberales y conservadores), lo mismo que una oscilación entre periodos de relativa anarquía y de imposición de gobiernos autocráticos, así como la presencia de los experimentos monárquico-imperiales en Brasil y en México.[5]

Ahora bien, la más grave y generalizada contraola anticonstitucional se ubica en Europa (aproximadamente entre 1920-1950 con prolongaciones hasta mediados de los años setenta), incubada durante el periodo de entreguerras y después proyectada

---

[4] Cfr. Martin Belov, ed., *Global Constitutionalism and its Challenges to Westphalian Constitutional Law* (Oxford: Hart Publishing, 2018). Me he ocupado de las referidas 'obligaciones cosmopolitas' en Juan Pablo Pampillo Baliño, "Una introducción a la justicia social global", en *Justicia social global. Perspectivas, reflexiones y propuestas desde Iberoamérica*. Ed. por Juan Pablo Pampillo Baliño y Santiago Botero Gómez (México: Tirant lo Blanch, 2022), 18-64.

[5] Sobre el constitucionalismo latinoamericano, entre otros, véase, en general, Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)* (Buenos Aires: Katz Editores, 2014); Bernd Marquardt, *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010),* Vol. II (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2011), y José M. Portillo Valdés, *Historia mínima del constitucionalismo en América Latina* (México: El Colegio de México, 2016).

con singular violencia. Basta recordar la Rusia de Lenin y Stalin (1917-1953), la Italia de Mussolini (1922-1945), la Alemania de Hitler (1933-1945) o la España franquista (1936-1975), como algunos de los casos más conocidos, a los que podrían sumarse muchos más, como la Yugoslavia de Tito, el Estado Novo de Portugal y la Hungría de Horthy.

En América Latina también se experimentó un ciclo anticonstitucional (entre 1970-1990 con precedentes desde 1950 y anteriores distorsiones populistas), marcado igualmente por la violencia, la guerra civil, la intervención estadounidense y las guerrillas.[6]

Para concluir este apartado y volviendo a los ciclos constitucionales, cabe destacar que la acumulación de los planteamientos e instituciones de sus diferentes etapas fueron formando progresivamente, en su paulatina consolidación, el modelo que podríamos denominar "Estado constitucional social abierto de derecho y de justicia".

Dicho modelo implica, sin embargo, la tensa coexistencia de principios filosófico-político-jurídicos contrastantes, casi incompatibles, cuya armonización requiere un difícil equilibro.

En efecto, las diversas fases descritas han contribuido a la configuración de principios que precisan ser atemperados entre sí, en especial si se consideran las contraposiciones entre el individualismo liberal del primer ciclo y el socialismo comunitario del segundo; así como las que derivan en la tercera etapa, internacional y multicultural, del enfrentamiento del Estado-nación con las fuerzas centrífugas de la globalización y centrípetas de los localismos.[7]

Adicionalmente, desde el primer constitucionalismo liberal, se encuentra el dilema entre la efectividad del poder, su división funcional horizontal con sus frenos y contrapesos, y la territorial vertical. Asimismo, a partir del renacimiento de los instrumentos de participación ciudadana en los últimos años, se aprecia la contraposición entre los principios y los instrumentos de la democracia representativa y la democracia directa. Y podría seguirse largamente destacando una gran cantidad de ideas, valores e instituciones, que si bien es posible considerar antagónicos y excluyentes, en realidad requieren más bien un inteligente diseño constitucional, que sea capaz aprovechar sus respectivas virtudes, permitiendo que su recíproca atemperación no suponga su mutua cancelación, sino más bien su mutua complementación.

---

[6] Entre los casos más conocidos se encuentran los gobiernos de la familia Somoza en Nicaragua (1937-1979), Batista (1952-1959) y Castro (1959-2008) en Cuba, Stroessner (1954-1989) en Paraguay, las dictaduras militares de Argentina (varias entre 1955 y 1983), la de Chile encabezada por Pinochet (1973-1990), y entre los regímenes autoritarios más benévolos, el sistema político mexicano entre 1929 y 2000, en tránsito a la democracia a partir de 1977.

[7] Juan Pablo Pampillo Baliño, *Nuevas reflexiones sobre la integración jurídica latinoamericana* (Perú: Rimay Editores, 2021), https://eld.academia.edu/JuanPabloPampilloJDLLMSJD.

2. Obstáculos para valorar el constitucionalismo latinoamericano

Además de la consideración del anterior contexto, una correcta apreciación de la cultura jurídico-política latinoamericana requiere previamente, para alcanzar una mínima objetividad, i) identificar y remontar ciertos complejos y recelos, ii) relativizar algunos mitos fundacionales y arquetipos idealizados y iii) sobreponerse a ciertos prejuicios injustificados.[8]

2.1. Identidad y complejos

Desde la época de sus independencias, Latinoamérica ha enfrentado una especial dificultad para integrar su identidad, asumir su historia, enfrentar su presente y construir su futuro.

La asimilación de su doble herencia cultural le ha resultado conflictiva. De ahí su relación a veces traumática con la civilización occidental, a la que indudablemente pertenece, aunque desde cierta sensación de periferia. Pero a su peculiar occidentalidad se unen también ciertos rasgos –algunos reales, otros más bien ideológicos– de su personalidad indígena así como la misma circunstancia –posibilitadora y limitadora– de su especial realidad geográfica y social.

Sobre dicha realidad geográfica y social, O'Gorman sostuvo que Hispanoamérica no fue propiamente descubierta, sino más bien inventada. Habría sido el resultado de un proceso inventivo de la imaginación tanto europea como americana, que la convirtieron en el escenario ideal para proyectar sus esperanzas utópicas y religiosas, en una nueva oportunidad, deparada por la Providencia, para la redención de una humanidad nueva.[9]

Quizás, en dichas imposibles expectativas sobre sus ilimitadas posibilidades y sus inagotables riquezas –que derivaron por igual en la leyenda colombiana de El Dorado y en el mito del buen salvaje americano– se encuentre una explicación de la amarga desilusión que sobrevino tras las independencias, y que se proyecta hasta nuestros días, ante su obstinada realidad, que ciertamente no ha sido como se la había imaginado. Una realidad marcada, desde sus primeros años, por la alternancia entre el autoritarismo y la anarquía, sus dolorosos conflictos internos y externos, su paradójica –por excéntrica y estratégica– ubicación geopolítica y, sobre todo, su

---

[8] Véase, especialmente, Marquardt, *Los dos siglos…*, 11 y ss., 75 y ss.; también, Daniel Bonilla Maldonado, "Toward a Constitutionalism of the Global South", en *Constitutionalism of the Global South The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia.* Ed. por Daniel Bonilla Maldonado (New York: Cambridge University Press, 2013).

[9] Cfr. Edmundo O´Gorman, *La invención de América. Investigación acerca de la estructura histórica del Nuevo Mundo y del sentido de su devenir,* 4.ª ed. (México: Fondo de Cultura Económica, 2006).

prolongada incapacidad para solucionar el persistente problema de la pobreza y la desigualdad.

Las anteriores peculiaridades históricas, culturales, geográficas, políticas y económicas explican dos tendencias antagónicas en la autocomprensión de la región. De un lado, la de quienes han visto a América Latina desde una equivocada perspectiva de atraso respecto de una cultura occidental idealizada, que les ha impedido apreciar su originalidad específica. Desde su óptica, hispanista, anglófila, afrancesada, germanófila, europeísta o norteamericanista, solo hubieran debido replicarse los probados modelos políticos, económicos y jurídicos extranjeros, para asegurar su prosperidad, imponiéndolos a su realidad para civilizarla, aunque dicha realidad se resistiera a adoptarlos.

De otro lado, está la orientación de quienes han pretendido buscar en la exaltación romántica de diversos elementos supuestamente originarios de las antiguas civilizaciones indígenas, las claves para una autoafirmación, que en algunos casos ha estado acompañada, a veces con buenas razones, de un tono resentido y vindicativo. Actualmente, dicha actitud se encuentra presente en el pensamiento liberacionista y decolonial, que enlaza sus reproches y reclamos, parcialmente válidos, con las críticas del marxismo frankfurtiano, del posmodernismo y la deconstrucción, exigiendo un diálogo intercultural, desde una otredad del Sur, subalterna u oprimida.[10]

Lo cierto es que el peso de su rica herencia cultural, su particular ubicación geográfica y su realidad social marcada por la pobreza y la desigualdad derivó en que algunos intelectuales latinoamericanos considerasen que su personalidad colectiva estaba profundamente herida por un complejo de inferioridad. Complejo de inferioridad que, según Octavio Paz, la habría llevado ––a servirse de distintas máscaras para ocultarse o mimetizarse, asumiendo una identidad inauténtica.[11]

Tal consideración explicaría el que, supuestamente, Iberoamérica hubiese procedido en algunos casos a la imitación extralógica de los modelos extranjeros, mientras que en otros optase por una adopción exclusivista de su herencia prehispánica, igualmente alejada de su auténtica realidad.

Lo que se ha perdido de vista es que el mestizaje cultural, es decir, la integración y asimilación de los anteriores elementos, constituye el verdadero sedimento de la idiosincrasia latinoamericana y el sustrato de lo mejor de su cultura, tanto general como jurídica y constitucional.

Desde los primeros debates políticos suscitados dentro de su primer constitucionalismo independentista, se planteó el dilema entre adoptar modelos extranjeros, o inventar los propios, o adaptar los primeros a su peculiar realidad sociocultural y a sus necesidades. Así, en sus congresos constituyentes, se llegaron a proponer

---

[10] Véase, por todos, Boaventura de Sousa Santos, *Una epistemología del Sur. La reinvención del conocimiento y la emancipación social* (México: Clacso y Siglo XXI, 2009).

[11] Cfr. Octavio Paz, *El laberinto de la soledad, Postdata* y *Vuelta a El laberinto de la soledad*, edición conmemorativa 50 aniversario, vol. 1 (México: Fondo de Cultura Económica, 2000).

desde copias literales de las constituciones y cartas de derechos estadounidenses y francesas, hasta extravagantes propuestas como la del Incanato, debida al precursor venezolano José de Miranda, que recogía diversos elementos prehispánicos.

Afortunadamente, a pesar de dichas propuestas de máscaras constitucionales, terminaron imponiéndose constituciones y cartas de derechos que fueron el producto de una interesante adaptación y de una original reformulación, con predominio del presidencialismo autoritario, tanto a partir del modelo norteamericano como de las propuestas de Simón Bolívar.

No obstante, aunque desde un principio se desarrollaron reflexiones y diseños propios, originales y adecuados a su realidad, todos los anteriores lastres psicosociales mencionados se encuentran todavía presentes en la incorrecta valoración, histórica y presente, del constitucionalismo latinoamericano, tanto en el propio subcontinente como en el resto del orbe.[12]

En efecto, a pesar de que América Latina ha estado en muchos momentos –y en algunos aspectos continúa– a la vanguardia del constitucionalismo mundial y ha realizado contribuciones relevantes al mismo, por regla general se tiene la equivocada opinión de que la imitación, el rezago y el fracaso han sido las constantes de su constitucionalismo.[13]

Y aunque la realidad es completamente distinta, para poder apreciarla objetivamente, es necesario previamente superar los anteriores complejos y recelos.

2.2. Mitos fundacionales y arquetipos utópicos

Conviene matizar la afirmación de que fueron tres las cunas del constitucionalismo arquetípico: Francia, Inglaterra y los Estados Unidos de Norteamérica, pues en ella hay bastante idealización y descontextualización.

Por lo que hace a Francia, aunque sus constituciones, en especial la Declaración de Derechos de 1789 y la Carta Republicana de 1793, inspiraron a todas las leyes fundamentales posteriores, lo cierto es que fueron normas más bien nominales, según la tipología de Lowenstein.[14] No tuvieron sino una eficacia bastante relativa y pasajera, pues muy poco tiempo después de su proclamación se produjo una cruel regresión

[12] Sobre dicha incorrecta valoración, destacando algunas condiciones y motivaciones adicionales como las particulares dinámicas de producción, recepción y transformación de las ideas y las instituciones en el derecho comparado y en la academia, véase, en general, Diego López, *Teoría impura del derecho* (Bogotá: Legis, Universidad de los Andes y Universidad Nacional de Colombia, 2004); específicamente respecto del derecho constitucional comparado, véase Bonilla Maldonado, "Toward a Constitutionalism…".

[13] Para algunos ejemplos de dicha infundada opinión sobre la naturaleza fallida del constitucionalismo latinoamericano, véase Jorge L. Esquirol, "The geopolitics of constitutionalism in Latin America", en *Constitutionalism in the Americas*, coord. por Colin Crawford y Daniel Bonilla Maldonado (Massachusetts: Edward Elgar, 2018).

[14] Cfr. Karl Lowenstein, *Teoría de la constitución*, trad. por Alfredo Gallego (Madrid: Ariel, 1986).

con la época del terror de Robespierre, a la que siguió el autocrático y militarista Imperio napoleónico, sucedido después por la restauración de la monarquía, dando lugar a que el constitucionalismo francés no se restableciera sino hasta la caída de Napoleón III en 1870.

Sobre el caso inglés, puede decirse que su consideración ejemplar responde mucho menos a su realidad y mucho más a la exaltación de la Constitución inglesa debida a Montesquieu en *El espíritu de las leyes*, donde presentó una Inglaterra idealizada para proponerla como modelo a la Francia prerrevolucionaria de los borbones.

A dicha exaltación se sumó después la narrativa romántica de la pretendida tradición constitucional inglesa. Según esta, sus orígenes se remontarían a la *Magna Charta* de 1215, que se configuró después a través de las pugnas entre el Parlamento, el monarca y la judicatura, hasta llegar a la victoria final sobre el absolutismo tras la Revolución gloriosa, que culminó con el *Habeas Corpus Act* de 1679 y el *Bill of Rights* de 1689, y se consolidó por medio del *common law*, que estableció el *rule of law* y el *due process of law*.[15]

Dicha narrativa, aunque seductora, es completamente inexacta. Para mostrar su relatividad bastaría con señalar la distinción entre el protoconstitucionalismo del Antiguo Régimen del constitucionalismo moderno, que parte de la Ilustración.[16] A partir de dicha distinción, resulta improcedente retrotraer a la Magna Carta (documento feudal que solo reconoció privilegios a la nobleza y al clero), o al *Bill of Rights* (capitulación impuesta a un rey), o al Parlamento (asamblea nobiliaria y estamental), o al *common law* (un ordenamiento medieval del Antiguo Régimen), los orígenes del constitucionalismo occidental.

Pero incluso si se insistiera en dicha asimilación –improcedente por anacrónica–, tendrían que reconocerse entonces antecedentes similares en la mayor parte de los Estados medievales y temprano-modernos. Tendrían que citarse, entre otros ejemplos, la *Bula de Oro de Hungría*, los diversos *Estatutos del Sacro Imperio Romano Germánico* y las *Siete Partidas Castellanas* desde el siglo XIII. Y, posteriormente, documentos tan relevantes como la *Constitutio Criminalis Carolina* y las *Leyes de Indias* del siglo XVI, así como entre los parlamentos más conocidos por su papel

---

[15] Sobre la historia del constitucionalismo inglés, entre la amplia literatura disponible, véase la obra esquemática de Alberto B. Bianchi, *Historia de la formación constitucional del Reino Unido* (Buenos Aires: Cathedra Juridica, 2009).

[16] Aunque varios autores, como Charles McIlwain y Maurizio Fioravanti, han insistido en referirse con cierta razón a las constituciones y constitucionalismos de la Antigüedad, de la Edad Media y de la Modernidad, lo cierto es que 'el constitucionalismo' y la 'constitución' tienen una connotación específica, filosófica, política e institucional, que no puede remontarse más allá del último tercio del siglo XVIII, antes del cual solo puede hablarse en puridad de un 'protoconstitucionalismo' (Cfr. Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism. Ancient and Modern*, trad. por Manuel Martínez [Ithaca, New York: Cornell University Press, 1947], y Maurizio Fioravanti, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, trad. por Manuel Martínez Neira [Madrid: Trotta, 2007]). Específicamente sobre la distinción entre el constitucionalismo y el protoconstitucionalismo, véase Marquardt, *Historia mundial*…

limitador de la autoridad monárquica, a las Cortes de Aragón y al *Reichstag* del Imperio, entre otros.

Pero, además, debe recordarse la actitud hostil de Inglaterra hacia la Ilustración y su participación en el Congreso de Viena y en la Santa Alianza de 1815. Igualmente, puede señalarse que, incluso en la actualidad, es uno de los muy pocos Estados que carecen de una constitución codificada. Adicionalmente, tendría que mencionarse que su parlamentarismo aún no ha superado del todo la representación estamental de la nobleza. O que tampoco reconoce una verdadera separación entre la Iglesia anglicana y la monarquía. Más aún, resiente todavía la ausencia de una auténtica justicia constitucional. Y todo lo anterior sin contar las violaciones de derechos humanos y el abuso de facultades extraordinarias que tuvieron lugar durante el conflicto de Irlanda del Norte en pleno siglo XX.

Por lo que hace al constitucionalismo norteamericano, si bien se le debe reconocer su indisputable condición precursora del republicanismo liberal, del federalismo y del presidencialismo, por otro lado no puede olvidarse que los Estados Unidos de Norteamérica fueron también el estado esclavista por antonomasia en el XIX. Pero, además, su republicanismo liberal se constituyó desde sus orígenes como una democracia racista, que únicamente hasta 1964 reconoció derechos civiles y políticos a su población afrodescendiente, y que aún no termina de erradicar la pena de muerte. Igualmente, aunque fue precursor del *judicial review* desde 1804 con el célebre Caso Marbury *vs.* Madison, frecuentemente se olvida que dicho control jurisdiccional de la Constitución no volvería a ejercerse sino hasta 1857, en el por lo demás tristemente conocido precedente esclavista de Dred Scott *vs.* Sandford. Lo anterior, sin considerar las conocidas limitaciones de su intrincado sistema electoral de naturaleza indirecta. Finalmente, no debe olvidarse que el imperialismo norteamericano se ha traducido en graves violaciones de los derechos humanos, en varias de sus intervenciones militares, ilegítimas en su origen e ilegales en su curso, que han resentido países de todos los continentes.[17]

En definitiva, las pretendidas, y generalmente aceptadas, cunas del constitucionalismo occidental, no son referentes ejemplares de una tradición constitucional tan continua y consistente como a veces se piensa.

2.3. Prejuicios infundados

Pero además de los anteriores complejos, recelos, mitos y arquetipos utópicos, existen otros prejuicios carentes de fundamento.

Por un lado, como se adelantó, se encuentra la suposición de que las cartas constitucionales latinoamericanas fueron copias derivadas de imitaciones extralógicas

[17] Sobre el constitucionalismo norteamericano, véase la obra panorámica de Alberto B. Bianchi, *Historia constitucional de los Estados Unidos*, 3 vols. (Buenos Aires: Cathedra Juridica, 2008-2013).

de otras leyes fundamentales. Por el otro, la falsa creencia de que fueron documentos puramente semánticos, máscaras más bien tendientes a disfrazar una realidad política diferente.

En respuesta, debe decirse que más allá de la innegable influencia de ciertas constituciones modélicas, como la francesa de 1793 y las norteamericanas de 1777 y de 1787, las constituciones latinoamericanas del siglo XIX no solo adoptaron algunas de sus instituciones y principios, sino que también los combinaron, dando lugar a interesantes soluciones híbridas, que fueron, a su vez, atemperadas de acuerdo con la propia realidad social y cultural.

Así por ejemplo, el liberalismo hispanoamericano i) fue mucho menos radical que el francés, ii) se aprovechó del pensamiento y constitucionalismo norteamericano en su diseño presidencial y federal, iii) asumió el liberalismo del constitucionalismo histórico español, y iv) retomó las ideas liberales moderadas de Burke, Constant y Guizot.[18]

Además, en los casos de la Gran Colombia y, sobre todo, de México, se adelantó en algunos aspectos sociales aboliendo la esclavitud y la servidumbre, limitando las contribuciones y hasta repartiendo las tierras. Igualmente, a lo largo de la región puede advertirse, en los respectivos proyectos y debates de sus constituyentes, la presencia de una gran variedad de ideas, que acreditan además la ilustración de sus autores.[19]

Lo anterior sin contar con numerosos anticipos y aportaciones originales en diversos ámbitos, como i) la justicia constitucional a través del juicio de amparo en el siglo XIX, ii) el constitucionalismo social del primer tercio del siglo XX, iii) el constitucionalismo internacional desde la segunda mitad del siglo XX y iv) el constitucionalismo ambiental, plurinacional y multiétnico hacia el último tercio de la misma centuria y principios del siglo XXI.

Con respecto a la naturaleza pretendidamente nominal del constitucionalismo latinoamericano, como un supuesto disfraz para camuflar las pretensiones despóticas de Estados anticonstitucionales, valdría la pena apuntar lo siguiente.

Si bien la fuerza normativa de muchas de sus constituciones fue resistida y, a veces, vencida por diversos factores reales de poder, no es menos cierto que se aprecia una continuidad histórica, más allá de dichas involuciones, que también se vivieron

---

[18] Sobre el particular, véase con provecho Roberto Breña, *El primer liberalismo español y los procesos de emancipación de América, 1808-1824. Una revisión historiográfica del liberalismo hispánico* (México: El Colegio de México, 2006), y Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución norteamericana (1776), la Revolución francesa (1789) y la Revolución hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, 2.ª ed. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia y Editorial Jurídica Venezolana, 2008).

[19] A manera de ejemplo de ilustración, eclecticismo, diversidad de influencias intelectuales y realismo, me gustaría citar el caso, poco conocido y del que me he venido ocupando, del precursor del constitucionalismo mexicano Fr. Melchor de Talamantes, y su pensamiento y diseños constitucionales de 1808 (Cfr. Juan Pablo Pampillo Baliño, *El primer constitucionalista de México. Talamantes: ideología y proyecto para la América Septentrional* (México: Escuela Libre de Derecho y Porrúa, 2010).

en otras partes. Es cierto que algunas constituciones fueron en un principio más bien programáticas; pero no tuvieron, al menos en la mayoría de los casos, la pretensión de disfrazar estructuras de poder, sino más bien de avanzar, como de hecho se avanzó, en el camino de su limitación y del reconocimiento de los derechos.

Otros prejuicios sobre el constitucionalismo latinoamericano derivan del estigma tercermundista, debido a la desigualdad y la pobreza, y caudillista, dada la alternancia entre la anarquía y el autoritarismo, que supuestamente caracterizarían a la región.

El tercermundismo ha servido para afianzar, en el interior de América Latina, el mencionado complejo de inferioridad, y en el exterior, los recelos sobre sus regímenes políticos. Por su parte, el caudillismo, derivado de las dictaduras militares que se generalizaron entre los cincuenta y noventa, así como de otros autocratismos del siglo XIX y de los actuales neopopulismos, ha impedido advertir que dicho lamentable fenómeno no haya sido ni permanente ni tampoco exclusivo del subcontinente.

De hecho, la mayor parte de Europa mantuvo como forma de gobierno preferente hasta la segunda década del siglo XX la monarquía autocrática –solo constitucional, nominalmente hablando–, que logró transitar apenas en el periodo de entreguerras hacia la monarquía liberal o constitucional. Sin embargo, dicho tránsito fue bastante efímero, pues muy pronto la mayor parte de Europa se sumió en una serie de dictaduras no solamente anticonstitucionales, sino criminales, algunas de las cuales se proyectaron en el tiempo incluso hasta el último tercio del siglo XX y a las que ya se hizo referencia. Pero igualmente podrían recordarse, de manera más reciente, algunos liderazgos democráticos que presentaron ciertos matices caudillistas, como los de Adenauer, Kohl y Merkel en Alemania, o los de Pétain, De Gaulle y Miterrand en Francia.

Por lo demás, ya se mencionaron también las tremendas violaciones de derechos humanos, ya no se diga de los campos de concentración alemanes o de los gulags soviéticos, sino también las cometidas por Francia durante la independencia de Argelia, o por Inglaterra con motivo de la cuestión de Irlanda del Norte.

3. La tradición constitucional latinoamericana

Solo superando primero los complejos y recelos, contextualizando los mitos fundacionales y arquetipos ideales y sobreponiéndonos a los prejuicios, es posible intentar una apreciación más objetiva del constitucionalismo latinoamericano.[20]

[20] En general, sobre la tradición constitucional latinoamericana se han consultado y puede verse con provecho Daniel Bonilla Maldonado, comp., *El constitucionalismo en el continente americano* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad EAFIT y Universidad de los Andes, 2016); Bernardino Bravo Lira, *El Estado constitucional en Hispanoamérica 1811-1991* (México: Escuela Libre de Derecho, 1992); Breña, *El primer*…; Allan Brewer-Carías, *Orígenes del constitucionalismo moderno en Hispanoamérica* (Caracas: Fundación de Derecho Público y Editorial Jurídica Venezolana, 2014); Brewer-Carías, *Reflexiones*…; Miguel Carbonell, Jorge

Y lo primero que debe apuntarse es que a pesar de que no se le reconoce la importancia que merece, la saga constitucional conformada por la Constitución de Cádiz de 1812 y las diversas constituciones de las independencias hispanoamericanas (1810-1830), puede considerarse no solamente como una de las cunas del constitucionalismo occidental, sino también como uno de sus mejores referentes durante buena parte del siglo XIX.[21]

3.1. Una riqueza ignorada

Aunque a veces se olvide, Latinoamérica fue pionera, primero, del constitucionalismo liberal –republicano y democrático–, como lo fue después del social, y luego

---

Carpizo y Daniel Zovatto, *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica* (México: IIJ-UNAM, 2009); Antonio Colomer Viadel, *Introducción al constitucionalismo iberoamericano* (México: Trillas, 2009); Ernesto de la Torre Villar y Jorge Mario García Laguardia, *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano* (México: IIJ-UNAM, 1976); Domingo García Belaúnde, "El constitucionalismo latinoamericano y sus influencias", *Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais*, n.º 5 (2005); Domingo García Belaúnde, "Los vaivenes del constitucionalismo latinoamericano en las últimas décadas", *Revista de Derecho Político* (UNED), n.º 89 (2014); Gargarella, *La sala…*; Roberto Gargarella, "Sobre el 'nuevo constitucionalismo latinoamericano'", *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, n.º XXVII (2018); Héctor Gros Espiell, "El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 6 (2002), doi: https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/issue/view/2754; Conrado Hübner Mendes, Roberto Gargarella y Sebastian Guidi, eds., *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America* (Oxford: Oxford University Press, 2022); Marcos Kaplan, *El Estado latinoamericano* (México: IIJ-UNAM, 1996); Marquardt, *Los dos siglos…*; Juan Pablo Pampillo Baliño, "El constitucionalismo mexicano: paralelismos y diferencias con el constitucionalismo colombiano", *Memorias del X Seminario Internacional de Derecho Constitucional* (Universidad de Medellín, 2012); Pampillo Baliño, "Notas sobre el constitucionalismo latinoamericano", en *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais* 28 (2014); Portillo, *Historia mínima…*; Humberto Quiroga Lavié, *Derecho constitucional latinoamericano* (México: IIJ-UNAM, 1991); Diego Valadés, *La dictadura constitucional en América Latina* (México: IIJ-UNAM, 1974); Diego Valadés y Miguel Carbonel, coords., *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI* (México: Cámara de Diputados e IIJ-UNAM, 2004); VV. AA., *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX,* Vols. III y IV (México: IIJ-UNAM, 1988 y 1989); Carlos Manuel Villabella Armengol, *Derecho constitucional iberoamericano* (La Habana: Félix Varela, 2001); Carlos Manuel Villabella Armengol, "El constitucionalismo contemporáneo de América Latina. Breve estudio comparado", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 149 (2017); Laurence Whitehead, "Latin American Constitutionalism: Historical Development and Distinctive Traits", en *New Constitutionalism in Latin America: Promises and Practices*, ed. por Almut Schilling-Vacaflor y Detlef Nolte (New York: Routledge, 2012).

[21] Más allá de que la primera constitución latinoamericana fue la de Haití de 1801, las primeras constituciones hispanoamericanas fueron las locales de Colombia y Venezuela de 1811, y las últimas, posteriores al proceso original de las independencias que culminó en 1829, las que resultaron de la escisión de las primeras repúblicas, como los casos de las centroamericanas y de la uruguaya. Solo mucho después se sumaron las de las independencias de finales de siglo –Cuba y Puerto Rico–, que se emanciparon hasta 1898 bajo el protectorado norteamericano.

del internacional y supranacional, así como del ambiental y del multicultural plurinacional.

América Latina fue precursora y digna representante durante el siglo XIX del cambio de paradigma del primer constitucionalismo hacia el republicanismo liberal, salvo por los paréntesis imperiales brasileño y mexicano, y la inestabilidad de sus primeros gobiernos. En contrapartida, cabría recordar que Alemania tuvo que esperar hasta 1919 con la Constitución de Weimar, y después del nacionalsocialismo, hasta la Constitución de 1949, para lograr dicho tránsito. Un tránsito que España solo logró hasta la aprobación de su actual Constitución de 1978, como una monarquía constitucional.

Igualmente, Latinoamérica fue precursora a nivel global en la abolición de la pena de muerte, así como de la justicia constitucional, habiendo desarrollado uno de los instrumentos más innovadores de la misma en su vertiente difusa: el juicio de amparo.[22]

Asimismo, tuvo un papel vanguardista a principios del siglo XX, inaugurando con la Constitución Mexicana de 1917 la ola del constitucionalismo social, reconociendo y estableciendo instrumentos jurídicos para la garantía de los nuevos derechos sociales (laborales, agrarios, educativos y de seguridad social).[23]

Y también fue puntera del constitucionalismo abierto o internacional-supranacional, pues la creación de la OEA y la posterior adopción del sistema interamericano de derechos humanos (SIDH), junto con el establecimiento de diversos esquemas de integración económica subregional, le otorgan un lugar especial junto con la UE.[24]

Respecto del constitucionalismo ambiental, cabría recordar que México fue uno de los países pioneros en adoptarlo y que Latinoamérica muy pronto se adhirió a dicha tendencia.[25]

---

[22] Sobre la abolición de la pena de muerte, véase Roger Hood y Carolyn Hoyle, *The Death Penalty: A World-Wide Perspective* (Oxford: Oxford University Press, 2008). Sobre los orígenes, características y difusión del juicio de amparo, cfr. Alan Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of Amparo Proceedings* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), y Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coords., *El derecho de amparo en el mundo* (México: Porrúa, UNAM, Konrad Adenauer Stiftung, 2006).

[23] Sobre la Constitución mexicana de 1917 y su influencia, véase la obra colectiva conmemorativa de su centenario, Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coords., *México y la Constitución de 1917. Influencia extranjera y trascendencia internacional. Derecho comparado* (México: Senado de la República, Secretaría de Cultura, INEHRM e IIJ-UNAM, 2017).

[24] Me he ocupado de este tema en Pampillo, *Nuevas...*; Cfr. Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Flavia Piovesan y Ximena Soley, eds., *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune* (New York: Oxford University Press, 2017); Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro y Mariela Morales Antoniazzi, coords., *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades, desafíos* (México: IIJ-UNAM, 2014).

[25] Véase, sobre todo, Marquardt, *Los dos siglos…*, 225 y ss.

De la misma manera debe reconocérsele a América Latina un lugar especial en la promoción del constitucionalismo multiétnico, intercultural y plurinacional, tanto a nivel nacional como internacional.

Y si bien es verdad que la adopción del constitucionalismo –liberal, social, internacional, ecológico e intercultural– en Latinoamérica no puede considerarse ni lineal-progresiva, ni perfecta a lo largo de toda su historia política, dicha condición es aplicable a todos los países del mundo.

En cualquier caso, como observa el iuspublicista alemán Von Bogdandy, la bicentenaria tradición constitucional latinoamericana "es más extensa que la de muchos Estados europeos y que la de la mayor parte de los Estados del mundo".[26]

3.2. Propuesta de periodización

Para la mejor comprensión de la tradición constitucional latinoamericana, así como del momento por el que actualmente atraviesa, es necesario tener una visión panorámica de su desenvolvimiento histórico.

Para ello, conviene presentar una periodización que identifique las diferentes etapas por las que ha atravesado, destacando las características comunes que han marcado su evolución conjunta.

Dicha periodización no resulta sencilla, pues requiere previamente el marco de una historia regional comparada, enfocada en el pensamiento y los procesos políticos regionales, que identifique los elementos comunes que coincidieron en cada época y los contextualice dentro del conjunto de la evolución política y jurídica del resto del mundo.

Y la realidad es que, por un lado, la mayor parte de las historias políticas y constitucionales disponibles están circunscritas a límites nacionales o subregionales, y, por el otro, muchas supuestas historias comparadas son más bien una superposición de historias particulares.[27]

---

[26] Armin von Bogdandy, "Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador", *Revista Derecho del Estado*, n.º 34 (enero-junio 2015): 7, doi: https://doi.org/10.18601/01229893.n34.01.

[27] A pesar de ello, para la elaboración de la propuesta de periodización que se presenta, se tomaron en cuenta las siguientes historias regionales: José Antonio Aguilar y Rafael Rojas, coords., *El republicanismo en Hispanoamérica. Ensayos de historia intelectual y política* (México: Fondo de Cultura Económica y Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2002); Joan del Alcazar, coord., *Historia contemporánea de América* (Valencia: Universidad de Valencia, 2003); Juan B. Amores Carredano, coord., *Historia de América* (Barcelona: Ariel, 2006); Leslie Bethell, ed., *The Cambridge History of Latin America* (Cambridge: Cambridge University Press, 1986-1995); Marcello Carmagnani, *The Other West. Latin America from Invasion to Globalization*, trad. por Rosanna M. Giammanco (Berkeley: University of California Press, 2011); François Chevalier, *América Latina. De la Independencia a nuestros días*, trad. por J. E. Calderón (México: Fondo de Cultura Económica, 2005); Marisa Gallego, Teresa Eggers-Brass y Fernanda Gil Lozano, *Historia latinoamericana 1700-2005. Sociedades, culturas,*

Aun desde las anteriores limitaciones, se aventura la siguiente propuesta para dividir esquemáticamente la historia constitucional de América Latina en las siguientes fases:

i) Precedentes anteriores a 1810, que comprenden tanto la peculiar Independencia de Haití como el pensamiento y los diseños constitucionales precursores de algunos adelantados, como Antonio Nariño, Francisco de Miranda o Melchor de Talamantes.
ii) El primer constitucionalismo iberoamericano (1810-1850), que estableció las primeras repúblicas criollas, con sus oscilaciones entre liberalismo y conservadurismo, federalismo y centralismo, y la formación y disolución de los grandes Estados, como México-Centroamérica, la Gran Colombia o las Provincias Unidas de Sudamérica.
iii) El constitucionalismo liberal clásico (1850-1890), que tras la anterior fase de inestabilidad, tomó cuerpo en las leyes fundamentales más duraderas de la región, como la de Argentina de 1853 (vigente hasta 1994), la de México de 1857 (hasta 1917), la de Perú de 1860 (hasta 1920), la de Guatemala de 1879 (hasta 1944) y la de Colombia de 1886 (hasta 1991). En términos generales, durante esta etapa se impuso el ideario constitucional liberal-reformista y culminó el proceso de secularización del Estado.
iv) El constitucionalismo liberal-conservador (1890-1916), caracterizado por el surgimiento de regímenes política e ideológicamente ambivalentes y más bien pragmáticos, con sesgos autoritarios, plutocráticos y modernizadores; sus exponentes más conocidos fueron Porfirio Díaz en México y la primera República de Brasil.
v) El constitucionalismo social (1917-1950), que nació con la Constitución Mexicana de 1917 y que para 1949 se impuso prácticamente en toda la región. Cabe destacar que en varios países se produjo paralelamente un primer viraje hacia un populismo nacionalista, corporativista y autoritario, como en el México de Lázaro Cárdenas y su partido oficial, en el Brasil de Getulio Vargas y en la Argentina de Juan Domingo Perón, con la particularidad del resurgimiento del peronismo tras las dictaduras militares, donde ha perdurado a través del justicialismo y se mantiene hasta la fecha en su versión kirchnerista.
vi) La contraola anticonstitucional (1940-1980), que abarcó prácticamente a todo el subcontinente con excepción de Costa Rica, en alguna medida de Colombia y en cierto sentido de México con su peculiar sistema político presidencialista

---

procesos políticos y económicos (Buenos Aires: Maipue, 2006); Tulio Halperin Donghi, *Historia contemporánea de América Latina*, 13° ed. (Madrid: Alianza Editorial, 2008); Benjamin Kee y Keith Haynes, *A History of Latin America*, 8.ª ed., Vol. II (Boston: Houghton Mifflin Harcourt Publishing, 2009); Manuel Lucena, *Breve historia de Latinoamérica*, 2.ª ed. (Santiago de Chile: Cátedra, 2010), y Rafael Rojas, *El árbol de las revoluciones. Ideas y poder en América Latina* (México: Turner, 2021).

de partido oficial sin alternancia (1929-2000). Tuvo entre sus más conocidos representantes a Stroessner en Paraguay, Castro en Cuba, Pinochet en Chile, los sucesivos gobiernos militares en Brasil y Argentina, y varios regímenes de Centroamérica y del Caribe.

vii) De la transición a la democracia a la actualidad (a partir de finales de los años setenta), fase compleja que debe subdividirse en tres etapas: a) la normalización constitucional (1977-1998), b) el surgimiento del nuevo constitucionalismo latinoamericano (NCL) (1999-2009) y c) el momento actual (2009 a la fecha).

3.3. Algunos rasgos comunes

A lo largo de las anteriores fases y etapas, el constitucionalismo latinoamericano recibió y adoptó todos los principios del constitucionalismo. Desde los característicos del constitucionalismo liberal del siglo XIX (constitución escrita, soberanía popular, supremacía constitucional, división de poderes, democracia representativa, reconocimiento y garantía de derechos individuales y libertades políticas), pasando por los del constitucionalismo social de la primera mitad siglo XX (reconocimiento y protección de los derechos sociales y promoción del Estado de bienestar), hasta los del constitucionalismo internacional y de los derechos humanos posterior a la segunda mitad del siglo XX (derechos de los pueblos y de la humanidad, redefinición de la supremacía constitucional y justicia constitucional estatal y transnacional).

Aunque igualmente ha experimentado y sufrido los estragos de las olas anticonstitucionales, que suponen una amenaza continua para cualquier Estado de derecho, sea a través del caudillismo, del militarismo o de la demagogia populista.

Finalmente, haciendo un esfuerzo de síntesis, pueden considerarse como algunos de los rasgos continuos más sobresalientes a lo largo de toda la historia del constitucionalismo latinoamericano los siguientes:

i) el sincretismo constitucional, como un intento –ni siempre fallido, como piensan algunos, ni siempre logrado– de articulación de concepciones, modelos o diseños contrapuestos (liberalismo y conservadurismo, federalismo y centralismo, secularización y confesionalidad, división de poderes y frenos y contrapesos, presidencialismo y parlamentarismo, internacionalismo y nacionalismo, democracia representativa y directa, individualismo y colectivismo, neoliberalismo, economía social y estatalismo, propiedad privada y común);[28]

[28] Quien más ha destacado la importancia de dicho "constitucionalismo de mezcla" es Gargarella, considerando que constituye un motivo explicativo de varios fracasos constitucionales (Cfr. Roberto Gargarella, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010. The Engine Room of the Constitution* (Oxford University Press, 2013), passim, y Gargarella, "Sobre el 'nuevo constitucionalismo latinoamericano'", 123 y ss.).

ii) el presidencialismo, o hiperpresidencialismo, como un desbalance en el equilibrio de poderes, que más allá de algunos matices parlamentarios y de las limitaciones que en algunos casos y momentos se han impuesto a su perpetuación a través de las reelecciones, ha sido una indudable constante en los gobiernos de la región;[29]
iii) la continua preocupación por los derechos humanos de todas las generaciones mediante extensas y ambiciosas cartas, así como los permanentes esfuerzos por garantizarlos a través de diversos medios de defensa, más allá de la indudable brecha que en diversos momentos y lugares se ha producido entre su declaración, respeto y efectiva protección;[30] y
iv) la especial apertura a la dimensión internacional, tanto a nivel global como especialmente en el ámbito regional, que ha ido desde los proyectos latinoamericanistas hasta esquemas de integración económica subregionales (andino, caribeño, centroamericano y sudamericano), pasando por el importante SIDH, dando lugar a un cierto constitucionalismo multinivel.[31]

4. El momento actual

Durante los últimos 45 años, la región latinoamericana ha experimentado profundos cambios políticos y jurídicos, que se han traducido en importantes reformas constitucionales o bien en el establecimiento de nuevas leyes fundamentales. Dichos cambios se han sucedido a través de tres etapas perfectamente distinguibles conceptualmente, aunque en ocasiones superpuestas en la realidad política: i) la normalización constitucional bajo el canon neoconstitucional (1977-1988), ii) el nuevo constitucionalismo latinoamericano (1999-2009) y el deterioro constitucional influido por el populismo (2009 a la fecha).

---

[29] Además de la bibliohemerografía general anteriormente citada sobre el constitucionalismo latinoamericano, especialmente los textos de Gargarella, Marquardt, Portillo y Villabella, sobre este particular, véase, entre otros, José Antonio Cheibub, Zachary Elkins y Tom Ginsburg, "Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective", *Texas Law Review*, n.º 89 (2010): 1707 y ss.; Carlos Manuel Villabella Armengol, "El presidencialismo latinoamericano. Mutaciones y gobernabilidad", *Revista Cubana de Derecho*, n.º 28 (2006), y Diego Valadés, *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*, 2.ª ed. (México: IIJ-UNAM, 2008). Para su evolución histórica, véase Salvador Valencia Carmona, *El poder ejecutivo latinoamericano* (México: UNAM, 1979).

[30] Cfr. Jesús Antonio de la Torre Rangel, *Tradición iberoamericana de derechos humanos* (México: Porrúa y Escuela Libre de Derecho, 2014), y Bernd Marquardt, *Derechos humanos y fundamentales. Una historia del derecho* (Chile: Grupo Editorial Ibáñez y Ediciones Olejnik, 2019).

[31] Me he ocupado del tema en Pampillo, *Nuevas reflexiones*… Entre la extensa literatura sobre el particular, véase Bogdandy *et al.*, *Transformative Constitutionalism*…

4.1. Panorama general

Primeramente, desde finales de los setenta, se advierte el inicio de varios procesos de transición a la democracia (México, 1977; Ecuador, 1979; Chile, 1980; Perú, 1980; Bolivia, 1982; Argentina, 1983; y Uruguay, 1984), que se fueron concretando a través de diversas reformas constitucionales y legales.[32]

Sin embargo, fue hasta la década de los ochenta cuando se inauguró el primer ciclo de tres a cuatro lustros, durante los cuales prácticamente en todos los países del subcontinente se dieron nuevas constituciones o reformaron extensa e intensamente sus leyes fundamentales, para sancionar su normalización democrática y establecer un Estado constitucional social abierto de derecho y de justicia, como parte de la llamada tercera ola del constitucionalismo democrático.[33]

Aunque habitualmente se considera que dicho ciclo inició con la Constitución colombiana de 1991, su comienzo debe ubicarse diez años antes.[34]

En ese sentido, abarca las siguientes leyes fundamentales y reformas: la Constitución de Chile de 1980, en pleno vigor solo a partir de 1990; la Constitución de Honduras de 1982; la Constitución de El Salvador de 1983; la Constitución de Guatemala de 1985; la Constitución de Nicaragua de 1987; la Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; las reformas constitucionales chilenas a partir de 1989; las reformas a la Constitución de Costa Rica de 1949 y de 1989; las reformas de la Constitución Mexicana de 1917 desde 1990, entre las que destacan las de 1992, 1994, 1996 y 2001; la citada Constitución de la República de Colombia de 1991; la Constitución de la República de Paraguay de 1992; la Constitución del Perú de 1993; la Constitución de la Nación Argentina de 1994; la reforma constitucional panameña de 1994; la Constitución de la República Dominicana de 1994; la Constitución del Estado de Bolivia de 1995; la gran reforma constitucional de Uruguay de 1996, y la Constitución de la República del Ecuador de 1998.

---

[32] Juan Carlos Calleros, *The unfinished transition to democracy in Latin America* (New York: Routledge, 2009).

[33] Cfr. Samuel Hungtinton, *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century* (Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1991).

[34] En general, las obras previamente citadas de Bonilla Maldonado, *Constitutionalism in*…; Gargarella, *Latin American*…; Mendes, Gargarella and Guidi, *The Oxford*…; Bravo, *El Estado constitucional*…; Carbonell, Carpizo y Zovatto, *Tendencias*…; Colomer Viadel, *Introducción*…; García Belaúnde, "El constitucionalismo latinoamericano y sus influencias"; García Belaúnde, "Los vaivenes del constitucionalismo latinoamericano en las últimas décadas"; Gargarella, *La sala*…; Kaplan, *El Estado*…; Marquardt, *Los dos siglos*…; Pampillo, "El constitucionalismo mexicano: paralelismos y diferencias con el constitucionalismo colombiano"; Pampillo, "Notas sobre …"; Portillo, *Historia mínima*…; Quiroga, *Derecho constitucional*…; Valadés, *La dictadura*…; Valadés y Carbonell, *Constitucionalismo*…; VV. AA., *El constitucionalismo*..., y Villabella, "El constitucionalismo contemporáneo de América Latina. Breve estudio comparado". Igualmente, las obras generales de historia regional latinoamericana previamente citadas.

A lo largo de dicho primer ciclo (1985-1998), América Latina asumió todos los principios, valores e instituciones del pensamiento y diseño constitucionales contemporáneos.

De manera paralela al anterior ciclo constitucional y en cierto sentido influido por el mismo, el activismo judicial de la Corte Constitucional Colombiana fue desarrollando una nueva tendencia, que también fue objeto de una teorización constitucional desde el Sur Global, dándose a conocer como "constitucionalismo transformador".[35] Y de manera convergente y casi simultánea, se estructuró otra teoría y praxis constitucional crítica de la ortodoxia, conocida como "constitucionalismo popular".[36]

Ambas teorías, así como las mismas realidades sociales, económicas y políticas de las que partieron y los referentes valorativos e instituciones jurídicas que desarrollaron, confluyeron junto con otros elementos –el antineoliberalismo, el altermundismo, la crisis de la representación democrática y una especial sensibilidad étnica y medioambiental– en el surgimiento del llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano (NCL).[37]

---

[35] Pionero de dicha teoría fue Karl E. Klare, "Legal Culture and Transformative Constitutionalism", *South African Journal on Human Rights* 14 (1998), doi: https://doi.org/10.1080/02587203.1998.11834974. Sobre el constitucionalismo transformador, véase también Bonilla, *Constitutionalism…*

[36] Su obra más representativa fue la de Larry Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review* (New York: Oxford University Press, 2004). Véase también Ana Micaela Alterio y Roberto Niembro Ortega, coords., *Constitucionalismo Popular en Latinoamérica* (México: Porrúa y Escuela Libre de Derecho, 2013).

[37] Entre la amplia literatura sobre el NCL, véase especialmente Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo andino* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Huaponi, 2016); Roberto Gargarella y Christian Courtis, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes* (Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2009); Alejandro Medici, "Ocho proposiciones sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano y el giro descolonial: Bolivia y Ecuador", *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, n.º 3 (2010): 5 y ss.; Alejandro Medici, *Otros nomos. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano* (Aguascalientes y San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat y Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2016); Gerardo Pisarello, *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática* (Madrid: Trotta, 2014), 108 y ss.; Schilling-Vacaflor, *New Constitutionalism…*; Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur* (Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad y Programa Democracia y Transformación Global, 2010); Rodrigo Uprimny, "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos", en *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, ed. por César Rodríguez Garavito (Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011), 109 y ss.; Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, *El nuevo constitucionalismo en América Latina* (Quito: Corte Constitucional, 2010); Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012); Carlos Manuel Villabella Armengol, "Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n.º 25 (2010), y Carlos Manuel VillabellaArmengol,

El NCL (1999-2009) constituye así la segunda fase de este largo periodo de transformaciones político-jurídicas, representado por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, la Constitución de Ecuador de 2008, la Constitución Política del Estado de Bolivia de 2009 y por la Constitución Colombiana de 1991 a través de su Corte Constitucional, como precursora del mismo. Igualmente, puede considerarse que su giro a la izquierda, y en algunos casos su degeneración populista, estuvo influido o ha sido influyente en otros países, como Argentina, Brasil, Chile, México y Perú.

En un principio, el NCL generó grandes expectativas dentro de la región, así como un relativo interés en otras latitudes. Sin embargo, desde su mismo surgimiento, también motivó varias reservas, en virtud de algunos rasgos potencialmente demagógicos que parecía presentar.[38] Lamentablemente, la prevalencia de dichos rasgos demagógicos terminó por imponerse en varios lugares, dando origen al ciclo actual (2009 a la fecha), en que se ha desarrollado una nueva ola populista.

Dicha marea ha sido en buena medida consecuencia de las crisis económicas, en parte, debidas a cierto capitalismo salvaje –desregulador y privatizador– de corte neoliberal radical e indiscriminadamente aperturista, que no solo no resolvió, sino que agravó los graves problemas de la pobreza y de la desigualdad social prevalentes en la región. Problemas a los cuales sumó el debilitamiento de frágiles estados democráticos, que en muchos casos se volvieron incapaces de brindar bienes públicos esenciales, desde la seguridad y justicia, hasta la garantía de los niveles mínimos de bienestar, en contextos sociopolíticos marcados por la corrupción y la delincuencia organizada.

Durante esta última etapa, se advierte así una evidente regresión autoritaria en varios países de Centroamérica y el Caribe, así como un grave deterioro de las instituciones y la cultura democrática, debidos al populismo en Venezuela, Bolivia y Ecuador, que se encuentra extendido, aunque con menor gravedad, sobre Argentina, Brasil y México, amenaza a Colombia, Chile y Perú, y del cual solo se han librado hasta el momento, mostrando solidez constitucional y democrática, Costa Rica y Uruguay.

4.2. El neoconstitucionalismo

La etapa de normalización constitucional (1977-1988) se caracterizó por adoptar el paradigma del constitucionalismo internacional de los derechos humanos, denominado por algunos como neoconstitucional.

Estuvo inspirada principalmente por las leyes fundamentales austriaca de 1945, italiana de 1947 y, sobre todo, la alemana de 1949, así como por la española de 1978,

---

Nuevo constitucionalismo latinoamericano: ¿un nuevo paradigma? (México: Universidad de Guanajuato, Mariel y Juan Pablos Editor, 2014).

[38] Véase, por ejemplo, José Ma. Serna de la Garza, coord., *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas* (México: IIJ-UNAM, 2009).

que de hecho se convirtió en el puente a través del cual se recibió dicha influencia, tanto en medios políticos como jurídicos y académicos.[39]

La corriente de pensamiento neoconstitucionalista presentó las siguientes características:[40]

i) la progresiva extensión de los ámbitos propios de la constitución (irradiación constitucional);
ii) la incorporación de principios, además de normas, en el discurso constitucional (principialismo);
iii) el reconocimiento de la importancia de los contenidos materiales y del propio trasfondo axiológico del derecho (materialidad y moralidad);
iv) la proliferación de los mecanismos de defensa de la constitución (garantismo constitucional);
v) el desarrollo de una justicia constitucional nacional y supranacional (activismo judicial limitado);
vi) la promoción de una racionalidad material en la interpretación jurídica, que añade métodos para la ponderación de principios (argumentación jurídica);

---

[39] Sobre la recepción de las mismas, en especial de la Ley Fundamental de Bonn, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán y la doctrina de Alexy en materia de derechos fundamentales y de argumentación jurídica, que a través de la transición a la democracia en España y de su doctrina fueron de especial importancia en Latinoamérica, véase Danny José Cevallos, "El Estado constitucional de derecho en América Latina y la Ley Fundamental de Bonn. Observaciones desde la teoría del derecho", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* XXV (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019), 755-780.

[40] Para un panorama general sobre el neoconstitucionalismo, véase Luis Roberto Barroso, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho* (México: IIJ-UNAM, 2008); Carlos Bernal Pulido, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009); Miguel Carbonell, ed., *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid: Trotta, 2003); Miguel, Carbonell, ed., *Teoría del neoconstitucionalismo* (Madrid: Trotta e IIJ-UNAM, 2007); Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, eds., *El canon neoconstitucional* (Madrid: Trotta, 2010); Paolo Comanducci, "El neoconstitucionalismo", en *Hacia una teoría analítica del derecho: ensayos escogidos* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010); Susanna Pozzolo, *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos* (Lima: Palestra, 2011), y Rodolfo L. Vigo, *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo* (México: Porrúa, 2016). Entre las obras más representativas e influyentes del neoconstitucionalismo pueden citarse las de autores tan diversos como Alexy, Aguiló, Atienza, Carbonell, Comanducci, Dworkin, Ferrajoli, Guastini, Moreso, Pozzolo, Prieto Sanchís y Zagrebelsky, entre otros, cuyas obras sería prolijo citar, a pesar de que varios de ellos han rechazado, o por lo menos matizado, su pertenencia a dicha orientación. Este deslinde ha obedecido, en parte, a que a pesar de los indudables beneficios que trajo consigo el neoconstitucionalismo para América Latina, promoviendo la transición democrática, el republicanismo, la limitación del poder, la garantía de los derechos humanos y la inserción de la región en el contexto global, se le ha venido criticando como una corriente de pensamiento neoliberal, de derecha y elitista, desde diversas perspectivas de izquierda, como el constitucionalismo popular, el altermundismo y el decolonialismo.

vii) la extensión del catálogo de los derechos humanos (progresividad de la dignidad humana);
viii) la interconexión de la constitución con los tratados internacionales (supranacionalidad); y
ix) la reiterada supremacía jurídica de la constitución (Estado constitucional de derecho).

Las anteriores características se tradujeron, a su vez, en múltiples principios, instituciones y procedimientos constitucionales, que, según la opinión de diversos juristas latinoamericanos (como Carpizo y Gargarella) o extranjeros (como Häberle y Von Bogdandy), constituyen algunos rasgos de familia del derecho constitucional del subcontinente.[41]

Entre dichos rasgos pueden destacarse especialmente: i) el fortalecimiento de las instituciones democráticas, ii) el establecimiento de sistemas de justicia constitucional mixtos (europeo-centralizado + americano-difuso), iii) la generalización del *habeas data*, iv) el acogimiento de la figura del *ombudsman*, v) la autonomía del ministerio público, vi) el mayor equilibrio entre los poderes legislativo y ejecutivo, vii) la mayor independencia y profesionalización del poder judicial, viii) el reconocimiento de la supremacía del derecho internacional en materia de derechos humanos y, en algunos casos, en materia de integración, j) las funciones de fiscalización realizadas a través de un órgano dotado de autonomía técnica, k) el reconocimiento de la multietnicidad y de la multiculturalidad, l) los mandatos de protección del patrimonio cultural y del medioambiente, m) la insistencia de los derechos sociales, en especial en materia educativa, de vivienda y de salud, y n) la inclusión de preámbulos o preceptos programáticos como expresión de principios y valores propios de la cultura constitucional regional.

La mayor parte de los anteriores principios, instituciones y procedimientos del neoconstitucionalismo han perdurado en general en el constitucionalismo latinoamericano, si bien en algunos casos modificados en razón de su convivencia con los propios del NCL, o deteriorados en virtud de los virajes populistas, autoritarios, antidemocráticos y anticonstitucionales que se han producido en los últimos años.

Uno de los ámbitos donde se aprecia más claramente la oscilación que tuvo lugar desde una concepción jurídico-política más orientada a la limitación del poder,

---

[41] Cfr. Jorge Carpizo, "Derecho constitucional latinoamericano y comparado", *Boletín de Derecho Comparado*, n.º 114 (2005): 972 y ss.; Gargarella, "Sobre el 'nuevo constitucionalismo latinoamericano'", 120 y ss.; Peter Häberle, "México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un *ius commune americanum*", en *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, ed. por Peter Häberle y Markus Kotzur, trad. por Héctor Fix Fierro (México: UNAM, 2003), 17 y ss. y 57 y ss., y Armin von Bogdandy, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional* (México: IIJ-UNAM, 2011).

hacia otra que privilegia un gobierno menos contrapesado en aras de una mayor capacidad de maniobra, es el del presidencialismo latinoamericano.

Dicha oscilación parte de un dilema político particularmente delicado, pues donde el riesgo de la concepción neoconstitucional era el de la impotencia del Gobierno ante las cada vez más complejas necesidades sociales, el peligro de la segunda se encuentra en su tendencia hacia el autoritarismo y su consecuente erosión del Estado de derecho.

Lo cierto es que el presidencialismo latinoamericano atravesó por dos procesos contrarios de reforma durante las últimas décadas. Primeramente, tras las amargas experiencias de las dictaduras y los autoritarismos del periodo anticonstitucional, durante las décadas de los ochenta y noventa se optó en varios países por limitar la reelección y los poderes presidenciales, prácticamente excluyendo el ejercicio de poderes extraordinarios, incorporando diversos matices de corte parlamentario y estableciendo órganos técnicos de carácter autónomo en diversos ámbitos, como el electoral, el financiero y el de la competencia económica, entre otros.[42]

Pero, en contrapartida, una década después, en realidad a partir de los noventa y hasta la actualidad, aunque con diversos desfases cronológicos y vaivenes, ante la insuficiencia de los resultados de los nuevos gobiernos democráticos frente a diversas demandas sociales, en algunos casos se restableció la reelección y la preponderancia de la rama ejecutiva, que no siempre se ha traducido en un mejor rendimiento y, en cambio, casi siempre ha supuesto regresiones autoritarias.

4.3. El nuevo constitucionalismo latinoamericano

El nuevo constitucionalismo latinoamericano (NCL*)* se desarrolló –como se expuso– entre 1999 y 2009. En realidad, comenzó a perfilarse desde antes, precedido por el "constitucionalismo transformador", comprometido con avances políticos, económicos y sociales progresistas e igualitaristas, y al que se le sumó el "constitucionalismo popular", que abogó por la incorporación de los instrumentos de la democracia directa y censuró el déficit de legitimidad de una justicia constitucional contramayoritaria y elitista, promoviendo la generalización de consultas populares para orientar la actuación de los poderes públicos.

A las dos anteriores tendencias vino a sumarse una renovada sensibilidad medioambiental y étnica, que se profundizó durante esta etapa, convergente con una gran diversidad de reclamos sociales derivados de las realidades económicas, políticas y sociales latinoamericanas, que fueron recogidos desde nuevas posiciones críticas de izquierda, expresándose a través del antineoliberalismo, el altermundismo,

---

[42] Cfr. Cheibub, Elkins y Ginsburg, "Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective"; Villabella, "El presidencialismo latinoamericano. Mutaciones y gobernabilidad"; Valadés, *La parlamentarización…*; Negretto, *Constitution-Building…*, 28 y ss., y Gargarella, "Sobre el 'nuevo constitucionalismo latinoamericano'", 119 y ss.

el decolonialismo, el neoantiimperialismo, el latinoamericanismo neobolivariano y las posturas antisistémicas derivadas de la crisis de la democracia representativa, la partidocracia y su incapacidad para resolver los conflictos sociales que propiciaron.[43]

Dicho contexto dio lugar al surgimiento de nuevos movimientos sociales de izquierda –indigenistas, campesinos, estudiantiles y exguerrilleros– que desarrollaron una plataforma de corte popular, dando lugar a nuevas vías de participación directa mediante la activación del poder constituyente.

La resultante común de la concurrencia de todos los anteriores vectores fue precisamente el llamado NCL, que ha buscado "empoderar a los sin poder", a "los de abajo", haciendo "realidad el potencial emancipador y/o transformador de los derechos fundamentales", bajo el entendimiento de que "el pueblo debe tomar un lugar protagónico".[44]

A partir de sus características, algunos lo han considerado como un "nuevo canon constitucional".[45] Otros opinan que no se trata más que de una peculiar recepción y profundización del neoconstitucionalismo, que se encuentra lastrada, sin embargo, por el desequilibrio que supone la preponderancia del poder ejecutivo y la ineficacia de las "constituciones de mezcla" como notas características del constitucionalismo latinoamericano.[46] Finalmente, hay quienes consideran que se trata de una amalgama híbrida y contradictoria, que tan solo podría definirse como un "ornitorrinco jurídico".[47]

Lo cierto es que el NCL prometió más de lo que ha logrado realizar. Y, en contrapartida, ha propiciado algunas preocupantes dislocaciones de sesgo populista y antidemocrático, así como indudables regresiones anticonstitucionales.

---

[43] Un panorama general sobre dichas orientaciones, dentro del contexto de la historia del pensamiento latinoamericano, véase en Carlos Beorelgui, *Historia del pensamiento filosófico latinoamericano* (Bilbao: Universidad de Deusto, 2010), y Enrique Dussel, Eduardo Mendieta y Carmen Bohórquez, eds., *El pensamiento filosófico latinoamericano del Caribe y 'latino' (1300-2000). Historia, corrientes, temas y filósofos* (México: Siglo XXI y Crefal, 2009). Sobre su proyección en el ámbito del pensamiento jurídico, véase, en general, Óscar Correas, *Introducción a la crítica del derecho moderno (Esbozo)* (Fontamara, 1999); Carlos de Cabo Martín, *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico* (Madrid: Trotta, 2014); Jesús Antonio de la Torre Rangel, *Del pensamiento jurídico contemporáneo. Aportaciones críticas* (México: Escuela Libre de Derecho y Miguel Ángel Porrúa, 1992); Boaventura de Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, trad. por C. Lema (Bogotá: ILSA, 2009), y Antonio-Carlos Wolkmer, *Teoría crítica del derecho desde América Latina*, trad. por A. Rosillo (México: Akal, 2017).

[44] Ana Micaela Alterio, *Entre lo neo y lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano* (México: Tirant lo Blanch, 2020), 15, 16 y 168.

[45] Por ejemplo, Villabella, *Nuevo constitucionalismo…*, passim.

[46] Es el caso de Gargarella, "Sobre el 'nuevo constitucionalismo latinoamericano'", passim, y Gargarella y Courtis, *El nuevo constitucionalismo*…, passim.

[47] Pedro Salazar Ugarte, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Una perspectiva crítica", en *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, coord. por Luis Raúl González Pérez y Diego Valadés (México: IIJ-UNAM, 2013), 387.

De hecho, uno de sus principales representantes ha presentado recientemente un balance de conjunto sobre el NCL, donde reconoce sus fallas en materia de organización y límite del poder, si bien considera que ha contribuido a disminuir la pobreza y a reducir la brecha de la desigualdad, en especial, de los indígenas de la región andina, a quienes les habría devuelto su dignidad.[48]

Más allá de la polémica sobre sus realizaciones y fracasos, quizás lo más equilibrado sea reconocer –en opinión de Portillo– que "desde el punto de vista de la constitución (y no del régimen), conviene tomar nota de este *novum* constitucional latinoamericano", pues indudablemente ha planteado propuestas interesantes, que lamentablemente no han sido del todo exitosas en la práctica.[49]

4.4. El deterioro constitucional y el populismo

De 2009 a la fecha, Latinoamérica ha experimentado un retroceso constitucional, que, en buena medida, ha sido la proyección regional de una marea anticonstitucional mundial que se ha sentido desde la mitad de la primera década del siglo XXI y que recientemente ha sido definida como un periodo de "recesión democrática".[50]

Se trata de una etapa verdaderamente paradójica. En primer lugar, porque estuvo precedida por la amplia difusión del constitucionalismo y la democracia durante la llamada tercera ola constitucional iniciada hacia mediados de los setenta, que extendió hacia muchas regiones, incluida América Latina, el modelo de Estado constitucional social abierto de derecho y de justicia.[51]

Pero también paradójica por cuanto su antecedente más inmediato se encuentra en la caída del muro de Berlín y el derrumbe de la Unión Soviética, que fueron considerados por muchos no solo como el término de la Guerra Fría, sino como el triunfo final de la democracia constitucional sobre los autoritarismos y del espíritu cosmopolita de solidaridad internacional frente a los nacionalismos agresivos. En definitiva, hacia comienzos de la década de los noventa, parecía que despuntaba el amanecer de una nueva época de paz, justicia y prosperidad.[52]

---

[48] Cfr. Rubén Martínez Dalmau, "¿Han funcionado las constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano?", *Revista Derecho y Sociedad*, n.º 51 (octubre 2018): 191-205.

[49] Portillo, *Historia*…, 256.

[50] La expresión fue popularizada a partir de un difundido artículo de Larry Diamond, "Facing Up to the Democratic Recession", *Journal of Democracy*, n.º 26 (2015): 141-155, doi: https://journalofdemocracy.org/wp-content/uploads/2015/01/Diamond-26-1_0.pdf.

[51] Hungtinton, *The Third*…

[52] A nivel internacional se desarrollaron los conceptos de 'seguridad humana' y 'desarrollo humano', que fueron elaborándose a través de diversas cumbres organizadas por Naciones Unidas. Entre ellas, destacaron la de Nueva York sobre la Infancia, 1990; la de Río de Janeiro sobre la Tierra, 1992; la de los derechos humanos, 1993; la del Cairo sobre población y desarrollo, 1994; la de Beijing sobre la mujer; y la de Copenhague sobre desarrollo social, ambas de 1995. Sus agendas de desarrollo y planes de acción habrían de converger posteriormente en los *Objetivos del Milenio* (ODM) suscritos en el año 2000 (Cfr. Bardo, *The Oxford*…, y Antonio

Lamentablemente, desde la misma década de los noventa, diversos acontecimientos empezaron a ensombrecer dichas expectativas, particularmente los genocidios de Bosnia y Ruanda. Y ya en pleno siglo XXI, los atentados terroristas en Nueva York, la guerra ilegal contra Irak, los sucesivos conflictos en Medio Oriente y la guerra entre Rusia y Ucrania han terminado con la ilusión de un mundo en paz, respetuoso de los derechos humanos y del orden jurídico internacional, urgiéndonos a una reforma, largamente postergada, de la arquitectura internacional, que la dote de una estructura institucional más plural y, sobre todo, de una autoridad más efectiva.

Pero además, el desmoronamiento del muro de Berlín y la disolución de la Unión Soviética fueron interpretados, equivocadamente, como una supuesta prueba del éxito y la superioridad del liberalismo capitalista, en detrimento de cualquier concepción política o económica de naturaleza social. No se supo advertir que detrás de la última ola constitucional se encontraba precisamente el Estado social de derecho, que con independencia de sus limitaciones y posibles mejoras, representaba la verdadera ventaja del Occidente desarrollado frente al bloque comunista, ofreciendo además un modelo que hubiera podido desarrollarse también en los demás países en vías de desarrollo.

Sin embargo, durante la década de los noventa se produjo una tendencia más bien contraria: se promovió el Consenso de Washington, inspirado en las políticas privatizadoras y desreguladoras neoliberales, que hacia los ochenta empezaron a imponerse en Gran Bretaña y en los Estados Unidos de Norteamérica (*thatcherismo* y *reaganomics*). Dichas políticas, en parte propiciadas por el fin de un ciclo económico expansivo, por diversos excesos burocráticos y por algunos abusos y desviaciones del Estado de bienestar, contribuyeron al debilitamiento institucional de muchos gobiernos, así como al desmantelamiento del Estado social, proyectándose también sobre Latinoamérica.[53]

Las consecuencias económicas, sociales y políticas fueron una creciente anemia gubernamental y un progresivo deterioro del Estado social, que también fue resultado de una globalización financiera y económica que se intensificó de manera anárquica, detonando, además, desde mediados de los noventa, crisis económicas recurrentes que aumentaron la desigualdad social.[54]

Sánchez-Bayón, "Fundamentos de derecho comparado y global: ¿Cabe un orden común en la Globalización?", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 47, n.º 141 (septiembre-diciembre 2014): 1021-1051, doi: https://doi.org/10.1016/S0041-8633(14)71183-4.

[53] Cfr. Paul Pierson, *Dismantling the Welfare State? Reagan, Thatcher, and the Politics of Retrenchment* (Cambridge: Cambridge University Press, 1994), y Stefan Svallfors y Peter Taylor-Gooby, eds., *The End of the Welfare State? Responses to state retrenchment* (London: Routledge, 1999).

[54] En dicho contexto y al amparo del pensamiento neoliberal, muchas empresas y capitales, ante la falta de capacidad y de voluntad de los Estados para regular los flujos comerciales y financieros transnacionales, se aprovecharon de las asimetrías regulatorias en materia fiscal, corporativa, laboral, económica o medioambiental. Sus presiones sobre el comercio internacional hacia una apertura y liberalización indiscriminadas (*race to the bottom* y *social*

El entorno anteriormente descrito, de debilitamiento gubernamental, deterioro del Estado social, globalización asimétrica, crisis económicas recurrentes, escaso crecimiento económico, desempleo, aumento de la desigualdad y estancamiento del combate contra la pobreza, así como otros fenómenos relacionados, como el aumento de la corrupción y de la delincuencia, detonaron múltiples movimientos sociales en todo el mundo, que se han venido multiplicando a partir de la debacle financiera de 2008.

Dichos movimientos, alimentados por una profunda y legítima insatisfacción de diversos grupos sociales, han dado lugar al surgimiento de una peligrosa alternativa antisistémica. Se trata del populismo autoritario, que constituye la mayor amenaza a la democracia, el constitucionalismo, el internacionalismo, las libertades y los derechos en nuestro tiempo.[55]

Durante los últimos años, los movimientos populistas autoritarios han venido ganando terreno en todas partes, asumiendo las más diversas posturas ideológicas dentro de un amplio espectro político, cuyo único rasgo en común es la progresiva concentración del poder en nombre de la democracia. Así han surgido liderazgos y gobiernos populistas, tanto de corte derechista, conservador, xenófobo, globalifóbico, antiinmigrante, nacionalista, nativista y capitalista-proteccionista, cuanto de tendencias izquierdistas, crítico-reformistas, étnicas, decoloniales, altermundistas, antiimperialistas y anticapitalistas.

El avance del populismo constituye un peligro especialmente grave para la democracia, pues a diferencia de los embates frontales de las dictaduras militares de las anteriores olas anticonstitucionales, la socava –al igual que el Estado de derecho– desde su interior, desmantelando sus reglas, procedimientos e instituciones, así como su cultura cívica, de manera paulatina, engañando y confundiendo a sus adeptos y descalificando a sus opositores.

---

dumping) contribuyeron también a la erosión del Estado social, profundizando la brecha de la desigualdad y la pobreza. Véase Matthias Herdegen, *Derecho económico internacional*, trad. por K. Fach, L. Carballo y D. Wolfram (Bogotá: Universidad del Rosario y Konrad Adenauer, 2012), y Santiago Botero Gómez, *Empresas transnacionales y derechos humanos* (México: Tirant lo Blanch, 2019).

[55] Sobre el populismo actual, véase José Fernández Santillán, *Populismo, democracia y globalización* (México: Fontamara, 2018); Enrique Krauze, *El pueblo soy yo* (México: Debate, 2018); Ronald Inglehart y Pippa Norris, *Cultural Backlash: Trump, Brexit, and Authoritarian Populism* (Cambridge: Cambridge University Press, 2019); Steven Levitsky y Daniel Ziblatt, *How Democracies Die* (New York: Crown Publishing Group, 2018); David Landau, "Populist Constitutions", *The University of Chicago Law Review* 8, n.º 2 (2018): 521-543, doi: https://lawreview.uchicago.edu/publication/populist-constitutions, y Cesare Pinelli, "The Rise of Populism and the Malaise of Democracy", en *Critical Reflections on Constitutional Democracy in the European Union*, ed. por Sacha Garben, Inge Govaere y Paul Nemitz (Oxford: Hart Publishing, 2019).

El resultado del avance del populismo en los últimos tres lustros ha sido la mencionada recesión democrática, entendida como un importante deterioro de la misma, así como un creciente cuestionamiento sobre su eficacia.

Desde mediados de la primera década del siglo XXI, prácticamente todos los índices registran, en todos los países, un significativo retroceso democrático en todas las dimensiones: desde los procesos electorales, el respeto al pluralismo y las condiciones de equidad en las contiendas y los mecanismos de participación directa, hasta el respeto a las libertades ciudadanas y políticas y los derechos humanos, pasando por la efectividad de los gobiernos, la división de funciones, los frenos y contrapesos y la autonomía de la judicatura, la rendición de cuentas, la participación y la cultura política, la independencia de los medios de comunicación, el compromiso de la ciudadanía con las instituciones democráticas y el Estado social de derecho, entre otras.[56]

Dicho retroceso, aunque particularmente grave en Asia, Europa del Este y Latinoamérica, se advierte en todos los continentes, e inclusive en las regiones que tradicionalmente se habían considerado como más robustas en términos democráticos, como América del Norte y Europa Occidental.[57]

Así por ejemplo, el *Democracy Index 2021* de *The Economist* considera que solo el 12% de los países que analiza pueden considerarse "*full democracies*" (democracias plenas), mientras que el 31% son considerados "*flawed democracies*" (democracias fallidas), el 20% "*hybrid regimes*" (regímenes híbridos) y el 35% "*authoritarian regimes*" (regímenes autoritarios).[58] En el mismo sentido, el V-Dem Institute de la Universidad de Gothenburg observa el deterioro de 10 "*liberal democracies*" (democracias

---

[56] Cfr. Rowan Cole, Nazifa Alizada, Lisa Gastaldi, Sandra Grahn, Sebastian Hellmeier, Palina Kolvani, Jean Lachapelle, Anna Lührmann, Seraphine F. Maerz, Shreeya Pillai, and Staffan I. Lindberg, *Democracy Report* (University of Gothenburg, 2021), https://v-dem.net/democracy_reports.html; Freedom House, *Freedom in the World 2022. The Global Expansion of Authoritarian Rule*, https://freedomhouse.org/sites/default/files/2022-02/FIW_2022_PDF_Booklet_Digital_Final_Web.pdf; Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA), *The Global State of Democracy 2021. Building Resilience in a Pandemic Era* (Strömsborg, 2021), https://www.idea.int/gsod/sites/default/files/2021-11/the-global-state-of-democracy-2021_1.pdf, y The Economist Intelligence Unit (EIU). "Democracy Index 2021: the China Challenge", 10th February 2022, https://www.eiu.com/public/topical_report.aspx?campaignid=2DemoIndex21.

[57] EIU, "Democracy Index 2021: the China Challenge", 25; Freedom House, *Freedom in the World 2022*…, 4 y ss., IDEA, *The Global*…, 3 y ss.; V-Dem Institute, *Autocratization*…, 6 y ss.

[58] Fuera de Latinoamérica, incluye como *full democracies*, entre otros países, a Noruega, Nueva Zelanda, Finlandia, Suecia, Islandia, Dinamarca, Irlanda, Australia, Suiza, Canadá, Alemania, Gran Bretaña y Austria. Entre las *flawed democracies* considera a Francia, Israel, España, Estados Unidos de Norteamérica, Portugal, Italia, Grecia, Bélgica, Sudáfrica, India, Polonia y Singapur. Como *hybrid regimes* ubica a Túnez, Hong Kong, Bután, Zambia, Senegal, Kenia, Tanzania, Uganda, Turquía y Pakistán. Finalmente, clasifica como *authoritarian regimes* a Palestina, Kuwait, Líbano, Iraq, Rusia, Ruanda, Egipto, China y Libia (Cfr. EIU, "Democracy Index 2021: the China Challenge", 12-16).

liberales) que se han convertido en "*electoral autocracies*" (autocracias electorales), siendo este tipo de régimen el más extendido actualmente en el mundo, aunque con una clara tendencia hacia las que denomina "*closed autocracies*".[59] Y se aprecian resultados y tendencias semejantes, más allá de los diferentes criterios y metodologías, en los reportes de *Freedom House*, del Institute for Democracy and Electoral Assistance, y de Latinobarómetro, entre muchos otros.[60]

Infortunadamente, todos los reportes y análisis registran que el mayor deterioro de la democracia durante este ciclo anticonstitucional se ha producido en América Latina, donde solo se consideran como democracias plenas, las de Uruguay y Costa Rica; como democracias imperfectas, las de Chile, Brasil, Panamá, Argentina, Colombia y Perú; como democracias autoritarias, las de Paraguay, El Salvador, Ecuador, México, Honduras, Bolivia, y Guatemala; y como regímenes abiertamente autocráticos, los de Haití, Nicaragua y Cuba.[61]

Sin embargo, haciendo un balance ponderado, debe destacarse que a nivel comparado, Latinoamérica todavía continúa siendo, de acuerdo con todos los estudios, la región más democrática después de Europa Occidental y América del Norte, por encima de Europa del Este, Asia, Oceanía y África.

Corolario y reflexión final

A manera de epílogo, basta reiterar que más allá de su relegación, la tradición constitucional latinoamericana ofrece un gran interés por las siguientes razones: i) en tanto que una de las cunas originarias del constitucionalismo occidental; ii) en su carácter de precursora de prácticamente todas sus etapas (liberal, social e internacional y de los derechos humanos); iii) en virtud de su original arquitectura, iv) dado su característico sincretismo; y v) en cuanto a las diversas lecciones que pueden extraerse por igual de sus realizaciones y de sus fracasos.

Pero en alcance a la anterior conclusión, vale la pena hacer una breve digresión con motivo de su más reciente deterioro constitucional, máxime que el populismo se ha convertido en uno de los problemas centrales del constitucionalismo actual.

En cierto sentido, la actual recesión democrática obedece a una desmoralización tanto de la política como del derecho, que es resultado tanto de una equivocada asepsia teórica como de la misma degeneración natural de las formas de gobierno.

---

[59] Cfr. V-Dem Institute, *Autocratization*…, 6.

[60] Freedom House, *Freedom in*…, 4 y ss.; IDEA, *The Global*…, 3 y ss.; y V-Dem Institute, *Autocratization*…, 6 y ss., y Latinobarómetro, *Informe 2021*, https://www.latinobarometro.org/lat.jsp.

[61] EIU, *Democracy*…, 12-16. Véase también Institute for Democracy and Electoral Assistance, *El Estado de la democracia en las Américas 2021. Democracia en tiempos de crisis*, https://www.idea.int/gsod/sites/default/files/2021-11/estado-de-la-democracia-en-las-americas-2021.pdf.

Tanto la secularización de la política y del derecho como su respectiva autonomía respecto de la ética son rasgos característicos de las sociedades maduras. Sin embargo, su desmoralización, es decir, su separación, incomunicación y desconexión de toda ética, resulta más bien una marca típica de las sociedades decadentes.

El derecho, la política y la moral constituyen ámbitos distintos de lo sociocultural, y su diferenciación es necesaria. Pero su segregación, desfase y recíproca exclusión, además de ser teóricamente insostenible, resulta contraproducente en la práctica.[62]

La limitación original del constitucionalismo se encuentra en su configuración por el pensamiento político-jurídico moderno (racionalista, empirista y crítico, además de instrumental, atomizador y cientificista), que se conformó con el diseño puramente formal –orgánico y procedimental– de las formas de gobierno, para limitar el poder y preservar las libertades. Fue solo cuando su fracaso resultó evidente, hacia la segunda mitad del siglo XX, que dicha racionalidad formal se atrevió a recuperar un sustrato ético-material mínimo indispensable, a través de los derechos fundamentales y derechos humanos, definiendo y garantizando su contenido esencial.[63]

Sin embargo, contrastando el constitucionalismo moderno con el pensamiento político clásico, se advierte que al constitucionalismo le faltan todavía dos proyecciones éticas (éticopolíticas y éticojurídicas) fundamentales para poder consolidarse y resistir los embates del populismo.

Notablemente, el pensamiento griego antiguo, particularmente el de Platón y Aristóteles, estuvo marcado por la amenaza de la *stasis*, es decir, de los conflictos sociales derivados de la contraposición de intereses. Dichos conflictos fueron producto del desequilibro económico entre las diferentes clases, traduciéndose en el surgimiento de un espíritu de partido, cuya polarización ponía en peligro a la *polys*.[64]

La justamente temida *stasis*, en todo semejante al populismo actual, y su efecto corrosivo de la *demokratía* fue un factor determinante en la reflexión ético-política de la escuela ática. Por ello, su principal objetivo fue evitar los desequilibrios y las divisiones mediante el establecimiento de un orden económico equilibrado

---

[62] Cfr. Alfredo Cruz Prados, *Ethos y polis. Bases para una reconstrucción de la filosofía política,* 2.ª ed. (Pamplona: Eunsa, 2006), 192 y ss. y 356 y ss.

[63] Me he ocupado de estos temas en Juan Pablo Pampillo Baliño, *Historia general del derecho* (México: Oxford University, 2008), capítulos 10 y 11, y Juan Pablo Pampillo Baliño, *Árboles de doce ramas. La crisis de la cultura occidental y sus vías de superación* (México: Tirant lo Blanch, 2022).

[64] Sobre el concepto de *stasis* y su influencia en la búsqueda de la estabilidad, véase Benjamin Gray, *Stasis and Stability: Exile, the Polis, and Political Thought, C. 404-146 BC* (Oxford: Oxford University Press, 2015). Para un marco general, véase Antony Black, *Ancient Political Thought. Its Significance and Consequences*, revised edition (New York: Oxford University Press, 2016), 133 y ss.; McIlwain, *Constitutionalism…*, y Fioravanti, *Constitución…*, 17 y ss.; Cfr. Platón, *La República*, Libro VIII, 557d; se recomienda la siguiente versión: Platón, *Diálogos*, Tomo IV. *La República*, Introducción, notas y traducción de Conrado Eggers Lan (Madrid: Gredos, 1998), y Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, VIII, 1, 1555a; se sigue la versión de Aristóteles, *Ética nicomaquea y política,* trad. por A. Gómez Robledo (México: Porrúa, 1992).

-(*eunomia*) y, sobre todo, mediante el afianzamiento de una ética cívica basada en la responsabilidad compartida.[65] La solución que idearon se construyó a partir del concepto de bien común (*tò koinon agathón*).

Al constitucionalismo moderno le hace falta, en primer lugar, ese remedio que los griegos idearon para evitar la *stasis*: la noción de *tò koinon agathón*, como fin (*télos*) de la sociedad política (*polys*). Además de la parte orgánica, que se ocupa del diseño institucional del Gobierno, y de la parte dogmática, centrada en las libertades y los derechos, las constituciones tienen, o deberían tener, una parte dinámica encargada de la configuración del bien común.[66]

El actual peligro que el populismo supone para el constitucionalismo, deriva en buena medida del deterioro en las condiciones de vida, de la limitación de las oportunidades de realización y superación personal y de la creciente desigualdad, que ha traído consigo el olvido o la relegación del bien común, así como la erosión del Estado de bienestar.

La razón de ser de la *polys* era para los griegos procurar a sus miembros las condiciones para que alcanzasen la felicidad (*eudaimonia*) como su realización personal a través del bien común. Y para ello, el concurso del derecho, la política y la ética resultaba absolutamente fundamental, tanto para configurar un orden justo y equilibrado como para convertir las leyes en instrumentos pedagógicos para el desarrollo de la ética política y del civismo, como una indispensable "educación sobre el bien común" (*paideia pros tò koinon*).[67]

Así pues, además de centrarse en los órganos, procedimientos y derechos, las constituciones y el constitucionalismo deben ocuparse del bien común necesario para alcanzar la realización individual, prevista en el constitucionalismo norteamericano como "el derecho inalienable a la búsqueda de la felicidad" ("*unalienable right*" [to the] "*pursuit of happiness*") que, por cierto, ha venido a ser planteada nuevamente por los valores constitucionales andinos del *suma quamaña* y *suma kawsay*, como un buen vivir en armonía.[68]

---

[65] Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco,* VIII, 1, 1555a.

[66] Para un panorama sobre el concepto de bien común y su evolución histórica hasta la actualidad, véase Amitai Etzioni, *The Common Good* (Cambridge: Polity Press, 2004); David Hollenbach, *The Common Good and Christian Ethics* (Massachusetts: Cambridge University Press, 2002), y Mary M. Keys, *Aquinas, Aristotle and the Promise of the Common Good* (New York: Cambridge University Press, 2006).

[67] Cfr. Josep Clusa Capell, "Aristóteles: justicia y eudaimonia" (tesis doctoral, Universidad de Barcelona, Departamento de Filosofía, 2015), y Jaqueline de Romilly, "La educación por las leyes", trad. por H. González Uribe, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n.º 18 (1997). Véase también a Fioravanti, *Constitución...,* 22 y ss.

[68] Sobre el derecho a la felicidad, véase Joseph R. Grodin, "Rediscovering the State Constitutional Right to Happiness and Safety", *Hasting Constitutional Law Quarterly*, n.º 25 (1997), doi: https://repository.uchastings.edu/, y María Isabel Lorca Martín de Villodres, "Felicidad y constitucionalismo", *Revista de Derecho Político*, n.º 88 (2013), doi: https://doi.org/10.5944/rdp.88.2013.12788. Sobre el concepto andino del 'buen vivir', más allá de instrumentalización

Más puntualmente, es necesario desarrollar un constitucionalismo del bien común, así como existe un constitucionalismo del poder y un constitucionalismo de los derechos.[69]

Un derecho constitucional de la constitución político-económica, que se ocupe de la definición de ciertas finalidades a largo plazo, por ejemplo, la seguridad humana o el pleno empleo, y que a su vez obligue a los poderes públicos a darles continuidad a ciertos planes y políticas de gobierno, a efectos de garantizar los medios para alcanzarlas, como la estabilidad macroeconómica, la seguridad social, el fomento a la industria y al comercio y ciertos programas sociales.

Ahora bien, la segunda proyección del pensamiento ético-político y jurídico-clásico tiene su origen en la concepción aristotélica de la amistad como virtud social.[70] En materia política, fue Cicerón quien más insistió en el valor de la amistad civil y de la concordia entre las clases sociales (*concordia ordinum*).

Partiendo del doble significado que tenía entre los antiguos la política (*politeía* para los griegos, *res publica* para los romanos), que identificaban objetivamente con la constitución o régimen político y subjetivamente con el ejercicio del poder y la ciudadanía, Cicerón destacó que el éxito de la constitución mixta de la República romana se encontraba, más que en su equilibrado diseño institucional, en la ética de los gobernantes y la virtud cívica de los gobernados.[71]

Aunque la forma mixta de gobierno (comicios, senado y magistraturas) ya suponía un equilibrio entre las clases y sus intereses, su funcionamiento requería la necesaria colaboración entre las diversas instancias; necesitaba del "concurso de todas las personas de buena voluntad" (*conspiratio omnium bonorum*).[72]

Solo así podría evitarse la tendencia natural de los cónsules hacia la tiranía, de los patricios hacia la defensa facciosa de sus intereses y del pueblo hacia la turba y la confusión demagógica.[73]

La amistad civil y el sentido de responsabilidad común constituían pues las verdaderas y únicas garantías posibles de que el entramado institucional pudiera funcionar, pues ningún diseño constitucional podía evitar por sí mismo la degeneración política de las formas de gobierno. La absoluta necesidad de la *virtus*, entendida por

---

ideológica o populista, véase Thomas Fatheuer, *Buen vivir. A brief introduction to Latin America's new concepts for the good life and the rights of nature* (Berlin: Henrich Böll Fundation, 2011), y Omar Felipe Giraldo, *Utopías en la era de la supervivencia: una interpretación del buen vivir* (México: Itaca y Universidad de Chapingo, 2014).

[69] Sobre el 'constitucionalismo del bien común' como 'constitucionalismo de las políticas públicas', véase Alfonso Santiago, *En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho. Consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales* (Buenos Aires: Marcial Ponds, 2010).

[70] Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Libro VIII.

[71] Cicerón, *De Re Publica. Obras completas de Marco Tulio Cicerón)*, trad. por Marcelino Menéndez y Pelayo (Madrid: Imprenta Central, 1879-1919).

[72] Cicerón, *In Catilinam*, IV. 22.

[73] Cfr. Cicerón, *De re publica*, I.45 y III.33.

igual como competencia técnica y carácter ético, era pues, tanto para los griegos como para los romanos, el elemento fundamental de su teoría política.[74]

De ahí que constituya un acierto la incorporación de valores éticos como parte del NCL, por ejemplo, los recogidos por la Constitución de Bolivia del *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *ama qhilla* (no seas flojo), *ama llulla* (no seas mentiroso) y *ama suwa* (no seas ladrón). Lo cierto es que en el reconocimiento de la absoluta necesidad que tiene la *politeia* de la *paideia* y la *res publica* del *cives* y de su *virtus*, es donde se encuentra el mayor legado político jurídico del pensamiento clásico grecolatino.

En definitiva, la solución a muchos de los problemas del constitucionalismo contemporáneo, y en específico a los planteados por el populismo autoritario, no se encuentra –como han afirmado algunos– en su "sala de máquinas", sino más bien en la capacitación de sus operarios. Lo que hace falta es educación ciudadana, ética social, formación política y servicio civil de carrera.

Bibliografía

Aguilar, José Antonio y Rafael Rojas, coords. *El republicanismo en Hispanoamérica. Ensayos de historia intelectual y política.* México: Fondo de Cultura Económica y Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2002.

Alcazar, Joan del, coord. *Historia contemporánea de América.* Valencia: Universidad de Valencia, 2003.

Alterio, Ana Micaela. *Entre lo neo y lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano.* México: Tirant lo Blanch, 2020.

Alterio, Ana Micaela y Roberto Niembro Ortega, coords. *Constitucionalismo popular en Latinoamérica.* México: Porrúa y Escuela Libre de Derecho, 2013.

Amores Carredano, Juan B., coord. *Historia de América.* Barcelona: Ariel, 2006.

Aristóteles. *Ética nicomaquea y política.* Traducida por A. Gómez Robledo. México: Porrúa, 1992.

Artola, Miguel. *El constitucionalismo en la historia.* Barcelona: Crítica, 2005.

Atilgan, Aydin. *Global Constitutionalism A Socio-legal Perspective.* Berlin-Heidelberg: Springer, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2018.

Ávila Santamaría, Ramiro. *El neoconstitucionalismo andino.* Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Huaponi, 2016.

Barroso, Luis Roberto. *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho.* México: IIJ-UNAM, 2008.

[74] Black, *Ancient*…, 172; McIlwain, *Constitutionalism*…, 24 y ss., y Fioravanti, *Constitución*…, 27-29.

Belov, Martin, ed. *Global Constitutionalism and its Challenges to Westphalian Constitutional Law.* Oxford: Hart Publishing, 2018.

Beorelgui, Carlos. *Historia del pensamiento filosófico latinoamericano.* Bilbao: Universidad de Deusto, 2010.

Bernal Pulido, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

Bethell, Leslie, ed. *The Cambridge History of Latin America.* Cambridge: Cambridge University Press, 1986-1995.

Bianchi, Alberto B. *Historia constitucional de los Estados Unidos.* 3 vols. Buenos Aires: Cathedra Juridica, 2008-2013.

Bianchi, Alberto B. *Historia de la formación constitucional del Reino Unido.* Buenos Aires: Cathedra Juridica, 2009.

Black, Antony. *Ancient Political Thought. Its Significance and Consequences*, revised edition. New York: Oxford University Press, 2016.

Bogdandy, Armin von. *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional.* México: IIJ-UNAM, 2011.

Bogdandy, Armin von. "Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador". *Revista Derecho del Estado*, n.º 34 (enero-junio 2015).

Bogdandy, Armin von, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Flavia Piovesan y Ximena Soley, eds. *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune.* New York: Oxford University Press, 2017.

Bogdandy, Armin von, Héctor Fix-Fierro y Mariela Morales Antoniazzi, coords. *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades, desafíos.* México: IIJ-UNAM, 2014.

Bonilla Maldonado, Daniel. "Toward a Constitutionalism of the Global South". En *Constitutionalism of the Global South The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*. Editado por Daniel Bonilla Maldonado. New York: Cambridge University Press, 2013.

Bonilla Maldonado, Daniel, comp. *El constitucionalismo en el continente americano.* Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad EAFIT y Universidad de los Andes, 2016.

Botero Gómez, Santiago. *Empresas transnacionales y derechos humanos.* México: Tirant lo Blanch, 2019.

Bravo Lira, Bernardino. *El Estado constitucional en Hispanoamérica 1811-1991.* México: Escuela Libre de Derecho, 1992.

Breña, Roberto. *El primer liberalismo español y los procesos de emancipación de América, 1808-1824. Una revisión historiográfica del liberalismo hispánico.* México: El Colegio de México, 2006.

Brewer-Carías, Allan R. *Reflexiones sobre la Revolución norteamericana (1776), la Revolución francesa (1789) y la Revolución hispanoamericana (1810-1830) y sus*

aportes al constitucionalismo moderno, 2.ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia y Editorial Jurídica Venezolana, 2008.

Brewer-Carías, Alan R. *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of Amparo Proceedings.* Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

Brewer-Carías, Allan R. *Orígenes del constitucionalismo moderno en Hispanoamérica.* Caracas: Fundación de Derecho Público y Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

Buratti, Andrea. *Western Constitutionalism. History, Institutions, Comparative Law*, 2.ª ed. Cham, Switzerland: Giappichelli Editore, 2019.

Cabo Martín, Carlos de. *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico.* Madrid: Trotta, 2014.

Calleros, Juan Carlos. *The unfinished transition to democracy in Latin America.* New York: Routledge, 2009.

Carbonell, Miguel, ed. *Neoconstitucionalismo(s).* Madrid: Trotta, 2003.

Carbonell, Miguel, ed. *Teoría del neoconstitucionalismo.* Madrid: Trotta e IIJ-UNAM, 2007.

Carbonell, Miguel, Jorge Carpizo y Daniel Zovatto. *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica.* México: IIJ-UNAM, 2009.

Carbonell, Miguel y Leonardo García Jaramillo, eds. *El canon neoconstitucional.* Madrid: Trotta, 2010.

Carmagnani, Marcello. *The Other West. Latin America from Invasion to Globalization.* Traducido por Rosanna M. Giammanco. Berkeley: University of California Press, 2011.

Carpizo, Jorge. "Derecho constitucional latinoamericano y comparado". *Boletín de Derecho Comparado*, n.º 114 (2005).

Cevallos, Danny José. "El Estado constitucional de derecho en América Latina y la Ley Fundamental de Bonn. Observaciones desde la teoría del derecho". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* XXV (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019), 755-780.

Cheibub, José Antonio, Zachary Elkins y Tom Ginsburg. "Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective". *Texas Law Review*, n.º 89 (2010).

Chevalier, François. *América Latina. De la Independencia a nuestros días.* Traducido por J. E. Calderón. México: Fondo de Cultura Económica, 2005.

Cicerón. *De Re Publica. Obras completas de Marco Tulio Cicerón.* Traducido por Marcelino Menéndez y Pelayo. Madrid: Imprenta Central, 1879-1919.

Clusa Capell, Josep. "Aristóteles: justicia y eudaimonia". Tesis doctoral, Universidad de Barcelona, Departamento de Filosofía, 2015.

Colomer Viadel, Antonio. *Introducción al constitucionalismo iberoamericano.* México: Trillas, 2009.

Comanducci, Paolo. "El neoconstitucionalismo". En *Hacia una teoría analítica del derecho: ensayos escogidos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

Correas, Óscar. *Introducción a la crítica del derecho moderno (Esbozo)*. Fontamara, 1999.

Diamond, Larry. "Facing up to the Democratic Recession". *Journal of Democracy*, n.º 26 (2015): 141-155.

Dippel, Horst. *Constitucionalismo moderno*. Traducido por C. Álvarez Alonso y M. S. Martínez. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Ponds, 2009.

Dussel, Enrique, Eduardo Mendieta y Carmen Bohórquez, eds. *El pensamiento filosófico latinoamericano del Caribe y latino (1300-2000). Historia, corrientes, temas y filósofos*. México: Siglo XXI y Crefal, 2009.

Enderlein, Henrik, Sonja Wälti y Michael Zürn, eds. *Handbook on Multi-level Governance*. Cheltenhan: Edward Elgar Publishing, 2010.

Esquirol, Jorge L. "The geopolitics of constitutionalism in Latin America". En *Constitutionalism in the Americas*. Coordinado por Colin Crawford y Daniel Bonilla Maldonado. Massachusetts: Edward Elgar, 2018.

Etzioni, Amitai. *The Common Good*. Cambridge: Polity Press, 2004.

Fassbender, Bardo y Anne Peters, eds. *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Fatheuer, Thomas. *Buen vivir. A brief introduction to Latin Americas new concepts for the good life and the rights of nature*. Berlin: Henrich Böll Fundation, 2011.

Fernández Santillán, José. *Populismo, democracia y globalización*. México: Fontamara, 2018.

Fioravanti, Maurizio. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Traducido por Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2007.

Fix-Zamudio, Héctor y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coords. *El derecho de amparo en el mundo*. México: Porrúa, UNAM, Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

Fix-Zamudio, Héctor y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coords. *México y la Constitución de 1917. Influencia extranjera y trascendencia internacional. Derecho comparado*. México: Senado de la República, Secretaría de Cultura, INEHRM e IIJ-UNAM, 2017.

Freedom House. *Freedom in the World 2022. The Global Expansion of Authoritarian Rule*. https://freedomhouse.org/sites/default/files/2022-02/FIW_2022_PDF_Booklet_Digital_Final_Web.pdf.

Gallego, Marisa, Teresa Eggers-Brass y Fernanda Gil Lozano. *Historia latinoamericana 1700-2005. Sociedades, culturas, procesos políticos y económicos*. Buenos Aires: Maipue, 2006.

García Belaúnde, Domingo. "El constitucionalismo latinoamericano y sus influencias". *Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais*, n.º 5 (2005).

García Belaúnde, Domingo. "Los vaivenes del constitucionalismo latinoamericano en las últimas décadas". *Revista de Derecho Político*, n.º 89 (2014).

García Pelayo, Manuel. *Derecho constitucional comparado.* Madrid: Alianza, 1984.
Gargarella, Roberto. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010. The Engine Room of the Constitution.* Oxford University Press, 2013.
Gargarella, Roberto. *La sala de máquinas de la constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010).* Buenos Aires: Katz Editores, 2014.
Gargarella, Roberto. "Sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano". *Revista Uruguaya de Ciencia Política* XXVII (2018).
Gargarella, Roberto y Christian Courtis. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes.* Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2009.
Giraldo, Omar Felipe. *Utopías en la era de la supervivencia: una interpretación del buen vivir.* México: Itaca y Universidad de Chapingo, 2014.
Gómez Sánchez, Yolanda. *Constitucionalismo multinivel.* Madrid: Sanz Torres, 2015.
Gray, Benjamin. *Stasis and Stability: Exile, the Polis, and Political Thought, C. 404-146 BC.* Oxford: Oxford University Press, 2015.
Grimm, Dieter. *Constitucionalism. Past, Present and Future.* Oxford: Oxford University Press, 2016.
Grodin, Joseph R. "Rediscovering the State Constitutional Right to Happiness and Safety". *Hasting Constitutional Law Quarterly*, n.º 25 (1997).
Gros Espiell, Héctor. "El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 6 (2002).
Häberle, Peter. *El Estado constitucional*, 2.ª ed. Traducido por Héctor Fix-Fierro. México: IIJ-UNAM, 2016.
Häberle, Peter. "México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un *ius commune americanum*". En *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano.* Editado por Peter Häberle y Markus Kotzur, traducido por Héctor Fix Fierro. México: UNAM, 2003.
Häberle, Peter. *Pluralismo y constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta.* Traducido por Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002.
Halperin Donghi, Tulio. *Historia contemporánea de América Latina.* 13° ed.. Madrid: Alianza Editorial, 2008.
Herdegen, Matthias. *Derecho económico internacional.* Traducido por K. Fach, L. Carballo y D. Wolfram. Bogotá: Universidad del Rosario y Fundación Konrad Adenauer, 2012.
Hollenbach, David. *The Common Good and Christian Ethics.* Massachusetts: Cambridge University Press, 2002.
Hood, Roger y Carolyn Hoyle. *The Death Penalty: A World-Wide Perspective.* Oxford: Oxford University Press, 2008.
Hübner Mendes, Conrado, Roberto Gargarella y Sebastian Guidi, eds. *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America.* Oxford: Oxford University Press, 2022.

Hungtinton, Samuel. *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century.* Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1991.

Inglehart, Ronald y Pippa Norris. *Cultural Backlash: Trump, Brexit, and Authoritarian Populism.* Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

Institute for Democracy and Electoral Assistance. *El Estado de la democracia en las Américas 2021. Democracia en tiempos de crisis.* https://www.idea.int/gsod/sites/default/files/2021-11/estado-de-la-democracia-en-las-americas-2021.pdf.

Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral. 27 de febrero de 1995. https://www.idea.int/es.

Kaplan, Marcos. *El Estado latinoamericano.* México: IIJ-UNAM, 1996.

Kee, Benjamin y Keith Haynes. *A History of Latin America*, 8.ª ed. Vol. II. Boston: Houghton Mifflin Harcourt Publishing, 2009.

Keys, Mary M. *Aquinas, Aristotle and the Promise of the Common Good.* New York: Cambridge University Press, 2006.

Klare, Karl E. "Legal Culture and Transformative Constitutionalism". *South African Journal on Human Rights* (University of Witwatersrand), 1998.

Kramer, Larry. *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review.* New York: Oxford University Press, 2004.

Krauze, Enrique. *El pueblo soy yo.* México: Debate, 2018.

Landau, David. "Populist Constitutions". *The University of Chicago Law Review* 8, n.º 2 (2018): 521-543.

Latinobarómetro. Informe 2021. s.f. https://www.latinobarometro.org/lat.jsp.

Levitsky, Steven y Daniel Ziblatt. *How Democracies Die.* New York: Crown Publishing Group, 2018.

López Medina, Diego. *Teoría impura del derecho.* Bogotá: Legis, Universidad de los Andes y Universidad Nacional de Colombia, 2004.

Lorca Martín de Villodres, María Isabel. "Felicidad y constitucionalismo". *Revista de Derecho Político*, n.º 88 (2013).

Lowenstein, Karl. *Teoría de la constitución.* Traducido por Alfredo Gallego. Madrid: Ariel, 1986.

Lucena, Manuel. *Breve historia de Latinoamérica*, 2.ª ed. Santiago de Chile: Cátedra, 2010.

Marquardt, Bernd. *Derechos humanos y fundamentales. Una historia del derecho.* Chile: Grupo Editorial Ibáñez y Ediciones Olejnik, 2019.

Marquardt, Bernd. *Historia mundial del Estado.* Tomo IV. *El Estado de la doble Revolución Ilustrada e Industrial (1776-2014).* Bogotá: Ecoe y Universidad Nacional de Colombia, 2014.

Marquardt, Bernd. *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010).* Vol. II. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2011.

Martínez Dalmau, Rubén. "¿Han funcionado las constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano?". *Revista Derecho y Sociedad*, n.º 51 (octubre 2018): 191-205.

McIlwain, Charles Howard. *Constitutionalism. Ancient and Modern.* Traducido por M. Martínez. Ithaca, New York: Cornell University Press, 1947.

Medici, Alejandro. "Ocho proposiciones sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano y el giro descolonial: Bolivia y Ecuador". *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, n.º 3 (2010).

Medici, Alejandro. *Otros nomos. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano.* Aguascalientes y San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat y Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2016.

Nazifa Alizada, Rowan Cole, Lisa Gastaldi, Sandra Grahn, Sebastian Hellmeier, Palina Kolvani, Jean Lachapelle, Anna Lührmann, Seraphine F. Maerz, Shreeya Pillai, and Staffan I. Lindberg. *Democracy Report.* University of Gothenburg, 2021. https://v-dem.net/democracy_reports.html.

O´Gorman, Edmundo. *La invención de América. Investigación acerca de la estructura histórica del Nuevo Mundo y del sentido de su devenir,* 4.ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.

Pampillo Baliño, Juan Pablo. *Historia general del derecho.* México: Oxford University, 2008.

Pampillo Baliño, Juan Pablo. *El primer constitucionalista de México. Talamantes: ideología y proyecto para la América Septentrional.* México: Escuela Libre de Derecho y Porrúa, 2010.

Pampillo Baliño, Juan Pablo. "El constitucionalismo mexicano: paralelismos y diferencias con el constitucionalismo colombiano". *Memorias del X Seminario Internacional de Derecho Constitucional.* Universidad de Medellín, 2012.

Pampillo Baliño, Juan Pablo. *Nuevas reflexiones sobre la Integración jurídica latinoamericana.* Perú: Rimay Editores, 2021.

Pampillo Baliño, Juan Pablo. *Árboles de doce ramas. La crisis de la cultura occidental y sus vías de superación.* México: Tirant lo Blanch, 2022.

Pampillo Baliño, Juan Pablo. "Una introducción a la justicia social global". En *Justicia social global. Perspectivas, reflexiones y propuestas desde Iberoamérica*. Editado por Juan Pablo Pampillo Baliño y Santiago Botero Gómez. México: Tirant lo Blanch, 2022.

Paz, Octavio. *El laberinto de la soledad, Postdata* y *Vuelta a El laberinto de la soledad.* México: Fondo de Cultura Económica, 1981.

Pernice, Ingolf. *La dimensión global del constitucionalismo multinivel. Una respuesta legal a los desafíos de la globalización.* Documento de Trabajo, Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales. Madrid: Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo, 2012.

Pierson, Paul. *Dismantling the Welfare State? Reagan, Thatcher, and the Politics of Retrenchment.* Cambridge: Cambridge University Press, 1994.

Pinelli, Cesare. "The Rise of Populism and the Malaise of Democracy". En *Critical Reflections on Constitutional Democracy in the European Union*. Editado por Sacha Garben, Inge Govaere y Paul Nemitz. Oxford: Hart Publishing, 2019.

Pisarello, Gerardo. *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática.* Madrid: Trotta, 2014.

Pisarello, Gerardo. *Un largo Termidor: historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático.* Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012.

Portillo Valdés, José M. *Historia mínima del constitucionalismo en América Latina.* México: El Colegio de México, 2016.

Pozzolo, Susanna. *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos.* Lima: Palestra, 2011.

Quiroga Lavié, Humberto. *Derecho constitucional latinoamericano.* México: IIJ-UNAM, 1991.

Rojas, Rafael. *El árbol de las revoluciones. Ideas y poder en América Latina.* México: Turner, 2021.

Romilly, Jaqueline de. "La educación por las leyes". Traducido por H. González Uribe. *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n.º 18 (1997).

Ruiz Miguel, Carlos. *Constitucionalismo clásico y moderno: Desarrollos y desviaciones de los fundamentos de la teoría constitucional.* Lima: Tribunal Constitucional del Perú y Centro de Estudios Constitucionales, 2013.

Salazar Ugarte, Pedro. "El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Una perspectiva crítica". En *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*. Coordinado por Luis Raúl González Pérez y Diego Valadés. México: IIJ-UNAM, 2013.

Salazar Ugarte, Pedro. *Sobre el concepto de constitución.* Vol. III. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho.* Editado por Jorge Luis Fabra y Ezequiel Spector. México: IIJ-UNAM, 2015.

Sánchez-Bayón, Antonio. "Fundamentos de derecho comparado y global: ¿Cabe un orden común en la globalización?". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 47, n.º 141 (septiembre-diciembre 2014): 1021-1051.

Santiago, Alfonso. *En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho. Consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales.* Buenos Aires: Marcial Ponds, 2010.

Serna de la Garza, José Ma., coord. *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas.* México: IIJ-UNAM, 2009.

Shelton, Dinah. *The Oxford Handbook of International Human Rights Law.* Oxford: Oxford University Press, 2013.

Sousa Santos, Boaventura de. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho.* Traducido por C. Lema. Bogotá: ILSA, 2009.

Sousa Santos, Boaventura de. *Una epistemología del Sur. La reinvención del conocimiento y la emancipación social.* México: Clacso y Siglo XXI, 2009.

Sousa Santos, Boaventura de. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur.* Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad y Programa Democracia y Transformación Global, 2010.

Svallfors, Stefan y Peter Taylor-Gooby, eds. *The End of the Welfare State? Responses to state retrenchment.* London: Routledge, 1999.

The Economist Intelligence Unit (EIU). "Democracy Index 2021: the China Challenge", 10th February 2022. https://www.eiu.com/public/topical_report.aspx?campaignid=DemoIndex21.

Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA). *The Global State of Democracy 2021. Building Resilience in a Pandemic Era.* Strömsborg, 2021. https://www.idea.int/gsod/sites/default/files/2021-11/the-global-state-of-democracy-2021_1.pdf.

Thio, Li-Ann. "Constitutionalism in Illiberal Polities". En *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Editado por Michel Rosenfeld y András Sajó. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Torre Rangel, Jesús Antonio de la. *Del pensamiento jurídico contemporáneo. Aportaciones críticas.* México: Escuela Libre de Derecho y Miguel Ángel Porrúa, 1992.

Torre Rangel, Jesús Antonio de la. *Tradición iberoamericana de derechos humanos.* México: Porrúa y Escuela Libre de Derecho, 2014.

Torre Villar, Ernesto de la y Jorge Mario García Laguardia. *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano.* México: IIJ-UNAM, 1976.

Uprimny, Rodrigo. "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos." En *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Editado por César Rodríguez Garavito. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.

Valadés, Diego. *La dictadura constitucional en América Latina.* México: IIJ-UNAM, 1974.

Valadés, Diego. *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*, 2.ª ed. México: IIJ-UNAM, 2008.

Valadés, Diego y Miguel Carbonel, coords. *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI.* México: Cámara de Diputados e IIJ-UNAM, 2004.

Valencia Carmona, Salvador. *El poder ejecutivo latinoamericano.* México: UNAM, 1979.

Viciano Pastor, Roberto y Rubén Martínez Dalmau. *El nuevo constitucionalismo en América Latina.* Quito: Corte Constitucional, 2010.

Viciano Pastor, Roberto y Rubén Martínez Dalmau. *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

Vigo, Rodolfo L. *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo.* México: Porrúa, 2016.

Villabella Armengol, Carlos Manuel. "Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano". *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n.º 25 (2010).

Villabella Armengol, Carlos Manuel. *Derecho constitucional iberoamericano.* La Habana: Félix Varela, 2001.

Villabella Armengol, Carlos Manuel. "El constitucionalismo contemporáneo de América Latina. Breve estudio comparado". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 149 (2017).

Villabella Armengol, Carlos Manuel. "El presidencialismo latinoamericano. Mutaciones y gobernabilidad". *Revista Cubana de Derecho*, n.º 28 (2006).

Villabella Armengol, Carlos Manuel. *Nuevo constitucionalismo latinoamericano: ¿un nuevo paradigma?* México: Universidad de Guanajuato, Mariel y Juan Pablos Editor, 2014.

VV. AA. *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*. Vols. III y IV. México: IIJ-UNAM, 1988 y 1989.

Whitehead, Laurence. "Latin American Constitutionalism: Historical Development and Distinctive Traits". En *New Constitutionalism in Latin America: Promises and Practices*. Editado por Almut Schilling-Vacaflor y Detlef Nolte. New York: Routledge, 2012.

Wolkmer, Antonio-Carlos. *Teoría crítica del derecho desde América Latina*. Traducido por A. Rosillo. México: Akal, 2017.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXVIII, BOGOTÁ, 2022, PP. 425-449, ISSN 2346-0849

Luis Palacios Sanabria* **(Venezuela)**
Agustín Soto Gidi** **(Chile)**

El camino chileno hacia una nueva constitución

RESUMEN

Este artículo de investigación aborda el proceso constituyente chileno iniciado en noviembre de 2019 a partir de tres dimensiones. La primera se centra en la revisión de antecedentes que dan cuenta del prolongado debate sobre el cambio constitucional. La segunda atiende las reglas constitucionales para el reemplazo de la Constitución vigente, y la tercera presenta una mirada a las principales transformaciones contenidas en el primer borrador del proyecto de nueva constitución. Este texto pretende contribuir a la comprensión de las nociones básicas de la discusión constitucional y de las etapas del proceso que articula un eventual cambio del ordenamiento chileno.

Palabras clave: constitución; proceso constituyente; Chile.

The Chilean path towards a new Constitution

ABSTRACT

This research article addresses the Chilean Constituent Process initiated in November 2019, based on three dimensions. The first focuses on a review of the history that gave rise to the prolonged debate about constitutional change. The second addresses the constitutional rules for the replacement of the current Constitution. And the third looks at the main transformations contained in the first draft of the proposed new Constitution. The article aims to contribute to an understanding of the basic notions

* Docente investigador y director del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad San Sebastián, Chile. Esta investigación contó con el apoyo de la Vicerrectoría de Investigación y Doctorado de la Universidad San Sebastián: Proyecto USS-FIN-23-DOCI-01. luis.palacios@uss.cl / código orcid: 0000-0003-0071-4321.

** Profesor ayudante de Instituciones Políticas, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad San Sebastián, Chile. asotog@correo.uss.cl / código orcid: 0000-0003-2707-9575.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

of the constitutional discussion and the stages of the process that will eventually change the Chilean legal system.

Keywords: Constitution; Constituent Process; Chile.

Der chilenische Weg zu einer neuen Verfassung

ZUSAMMENFASSUNG

Diese Untersuchung beschäftigt sich in drei Dimensionen mit dem im November 2019 eingeleiteten Verfassungsgebungsprozess in Chile. Die erste Dimension konzentriert sich auf die Durchsicht der Vorgeschichte, aus der die Dauer der Debatte über die Verfassungsreform hervorgeht. Sowohl die zweite Dimension, die sich mit den in der Verfassung festgelegten Regeln für den Ersatz der geltenden Verfassung befasst, als auch die dritte gehen auf die wichtigsten, im ersten Entwurf der neuen Verfassung enthaltenen Transformationen ein. Der vorliegende Text beabsichtigt, einen Beitrag zum Verständnis der grundlegenden Fragen der Verfassungsdiskussion sowie zu den Etappen des Prozesses zu leisten, der die mögliche Änderung der chilenischen Grundordnung formuliert.

Schlagwörter: Verfassung; Verfassungsgebungsprozess; Chile.

1. Antecedentes

1.1. La (i)legitimidad de la Constitución Política de 1980

A la fecha de elaboración de esta investigación se presentó el primer borrador de la propuesta constitucional encomendada a la Convención Constitucional.[1] Esta actividad marca un hito relevante para el quehacer de este órgano, cuyas labores comenzaron el 4 de julio de 2021, por cuanto se estaría logrando sepultar el legado del régimen militar de acuerdo con la visión generalizada en el ámbito político. En efecto, se considera que la Constitución Política de la República vigente presenta un texto normativo incapaz de desligarse de su génesis.

Existe una noción que se enquistó en la norma fundamental chilena y que ha afectado su vigencia, incluso desde antes de ser promulgada, y se suele señalar hasta hoy: es la Constitución de Pinochet y Guzmán. Según cercanos y estudiosos de la biografía de Guzmán, aun cuando en la Constitución de 1980 participaron los miembros de la Comisión Ortúzar, el Consejo de Estado, la Junta de Gobierno y,

[1] Las facultades y el procedimiento para elaborar una nueva Constitución se encuentran contenidas en la Ley 21.200 que modifica el Capítulo XV de la CPR actual. Para más información se sugiere revisar la norma disponible en la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, acceso el 18 de mayo de 2022, https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1140340.

además, luego fue plebiscitada, resulta innegable que la mano de Guzmán es parte sustancial del texto; aquí su célebre frase:

> La Constitución debe procurar que, si llegan a gobernar los adversarios, se vean constreñidos a seguir una acción no tan distinta a la que uno mismo anhelaría, porque –valga la metáfora– el margen de alternativas que la cancha imponga de hecho a quienes juegan en ella sea lo suficientemente reducido para ser extremadamente difícil lo contrario.[2]

En la misma línea, Castro sostiene que Guzmán no solo fue determinante en la discusión de los contenidos de la nueva carta fundamental, sino en una cuestión previa pero igualmente importante: la decisión de la Junta de Gobierno de promulgar una nueva constitución. La idea de Guzmán de que Chile necesitaba una nueva carta queda reflejada en un texto publicado en agosto de 1973 y firmado por la Federación de Estudiantes de la Universidad Católica de Chile (FEUC) y la Federación de Estudiantes de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (FEUC-V) titulado "Hacia una nueva institucionalidad a través de la renuncia de Allende". Guzmán ya planteaba un nuevo camino constitucional y no la restauración del orden quebrantado.

En concordancia con lo señalado es que se observa una relación indisoluble entre el mundo militar y civil en el origen de la Constitución chilena que hasta el presente sigue erosionando la legitimidad política del texto fundamental en nuestra institucionalidad. Pero, antes de seguir ahondando en esta idea es necesario hacer un breve repaso histórico, desde la instalación de la Junta en el poder, hasta la promulgación del texto.

1.2. Proceso constituyente chileno en la segunda mitad del siglo XX: reconstruyendo la institucionalidad quebrada

El 22 de agosto de 1973 se celebraron las sesiones 32 y 33 de la Cámara de Diputados de Chile. En aquellas se discutió la situación política y legal que afectaba al país en ese entonces. En ellas, por 81 votos a favor y 47 en contra –estos últimos correspondieron a los defensores de la posición del Gobierno–, se aprobó un proyecto de acuerdo, donde se detallan una serie de acciones desarrolladas por el Ejecutivo que, a juicio del Legislativo, constituyen abiertas y graves violaciones de los derechos de las personas, la Constitución y las leyes vigentes.

En la misma línea, incluso, se señala:

---

[2] Antonieta de la Fuente, "La influencia de Jaime Guzmán en la Constitución del ´80: mitos y verdades", *Diario La Tercera*, 3 de abril de 2020, https://www.latercera.com/reconstitucion/noticia/la-influencia-de-jaime-guzman-en-la-constitucion-del-80-mitos-y-verdades/3DEDI7WOAFAULBTLN3W22MDQAE/.

> Es un hecho que el actual Gobierno de la República, desde sus inicios, se ha ido empeñando en conquistar el poder total, con el evidente propósito de someter a todas las personas al más estricto control económico y político por parte del Estado y lograr de ese modo la instauración de un sistema totalitario, absolutamente opuesto al sistema democrático representativo, que la Constitución establece.[3]

En el mismo acuerdo se conviene representar a distintas autoridades para que depongan sus actitudes contrarias al orden establecido y pongan fin a la ejecución de actos que quebrantan el orden institucional vigente. Entre las autoridades se encuentra el expresidente de la República Salvador Allende y los ministros de Estado, miembros de las Fuerzas Armadas y del Cuerpo de Carabineros.[4] Con posterioridad a este llamado de atención al Gobierno, el país continuó polarizándose hasta un punto de no retorno que culmina el 11 de septiembre del mismo año, cuando se produce el golpe de Estado.

La Junta de Gobierno, mediante los decretos leyes 1, 128, 788, 1064 y 1319, se había atribuido la potestad constituyente, derogando de facto la Constitución de 1925 y el sistema institucional que la acompañaba. En efecto, las normativas citadas establecen las bases para la reconfiguración del orden interno del país mientras que, al mismo tiempo, se crea una nueva institucionalidad. Es importante que estudiemos someramente los decretos señalados:

> Decreto Ley 1. Promulgado el 11 de septiembre de 1973: en sus considerandos establece que la Fuerza Pública, formada constitucionalmente por el Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea y el Cuerpo de Carabineros representa la organización que el Estado se ha dado para el resguardo y la defensa de su integridad física y moral, y de su identidad histórico-cultural. Establece además la constitución de la Junta de Gobierno, la cual asume el mando supremo de la nación, planteando, según detallada el Decreto, el compromiso de restaurar la chilenidad, la justicia y la institucionalidad quebrantadas, y de permitir que la evolución y el progreso del país se encaucen por los caminos

---

[3] Biblioteca del Congreso Nacional, "Proyecto de Acuerdo", Cámara de Diputados, Legislatura 1973, https://www.bcn.cl/laborparlamentaria/wsgi/consulta/verParticipacion.py?idParticipacion=792441.

[4] Puntos Primero y Segundo de la parte resolutiva del acuerdo sobre el "Grave quebrantamiento del orden constitucional y legal de la República", adoptado por la Cámara de Diputados. Consta en Acta de sesión ordinaria 33 de la Cámara de Diputados de 22 de agosto de 1973, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, acceso el 18 de mayo de 2022, https://www.bcn.cl/historiapolitica/corporaciones/periodo_detalle?inicio=1973-05-21&fin=1973-09-10&periodo=1925-1973&cam=Diputados.

que la dinámica de los tiempos actuales exige a Chile en el concierto de la comunidad internacional de que forma parte.[5]

Decreto Ley 128. Promulgado el 12 de noviembre de 1973: su fin principal es aclarar el sentido y alcance del Decreto 1 en cuanto deja expresa constancia de que la Junta de Gobierno ha asumido el ejercicio del poder constituyente, Ejecutivo y Legislativo. Además, fija reglas de derogación de las disposiciones constitucionales vigentes y la forma en que los gobernantes ejercerán el poder.[6]

Decreto Ley 788. Promulgado el 2 de diciembre de 1974: esta disposición dicta normas sobre el ejercicio del poder constituyente. Ratifica que en la Junta radica esta facultad, cuya materialización, junto a la potestad legislativa, se realiza mediante la expedición de decretos ley con la firma de todos los miembros de la Junta de Gobierno y cuando estos lo estimen conveniente con la de el o los ministros respectivos.

Por último, detalla una serie de criterios a través de los cuales se desarrolla y ejecuta la facultad constituyente, es decir, normas de derogación, interpretaciones, entre otros.[7]

Decreto Ley 1064. Promulgado el 25 de octubre de 1973: designa una Comisión para que estudie, elabore y proponga un anteproyecto de una nueva Constitución política del Estado y de sus leyes complementarias. Esta comisión se relacionaría con el Gobierno mediante el Ministerio de Justicia e indica a sus integrantes: Sr. Sergio Diez Urzúa, Sr. Enrique Evans de la Cuadra, Sr. Jaime Guzmán Errázuriz, Sr. Gustavo Lorca Rojas, Sr. Enrique Ortúzar Escobar, Sr. Jorge Ovalle Quiroz y Sr. Alejandro Silva Bascuñán. Asimismo, establece algunas normas generales respecto con el funcionamiento de esta Comisión.[8]

Decreto Ley 1319. Promulgado el 31 de diciembre de 1975: esta norma dispone la creación del Consejo de Estado cuyo rol consiste en ser el supremo cuerpo consultivo del presidente de la República en asuntos de gobierno y administración civil. Para esto enlista una serie cualidades necesarias para integrar este cuerpo y dispone algunas reglas generales para su funcionamiento.

El presidente de la República podía solicitar la opinión del Consejo de Estado en los siguientes asuntos: a) proyectos de reforma constitucional; b) proyectos de

---

[5] Decreto Ley 1, promulgado el 11 de septiembre de 1973, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, acceso el 18 de mayo de 2022, https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=237897.

[6] Decreto Ley 128, promulgado el 12 de noviembre de 1973, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, acceso el 18 de mayo de 2022, https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=5787&idVersion=1973-11-16&idParte=8255801.

[7] Decreto Ley 788, promulgado el 02 de diciembre de 1974, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, acceso el 18 de mayo de 2022, https://www.bcn.cl/leychile/navegar?i=204417.

[8] Decreto Ley 1064, promulgado el 25 de octubre de 1973, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, acceso el 19 de mayo de 2022, https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=279115.

decreto ley o aspectos determinados de los mismos relativos a materias de importancia de carácter económico, financiero, tributario, administrativo o social; c) celebración de tratados o convenios internacionales de gran significación para el país; d) convenios, contratos y negociaciones que, por su naturaleza, puedan comprometer el crédito o los intereses del Estado, y e) en cualquier otro asunto de trascendencia para la nación.[9]

Teniendo presente los cuerpos normativos que hicieron posible la elaboración de un nuevo texto constitucional podemos percatarnos de que se conjugan tres actores relevantes: la Comisión de Estudios de una Nueva Constitución (CENC) –conocida popularmente como la Comisión Ortúzar–, el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno.

1.3. Ilegitimidad de origen de la Constitución de 1980

Dentro de las diversas críticas que existen en contra de la Constitución vigente se encuentran algunas que destacan, particularmente, por el origen y hermetismo en el cual se gestó. Pasaremos a exponer aquellas que suelen ser repetidas con mayor fuerza en el ámbito político para enervar la eficacia de esta norma.

Para abordar este aspecto son útiles algunas nociones teóricas sobre el poder constituyente –cómo y quiénes lo ejercen– a fin de entender la razón de ser de este talón de Aquiles. Para esto nos basaremos, someramente, en lo señalado por Bassa,[10] quien es crítico del proceso de gestación de la Constitución de 1980 y de su contenido.

En su artículo, "Notas para una teoría democrática del poder constituyente"[11] parte de la idea de que es el pueblo quien, en un momento determinado de su historia, asume la función política de fijar el marco jurídico dentro del cual se desempeñará como comunidad estatal, en tanto sujeto activo de su regulación. Además señala que, en definitiva, es la voluntad del pueblo la única vía legítima para delegar el ejercicio del poder constituyente y fijar las actuaciones de los cuerpos públicos, con el fin de evitar que su ejercicio se torne perjudicial para sus comitentes.

Continúa señalando que la racionalidad del proceso constituyente y su aceptación por parte de la comunidad son elementos que determinan su legitimidad. Sin perjuicio de ello existe una amplitud de formas, que no se encuentran previamente establecidas, respecto a la forma y posibilidad para concretar la participación de la comunidad en el proceso. Esto admite la posibilidad de que, en caso de que la

---

[9] Decreto Ley 1319, promulgado el 31 de diciembre de 1975, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, acceso el 19 de mayo de 2022, https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=6567&idVersion=1976-01-09&idParte=.

[10] Integrante de la Convención Constitucional en representación del 7° Distrito, Región de Valparaíso. Vicepresidente de la Mesa de la Convención Constitucional entre el 4 de julio de 2021 y el 5 de enero de 2022, acceso el 19 de mayo de 2022, https://www.bcn.cl/historiapolitica/convencionales_constituyentes/ficha/Jaime_Bassa_Mercado.

[11] Jaime Bassa Mercado, "Notas para una teoría democrática del poder constituyente", *Revista Nomos*, n.° 1 (2008): 41-71.

comunidad no haya participado directamente en el proceso, pueda manifestarse mediante sistemas plebiscitarios ratificatorios.[12]

Concluye la idea anterior señalando que los procesos constituyentes que no representen directa o indirectamente la voluntad popular carecen de legitimidad democrática para imponer el nuevo ordenamiento jurídico. Y es precisamente esta noción la que consideramos relevante y que abordaremos prontamente. Sostiene, en concordancia con lo dicho, que hay dos elementos que caracterizan al poder constituyente como uno democrático y legítimo: 1) el órgano que redacte la constitución debe ser representativo del pueblo y reflejar el pluralismo político y social de la comunidad, aun cuando no haya sido elegido para este efecto; 2) el proyecto constitucional debe contar con la aprobación mayoritaria de la comunidad política, ya sea mediante referéndum ratificatorio o mediante algún sistema equivalente.[13]

Expuesto lo anterior, podemos relacionar esta base teórica con el proceso constituyente hasta ahora descrito. En efecto, bajo este prisma puede alegarse la ilegitimidad de origen de la Constitución chilena vigente por cuanto la Junta de Gobierno, a través de distintos decretos, ejerció la potestad constituyente. Fue además un proceso de elaboración que, en primera instancia, no tuvo participación ciudadana y donde se designaron los miembros de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución.

Por su parte, Atria Lemaitre sostiene:

> Yo creo que hay un problema grave de legitimidad en la constitución de 1980, no es un problema moral, que en su origen haya habido un acto inmoral de abuso, es un problema que está dado por su contenido y configura –esto yo creo que la define– tiene la finalidad de neutralizar al pueblo, de impedir que a través de la política se pueda cambiar el modelo político económico de la dictadura. Por esto, no es como una constitución democrática que permite habilitar al pueblo para actuar, es al contrario es una constitución que pretende neutralizar al pueblo. Ante la pregunta por qué la constitución tiene este contenido que la hace enteramente inaceptable, la respuesta evidentemente está en su origen, porque fue una constitución escrita por un conjunto de juristas convocados por un dictador. Hay una conexión entre el problema de la constitución y su origen, pero no es una conexión por así decirlo moral, que como el origen fue abusivo eso la hace insanablemente nula, no es eso, como el origen fue un origen abusivo su contenido es un abuso y como su contenido es un abuso, entonces hoy es tramposa.[14]

Si bien hemos podido percatarnos de que existe consenso en el mundo académico respecto a la ilegitimidad de la Constitución de 1980, es posible sostener un argumento alternativo, utilizando la misma base teórica.

---

[12] Bassa Mercado, "Notas para una teoría democrática del poder constituyente", 65.

[13] Bassa Mercado, "Notas para una teoría democrática del poder constituyente", 64.

[14] Atria Lemaitre, entrevista por J. P. Cárdenas, 17 de octubre de 2013.

En primer lugar, y ocupando la misma idea que Bassa, la legitimidad puede ser construida considerando que no fue solamente la Comisión "Ortúzar" la que redactó la Constitución de manera aislada ni, mucho menos, la que tuvo la última palabra. Lo anterior se ratifica a través del hecho de que el Consejo de Estado –recordemos que este organismo participó en la elaboración de la propuesta constitucional– estaba compuesto por distintos actores que constituían diversos pensamientos. Dentro de ellos se encontraban los expresidentes de la República –hay que recordar que todos fueron elegidos democráticamente–; a) un expresidente de la Corte Suprema; b) un excontralor general de la República; c) un excomandante en jefe del Ejército; d) un excomandante en jefe de la Armada; e) un excomandante en jefe de la Fuerza Aérea; f) un exgeneral director de Carabineros; g) un exministro de Estado; h) un exdiplomático con categoría o rango de embajador; i) un exrector de las universidades del Estado o de algunas de las reconocidas por este; j) un profesor o exprofesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de cualesquiera de las universidades indicadas en el literal precedente; k) un profesor o exprofesor de la Facultad de Ciencias Económicas de cualesquiera de las universidades indicadas en el literal i); l) una persona representativa de las actividades profesionales colegiadas; ll) una persona representativa de la actividad empresarial; m) un trabajador, empleado u obrero, representativo de la actividad laboral; n) un representante de una organización femenina, y ñ) un representante de la juventud.[15]

En concordancia con lo señalado, se destaca el hecho de que el Consejo de Estado y la Comisión de Estudios presentaron una propuesta de nueva Constitución a la Junta de Gobierno. Esto quiere decir que ninguno de estos cuerpos colegiados se atribuyó la potestad constituyente. Fernández adhiere a esta idea y señala que la Comisión tenía la misión de elaborar un anteproyecto de nueva constitución, por lo cual era presumible suponer que este texto sería objeto de alteraciones hasta llegar a ser revisado y aprobado por el poder constituyente que recaía en la Junta de Gobierno. Esto permite evidenciar que ni la Comisión ni el Consejo de Estado gozaban de la potestad constituyente. Estos solo fueron designados para la misión ya señalada.[16]

Cabe destacar, además, que ya entregada la propuesta a la Junta de Gobierno, esta decide someter a plebiscito el texto finalizado. Esto se materializa a través de la expedición del Decreto Ley 3465 de 1980. Esta norma convoca al acto ratificatorio y fija las reglas para su ejecución. Ciertamente, el plebiscito en cuestión no ha estado exento de críticas. Este proponía que, ante la ausencia del Tribunal Calificador de Elecciones y la Dirección de Registro Electoral, los alcaldes (designados por la autoridad política), tendrían un rol fundamental en el control del proceso de votación, lo que hizo cuestionable tanto el proceso electoral como los resultados finales. Con un

---

[15] Artículo 2º del Decreto Ley 1319 que crea el Consejo de Estado, acceso el 19 de mayo de 2022, https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=6567&idVersion=1976-01-09&idParte=.

[16] Miguel Ángel Fernández, "Origen, legitimidad y consolidación de la Constitución", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, n.º XXII (2001): 321-340.

65,71% de los sufragios a favor, los resultados del plebiscito dieron por aprobada la nueva carta fundamental. El texto constaba de 120 artículos permanentes –incluidos en 14 capítulos– y 29 disposiciones transitorias.[17]

Fernández concuerda con el punto anterior señalando que no existían registros electorales, que la individualización del votante no resultaba certera ni fidedigna, que no existían mecanismos de impugnación y que, además, se había efectuado bajo estado de emergencia, un mecanismo de excepción constitucional que plantea restricciones a las libertades. En la misma línea, Fernández, recuerda lo señalado por la directiva del Partido Demócrata Cristiano en aquel momento histórico: que el plebiscito carecía de toda validez. Asimismo, todos los actos que se ejecutaran en el ejercicio de los poderes emanados del texto aprobado eran igualmente ilegítimos y sin valor.[18]

Con todo, si bien las críticas al plebiscito de 1980 dan cuenta de un proceso plagado de vicios contra la integridad electoral, es correcto también considerar los actos posteriores que implicaron una auténtica ratificación popular de la Constitución vigente. Esto último en referencia a las posteriores reformas que se sucedieron en el marco de la ruta política trazada para la transición hacia la democracia. En este camino, la norma propuesta por la dictadura sufre importantes reformas incluso antes de su plena vigencia, las cuales fueron aprobadas mediante plebiscito por una amplia mayoría del electorado en julio de 1989. Según la mirada de Bassa, dicho acto es manifestación de una titularidad del poder constituyente que fue retenida por el pueblo en 1973 y retomada para su auténtico ejercicio en 1989, mediante el acto de ratificación democrática de las reformas acordadas y el posterior juramento a la Constitución que realiza el nuevo presidente de la República en 1990.[19]

Esta idea parece hacer notar que la difícil cuestión de la legitimidad tiene mucho del contexto histórico político, el cual va dando cuenta de los contornos de interacción entre las disposiciones constitucionales y sus destinatarios. La lectura de la tradición constitucional chilena a partir de 1973 no puede omitir la compleja relación con el origen de su Constitución actual, pero eso también pasa por reconocer los actos posteriores de ratificación democrática mediante mecanismos directos o a través de representantes con suficiente legitimidad política.[20]

Por último, cabe destacar la crítica generalizada a los enclaves autoritarios y la democracia protegida. Nos referimos entonces a ciertas disposiciones constitucionales que aseguraban una cuota de poder en la esfera de decisiones políticas a determinados grupos. En efecto, se consagraba el rol tutelar de las Fuerzas Armadas y Carabineros para garantizar el orden institucional de la República, la proscripción

---

[17] Plebiscito aprueba nueva Constitución Política, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, acceso el 20 de mayo de 2022, https://www.bcn.cl/historiapolitica/elecciones/detalle_eleccion?handle=10221.1/63186&periodo=1973-1990.

[18] Fernández, "Origen, legitimidad y consolidación de la Constitución", 321-340.

[19] Hermann Heller, *Teoría del Estado. México* (México: Fondo de Cultura Económica, 1971), 316.

[20] Bassa Mercado, "Notas para una teoría democrática del poder constituyente", 67.

de todo partido político que coincidiera con determinados rasgos distintivos –se alude indirectamente al Partido Comunista y similares–, senadores designados y vitalicios y el Consejo de Seguridad Nacional (Cosena).[21]

Para finalizar el desarrollo de la (i)legitimidad de la Constitución de 1980, es necesario hacer algunas breves reflexiones.

En primer lugar, toda la institucionalidad ha desarrollado y ejecutado sus funciones en virtud de la Constitución vigente, por lo tanto, no tiene sentido seguir promoviendo la idea sobre su ilegitimidad. Si tenemos presente la teoría del árbol envenenado, entonces, todo lo que conocemos está viciado y adolece de nulidad. Incluyendo todas las elecciones, gobiernos, Congreso, leyes y demás autoridades que han desempeñado funciones desde la entrada en vigor de la carta magna, e incluso la misma Convención Constituyente. Sin perjuicio de que hoy se arrogan la potestad constituyente originaria.

En segundo lugar, es importante tener presente que todos aquellos elementos que componían la denominada "democracia protegida" –enclaves autoritarios– ya no forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. Recordemos que son parte sustancial de las críticas hechas al cuerpo normativo fundamental.

Por último, teniendo presentes las mismas ideas de Bassa, fue el pueblo quien manifestó la voluntad de ratificar las reformas del texto constitucional en el plebiscito de 1989. Es decir, fue una de las tantas formas en las cuales el pueblo podía manifestar la potestad constituyente que en él recae.

Si bien no es el propósito de este artículo argumentar la legitimidad de la Constitución de 1980, sí se considera importante formular una visión distinta, dado que sirve de base para un diálogo cívico sano y enriquecedor de la cuestión constitucional.

1.4. La demanda por una nueva constitución

Ya analizamos materias y normas sumamente relevantes para entender el camino chileno a un nuevo pacto social. Abordamos parte de la discusión sobre la legitimidad de la norma fundamental y las posiciones encontradas al respecto. Así mismo, analizamos las fuentes normativas que dieron lugar a la génesis del texto de 1980. Sin perjuicio de ello, no revisaremos en este apartado, con minuciosidad, la Ley 21.200 que reforma el Capítulo XV del texto actual y que permite el proceso constituyente en curso, por cuanto se estudiará en detalle en el próximo apartado de esta investigación.

Mucho se ha dicho en la discusión pública respecto al momento en que se intensificó el deseo de Chile por una nueva carta magna. Este tomó un poco de fuerza recién terminando la administración de la Concertación en el Gobierno. Fue la Nueva Mayoría, presidida por la expresidenta Michelle Bachelet, quien puso el tema

[21] Se sugiere revisar la versión original del texto Constitucional, acceso el 20 de mayo de 2022, https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/60446/3/132632.pdf.

en la mesa. Culmina la administración de Bachelet II, y en su último aire, ingresa un proyecto de reforma constitucional al Congreso.

"No fumemos opio, no generemos una falsa expectativa. No generemos sueños que no se puedan cumplir. Yo no soy de las personas que les gusta hacer demagogia. Yo sé que mi franqueza a muchos no les gusta".[22] Esas fueron parte de las declaraciones del expresidente del Senado, Escalona, el año 2012 frente a la idea de establecer una Asamblea Constituyente para que redactara una nueva Constitución. Llama la atención que, incluso representantes de la en ese entonces mayor coalición de izquierda, no tenían como prioridad el cambio de la Constitución.

Para ratificar la idea plasmada quisiéramos destacar aquellas materias prioritarias para los chilenos que eran arrojadas en las encuestas de Agenda Ciudadana de Criteria Research[23] y Pulso Ciudadano de Activa Research.[24] Es importante señalar que la información entregada no se considera exhaustiva, pero sí configura una idea del comportamiento en la opinión de la población en el lapso temporal que abarca.

La encuesta Agenda Ciudadana, en su estudio del mes de diciembre de 2018, concluye que las cinco primeras prioridades de los chilenos son: salud, educación, pensiones/jubilación y delincuencia. En ningún caso figura una reforma constitucional. En el mes de marzo de 2019 no existe variación en las primeras cuatro prioridades. Se agrega la necesidad de una reforma tributaria y laboral. Tampoco figura la reforma constitucional.

Ya en octubre del mismo año recién aparece el concepto de nuevo pacto social. Al ser consultados por el significado atribuido a un nuevo pacto social, los términos más recurrentes son: mentira, equidad, salud y pensiones. Luego, aparecen los conceptos: mejoras, constitución, sueldos, educación y corrupción. Es decir, dentro de diversas ideas, entremedio, recién surge la idea de cambiar el texto fundamental.

Por su parte, en el estudio del mes de julio de 2019 de Pulso Ciudadano de Activa Research, de un total de 22 temas relevantes, los primeros cinco coinciden casi en su totalidad con lo señalado por la encuesta anterior. En ningún caso figura el texto fundamental. En septiembre del mismo año vuelven a figurar los mismos temas relevantes para la ciudadanía, pero en distinto orden de prelación: delincuencia, salud, pensiones/jubilación, desempleo y corrupción. Sigue sin aparecer una reforma constitucional.

El estudio de octubre fue realizado entre el 10 y el 30 de ese mes y su lanzamiento fue en noviembre. Ahí tampoco figura la opción constitucional como una prioridad ciudadana. Ahora bien, se realizó un estudio especial de la crisis social, cuya fecha

---

[22] Camilo Escalona, "No fumemos Opio", *24 Horas*, 3 de septiembre de 2012, acceso el 20 de mayo de 2022, https://www.24horas.cl/politica/escalona-y-asamblea-constituyente-no-fumemos-opio-294005.

[23] Encuestas e información completa en https://www.criteria.cl/wp-content/uploads/2019/05/ACC-Diciembre-2018.pdf.

[24] Encuestas e información en https://chile.activasite.com/wp-content/uploads/2020/01/Pulso-Ciudadano-Julio.pdf.

de realización fue entre el 22 y 23 de octubre de 2019. Recién ahí, frente al planteamiento "Medidas que debería tomar el Gobierno para superar la situación actual" (estallido social), es cuando en cuarto lugar de preferencias aparece proceso constituyente y nueva constitución.

Para cerrar esta idea destacamos las declaraciones de Sutil, las cuales pueden resultar muy ilustrativas para explicar el motivo de la baja adherencia a la opción de una nueva constitución, hasta los eventos de octubre de 2019:

> En medio de este debate, la mayoría de los que proponen la idea de una nueva Constitución nada dicen, aún, acerca de su contenido, y los pocos que se refieren a ello propugnan sus propios ideales y no pocas veces incurren en un mal muy latinoamericano: el de impulsar las últimas y efímeras ideas en boga en los seminarios internacionales de teoría constitucional y filosofía política, olvidando auscultar los ideales de la comunidad política; como si hacer una nueva Constitución no exigiera debatir, en procesos de rica y abierta deliberación de ideas y de máxima participación y apelación a la soberanía popular, las reglas esenciales que servirán para resolver mañana las legítimas diferencias y las inevitables polémicas que generan los asuntos públicos, de modo que todos puedan aceptar como razonablemente justas y representativas las decisiones que se adopten conforme a la Constitución.[25]

Sin perjuicio de lo anterior, el proceso constituyente en curso daría su puntapié inicial mediante el "Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución"[26] celebrado el 15 de noviembre de 2019, concretándose mediante la publicación de la Ley 21.200 que reforma el Capítulo XV de la Constitución y fija el procedimiento para elaboración de una nueva Constitución.

2. La Ley 21.200 como cláusula de reemplazo de la Constitución vigente

2.1. Regulación constitucional del proceso constituyente

El 15 de noviembre de 2019, producto de las numerosas movilizaciones de la ciudadanía, las fuerzas políticas representadas en el Congreso Nacional suscribieron el Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución. Dicho acuerdo representa un

---

[25] Jorge Correa Sutil, "¿Ha llegado la hora de una nueva constitución?", en *Anuario de Derecho Público* (Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2013), 21-35.

[26] Se sugiere revisar el documento en la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, acceso el 20 de mayo de 2022, https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76280/1/Acuerdo_por_la_Paz.pdf.

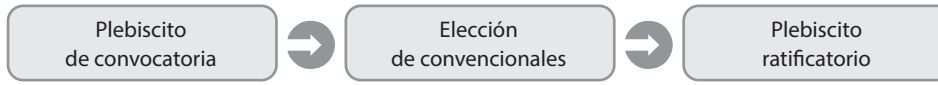
hito político fundamental, al establecer las bases para avanzar en una reforma a la Constitución vigente, consistente en la definición e incorporación de una cláusula de reemplazo constitucional mediante el procedimiento de una convención constituyente.

El Acuerdo estableció el marco de actuación del órgano constituyente y el compromiso de superar la Constitución de 1980 a través de un procedimiento democrático. Es decir, se deja de lado el camino de las reformas sustanciales al texto actual y se emprende un camino innovador centrado en la elaboración de una nueva norma fundamental que parta de una "hoja en blanco". En palabras de Contreras, para este proceso no existe una norma por defecto.[27]

Adicionalmente, el Acuerdo estableció las reglas generales y los límites a partir de los cuales operaria la Convención, los cuales fueron posteriormente constitucionalizados a través de la Ley 21.200 de Reforma Constitucional, incorporando al Capítulo XV el conjunto de enunciados normativos que conforman la cláusula de reemplazo constitucional.

Dicha cláusula considera al menos tres etapas centrales del proceso: primero, el plebiscito de convocatoria (entrada); segundo, la elección de los representantes a la Convención y, tercero, el plebiscito ratificatorio (salida).

Etapas centrales del proceso constituyente



Fuentes: Elaboración propia.

Igualmente, la referida cláusula aborda las normas de constitución, instalación y funcionamiento del órgano constituyente, y señala que a tales fines se optó por un órgano de naturaleza asamblearia y representativo, denominado Convención Constitucional. A continuación, se explican los elementos centrales del procedimiento para elaborar una nueva constitución de la República conforme a lo establecido en los artículos 130 y siguientes, e igualmente se da cuenta de la concreción de cada una de las etapas.

2.2. Convocatoria y plebiscito

El artículo 130 refiere la convocatoria al Plebiscito Nacional, que correspondió al presidente de la República realizarla tres días después de la entrada en vigor del artículo. Conforme al segundo y tercer apartados del citado artículo, el plebiscito

[27] Pablo Contreras, "¿Cómo haremos una nueva constitución (y por qué será mejor que la que tenemos)?", en Rocío Lorca, Pablo Marshall, Nicole Selamé, *La hoja en blanco, claves para conversar sobre una nueva constitución* (Santiago de Chile: La Pollera Ediciones, 2020), 170.

realizado el domingo 25 de octubre convocó a los electores habilitados para resolver si aprobaban o rechazaban la sustitución de la Constitución actual a través de la pregunta formulada en la primera papeleta: ¿Quiere usted una nueva Constitución? Acto seguido, mediante la segunda papeleta, debían pronunciarse sobre el tipo de órgano llamado a redactar la nueva Constitución. Al respecto, fueron propuestas dos alternativas: la Convención Mixta Constitucional o la Convención Constitucional.

La primera, la mixta constitucional, se integraría en partes iguales por miembros elegidos popularmente y parlamentarios o parlamentarias en ejercicio y, la segunda, la Convención Constitucional (sin apellido), se integraría exclusivamente por miembros elegidos popularmente. En el plebiscito, con una histórica participación, los electores aprobaron la convocatoria al proceso constituyente y optaron por una convención integrada exclusivamente por miembros elegidos popularmente.[28]

Resulta especialmente ilustrativo el cuadro desarrollado por Fuentes y Lovera para distinguir entre la Convención Mixta Constitucional y la Convención Constitucional en cuanto sistema de estructura del órgano constituyente.

Cuadro comparativo entre la Convención Mixta Constitucional y la Convención Constitucional

	Mixta Constitucional	Convención Constitucional
Número de integrantes	172	155
Composición	50% congresistas 50% electos popularmente	100% electos popularmente
Función congresistas actuales	Congresista que integran la Convención podían cumplir doble función: legislativa y escribir la constitución	En el caso de congresistas deben renunciar a su cargo si desean competir para participar en la Convención
Dieta	Congresistas mantienen dieta actual Convencionales electos reciben 50 unidades tributarias mensuales	Convencionales reciben 50 unidades tributarias mensuales
Campañas electorales	Congresistas que son convencionales podrán competir por su reelección al Congreso y hacer campaña mientras participan en la Convención	Convencionales no podrían participar en campañas electorales para cargos de representación
Inhabilidad	No existe inhabilidad	Existe inhabilidad. No pueden competir por cargos de representación popular por un año

Fuente: Claudio Fuentes y Domingo Lovera, *Manual para la ciudadanía constituyente* (Santiago de Chile: Catalonia, 2020), 15-135.

[28] En esta elección votaron 7.569.082 electores, lo que representa el 50,95% del padrón electoral. La opción "Apruebo" obtuvo el 78,28 % de los votos y la opción "Convención Constitucional" el 79%.

2.3. Estatuto Electoral Constituyente e integración del órgano

Resuelta la convocatoria mediante el plebiscito de entrada, conforme a lo establecido en el último apartado del artículo 130, el presidente de la República convocó mediante decreto supremo exento, dentro de los 5 días siguientes a la comunicación del Tribunal Calificador de Elecciones, a la elección de los miembros de la Convención Constitucional, la cual se realizó el sábado 15 y el domingo 16 de mayo de 2021. Sobre el particular, resulta atípica la realización del acto electoral en dos jornadas continuas, lo cual respondió al contexto pandémico y a la incorporación de la elección de convencionales en el proceso electoral para elegir a las autoridades regionales y locales.

Igualmente, resultó atípico el estatuto electoral definido para el proceso, el cual, si bien replicó el sistema electoral propio de la Cámara de Diputados, consideró algunas innovaciones para potenciar la representación de grupos tradicionalmente excluidos del debate público y asegurar con ello la más amplia representación en el órgano. A tales efectos, hay que considerar que según el artículo 132 de la Constitución Política de la República (CPR), la edad mínima para postular al cargo de convencional fue de 18 años y ser titular de los derechos que otorga la ciudadanía, sin otro requisito, inhabilidad o prohibición, salvo las establecidas en la propia norma constitucional o en la Ley Orgánica sobre Votaciones Populares y Escrutinios.[29]

La Convención Constitucional está integrada por 155 ciudadanos electos, que representan a 28 distritos electorales.[30] Conforme a la regla de paridad desarrollada para este proceso, debió asegurarse un equilibrio entre hombres y mujeres, lo cual significó que a las mujeres se adjudicaran 77 escaños y a los hombres 78.[31] Igualmente, en una decisión histórica, se aseguró la representación de los pueblos originarios, mediante la reserva de 17 de los 155 escaños.[32] En los mismos términos, se fijaron reglas especiales para potenciar la elección de independientes.[33]

Hombres	Mujeres	Pueblos originarios	Independientes	Independientes postulados por partidos
78	77	17	48	40

Fuente: Elaboración propia con datos del Servicio Electoral, elección de convencionales constituyentes.

[29] Para mayor información sobre los requisitos de postulación e integración del órgano convencional, véase https://www.worklegal.cl/post/requisitos-para-ser-convencional-constituyente.

[30] Artículo 141 de la Constitución Política de la República.

[31] Disposición Transitoria Trigésima y Trigésima Primera de la Constitución Política de la República.

[32] Disposición Transitoria Cuadragésima Tercera de la Constitución Política de la República.

[33] Disposición Transitoria Vigésimo Novena de la Constitución Política de la República.

2.4. Funcionamiento de la Convención Constitucional

La sesión de instalación de la Convención Constitucional se realizó el 4 de julio de 2021, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 de la Constitución. Según la norma, en la primera sesión, la Convención elegirá entre sus miembros y por mayoría absoluta, a un presidente y a un vicepresidente. Este mandato se concretó con la elección de los convencionales Elisa Loncón y Jaime Bassa.

De la misma norma se desprende una importante regla que tiene antecedentes en el Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución, referida al *quorum* de aprobación de las normas, tanto aquellas relativas a sus reglamentos de funcionamiento interno como las que se van a incorporar en la propuesta constitucional. Se optó por un *quorum* supramayoritario de dos tercios, es decir, para aprobar las normas se requiere el voto favorable de por lo menos 103 de los 155 convencionales. Para Contreras, esta regla permitirá que la propuesta constitucional no sea de una facción o sector.[34]

Igualmente, se definió un marco temporal para el funcionamiento de la Convención. El artículo 137, en su primer apartado, establece un periodo de funcionamiento de nueve meses, el cual podrá prorrogarse por tres meses adicionales.

Además del límite temporal, también se observan límites robustecidos que dan cuenta de un poder constituyente constitucionalizado que ha de preservar ciertos principios característicos de la tradición constitucional chilena.[35] Sobre esto hay que considerar las disposiciones especiales del artículo 135 que señala la única competencia del órgano constitucional: producir la propuesta del texto constitucional, sin afectar el funcionamiento de los órganos constituidos. En los mismos términos, se ratifica la vigencia de la Constitución de 1980 hasta la aprobación del nuevo texto constitucional, destacando la conservación de la soberanía, del régimen republicano y democrático, y el reconocimiento de las sentencias judiciales firmes y de los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado que se encuentren vigentes. Esto plantea un marco de principios que rigió el funcionamiento de la Convención.

2.5. Rol de la Corte Suprema de Justicia

Para el actual proceso se definió un mecanismo de control judicial cuya competencia corresponde a la Corte Suprema. La norma del artículo 136 dota a la Corte de la competencia para conocer las reclamaciones por infracciones a las reglas de procedimiento establecidas en la Constitución y en sus acuerdos y reglamentos.

---

[34] Contreras, "Cómo haremos una nueva constitución constitución (y por qué será mejor que la que tenemos)?", 178.

[35] Pablo Ruiz Tagle, *Cinco repúblicas y una tradición. Constitucionalismo chileno comparado* (Santiago de Chile: Lom Editores), 2016, 23-54.

Sobre el particular, la Corte Suprema dictó el Auto Acordado 75-2021 que regula la tramitación de la reclamación de los procedimientos de la Convención Constitucional y establece un procedimiento de única instancia, cuya legitimidad procesal corresponde al menos a un cuarto de los miembros en ejercicio de la Convención, quienes deben suscribir la interposición del reclamo.

Este reclamo no podrá versar sobre el contenido de los textos en elaboración y conocerán del mismo cinco ministros de la Corte Suprema designados mediante sorteo.

Al admitirse el reclamo, le será requerido informe a quien presida la Convención y a quienes sostienen la moción reclamada, con un plazo de dos días para formularlo. Por su carácter sumario, una vez concluye el plazo del informe, el mismo día o el hábil siguiente se realizará la audiencia y, una vez verificada, la sentencia deberá dictarse dentro del plazo de tres días contados desde la conclusión de la vista de la causa.[36]

El efecto de declararse a lugar la reclamación es la anulación solo del acto impugnado.

3. Claves actuales de la discusión constituyente: entre la conservación y la refundación

Como se señaló al inicio de esta investigación, ya fue presentado el primer borrador del trabajo encomendado a la Convención Constitucional, sin perjuicio de que aún se encuentra en proceso de armonización y estructuración para llegar a ser un texto normativo coherente.[37] Por ello es que plantearemos las principales características y normas relativas a cuatro ejes fundamentales: forma de Estado, sistema político, régimen económico y derechos fundamentales.

3.1. Forma de Estado[38]

El borrador constitucional establece que Chile será un Estado plurinacional e intercultural que reconoce la coexistencia de diversas naciones y pueblos en el marco de

---

[36] El tribunal deberá resolver la reclamación dentro de los diez días siguientes al momento en que tuvo conocimiento del asunto.

[37] Este documento es un consolidado que reúne las normas aprobadas por el Pleno de la Convención Constitucional, ordenadas por comisión. La relación de números de los artículos obedece a lo dispuesto en los respectivos informes y no es el orden definitivo, ya que ese proceso deberá ser realizado por la Comisión de Armonización (actualizado el 14 de mayo de 2022). Documento oficial de la Convención Constitucional, https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/05/PROPUESTA-DE-BORRADOR CONSTITUCIONAL-14.05.22.pdf.

[38] Revisar los puntos 5, 6, 142, 143, 144 y 146 del borrador de propuesta constitucional, que corresponden a los artículos 4º, 5º, 1º, 2º, 3º y 5º respectivamente, acceso el 27 de mayo de 2022, https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/05/PROPUESTA-DE-BORRADOR-CONSTITUCIONAL-14.05.22.pdf.

la unidad del Estado. Al mismo tiempo, enuncia un listado de pueblos y naciones que son reconocidos por el Estado y permite que la ley pueda incluir otros con posterioridad. Establece que los pueblos y las naciones reconocidos tendrán derecho a autodeterminarse y autogobernarse. Además, tendrán derecho al pleno ejercicio de sus derechos colectivos e individuales, siendo un deber del Estado chileno el promover y garantizar tales facultades.

En la misma línea, y de forma paralela, se establece que Chile será un Estado regional, plurinacional e intercultural, formado por entidades regionales autónomas. Ello en un marco de solidaridad y equidad entre ellas, conservando y preservando la unidad e integridad del Estado.

Estas entidades territoriales se clasifican en regiones autónomas, comunas autónomas, autonomías territoriales indígenas y territorios especiales. Ellas poseen personalidad jurídica y patrimonio propio. Al mismo tiempo, se establece que Chile forma un territorio único e indivisible.

Para la prosecución de sus fines e interés, la referida autonomía tiene relación con el ámbito político, administrativo y financiero; pero en ningún caso el ejercicio de esta facultad puede implicar un atentado al carácter único e indivisible del Estado chileno, y menos su secesión territorial.

Frente a lo expuesto es importante hacer algunas reflexiones que permiten dilucidar ciertas incongruencias que escapan a la labor de la Comisión de Armonización, dado que son asuntos de fondo. En primer lugar, existe una constante pugna –en la teoría y probablemente se manifieste en la práctica– entre la unidad y el separatismo. Esto se demuestra con el gran y robusto reconocimiento, junto al superposicionamiento, que el Estado reconoce a los pueblos indígenas por sobre los chilenos, que se manifiesta a través de la capacidad para autodeterminarse y autogobernarse, permitiendo incluso la generación de tribunales indígenas y un derecho propio. Sin perjuicio de que el mismo texto fundamental establece las limitaciones para todos los casos de grupos y territorios autónomos, asegura y consagra el deber garantizar el pleno ejercicio de los derechos a los pueblos y naciones reconocidos por la Constitución y las leyes.

Es importante destacar que varias disposiciones además aluden a la autonomía de las regiones, comunas y territorios especiales, en lo administrativo, económico y político. Habiendo expuesto lo anterior, ¿qué ocurre frente a la voluntad indígena de desligarse del Estado chileno, tal como muchas comunidades demandan? ¿Qué prevalece, la autonomía reconocida a estos grupos o el carácter indivisible del Estado? ¿Es más importante la autonomía territorial o las decisiones centralizadas que hacen parte de las políticas de Estado?

Es importante realizar estas preguntas y sobre todo tener respuestas concretas y útiles. No parece compatible el espíritu autonomista que consagra esta propuesta con los límites establecidos que más bien parece huincha de papel intentado sujetar una pared de ladrillos.

3.2. Sistema político[39]

En este aspecto, la Convención Constitucional innova, ello por cuanto elimina al Senado y además establece un régimen político denominado "presidencialismo atenuado y bicameralismo asimétrico".[40]

La propuesta establece que el Poder Legislativo se compone del Congreso de Diputadas y Diputados y la Cámara de las Regiones. El primero será un órgano deliberativo, paritario y plurinacional que representa al pueblo. Interviene, además, en la formación de las leyes y ejercerá las demás facultades y atribuciones que le encomienden la Constitución y las leyes. Por su parte, la Cámara de las regiones posee las mismas características y, además, representa a las regiones e interviene en la formación de leyes de acuerdo regional junto con ejercer las demás facultades encomendadas por la norma fundamental.

Por su parte, el presidente de la República tendrá la potestad de dictar aquellos reglamentos, decretos e instrucciones que crea necesarios para la ejecución de las leyes. Además, tendrá la facultad para "concurrir" a la formación de leyes que recaigan en determinadas materias.[41] Cabe destacar que también se consagra un catálogo de atribuciones, y aquí me quiero detener brevemente. Las atribuciones, por definición, son cada una de las facultades o poderes que corresponden a cada parte de una organización pública o privada según las normas que las ordenen.[42] Dicho de otro modo, es la posibilidad que tiene una autoridad de hacer o no hacer algo de acuerdo con su voluntad. Por ello es que llama la atención que la primera atribución del presidente de la República sea "cumplir y hacer cumplir esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales, de acuerdo con sus competencias y atribuciones". Queda abierta así una puerta para que quien ostente el cargo pueda hacer y deshacer con total autoridad. Debería ser entonces un mandato inexcusable antes que una facultad.

Ahora bien, frente a las leyes que exigen concurrencia del presidente en su tramitación, es necesario manifestar que de acuerdo con lo revisado no se han establecido mecanismos ni sanciones para aquellas autoridades que eludan tal norma. Esto lo destacamos en virtud de lo vivenciado con los retiros anticipados de los fondos

---

[39] Revisar los puntos 7, 8, 11, 27, 30 y 56 del borrador de propuesta constitucional, que corresponden a los artículos 5º bis, 5º ter, 9º, 23º, 26º y 48º respectivamente, acceso el 27 de mayo de 2022, https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/05/PROPUESTA-DE-BORRADOR-CONSTITUCIONAL-14.05.22.pdf.

[40] Rodolfo Carrasco, "¿Qué implica el acuerdo para un presidencialismo atenuado y un bicameralismo asimétrico?", *Diario Financiero*, 29 de marzo de 2022, acceso el 27 de mayo de 2022, https://www.df.cl/df-constitucional/que-implica-el-acuerdo-para-un-presidencialismo-atenuado-y-un.

[41] En términos teóricos, es sinónimo de la facultad exclusiva del presidente en algunas materias de ley que se encuentran en la Constitución vigente.

[42] Definición obtenida de Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española* (Madrid: Espasa, 2014), acceso el 27 de mayo de 2022, https://dle.rae.es/atribución.

previsionales en los que, mediante disposiciones transitorias, algunos diputados promovieron una ley que escapaba de sus atribuciones, por cuanto todas las materias relativas a seguridad social son de iniciativa exclusiva del presidente de la República. Ello advierte desde ya la apertura de un flanco para posibles elusiones normativas.

Por último, se destaca el hecho de que la propuesta de Constitución promueva la autogobernanza de los distintos pueblos originarios y la consagración de su autonomía respecto al Estado de Chile, mientras que al mismo tiempo les entrega escaños reservados en todas las instancias de elección popular. Lo anterior es contradictorio con la idea fundamental de permitir que algunos pueblos/nación tengan autonomía política, financiera, administrativa y judicial.

3.3. Régimen económico[43]

La propuesta constitucional establece para todas las personas la libertad de emprender y desarrollar actividades económicas siempre que estas sean compatibles con los derechos consagrados en la misma Constitución y con protección de la naturaleza.[44] Se señala que el contenido y los límites de ese derecho serán determinados por leyes que regulen su ejercicio; manifiesta, además, una especial protección a las empresas de menor tamaño y a los consumidores.

Por otra parte, fija el derecho de propiedad para todas las personas, en todas sus especies y sobre toda clase de bienes. Corresponderá a la ley determinar el modo de adquirir la propiedad, su contenido, límites y deberes, conforme con su función social y ecológica. En la misma línea, dispone que el Estado reconoce la función social, económica y productiva de las cooperativas, conforme al principio de ayuda mutua, correspondiéndole fomentar su desarrollo.

Se establece el mecanismo para llevar a cabo las expropiaciones por causa de utilidad pública o interés general declarado por el legislador. Corresponde indemnización previa por el justo precio del bien. En cualquier caso, se establece la necesidad de que la expropiación sea debidamente fundada.

El Estado reconoce y garantiza, conforme a la Constitución, el derecho de los pueblos y las naciones indígenas a sus tierras, territorios y recursos. Se fija además una especial protección de la cual gozará la propiedad indígena; asimismo, se deben establecer instrumentos jurídicos eficaces para el catastro, así como para su regularización, demarcación, titulación, reparación y restitución.

---

[43] Revisar los puntos 251, 255, 256, 257, 265, 331 y 332 del borrador de propuesta constitucional, que corresponden a los artículos 14º, 18º, 20º, 21º, 46º, 32º y 34º respectivamente, acceso el 28 de mayo de 2022, https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/05/PROPUESTA-DE-BORRADOR-CONSTITUCIONAL-14.05.22.pdf.

[44] A diferencia del texto constitucional vigente, que establece el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

El Estado podrá participar en la economía para cumplir con los objetivos establecidos en la Constitución. Además, tendrá iniciativa pública en la actividad económica y para desarrollar actividades empresariales.[45] El rol económico se fundará en los principios de solidaridad, diversificación productiva, economía social y solidaria, y pluralismo económico. El Estado regulará, fiscalizará, fomentará y desarrollará actividades económicas, disponiendo de sus potestades públicas, en el marco de sus atribuciones y competencias, de conformidad con lo establecido en la Constitución.

Corresponde señalar que se aprecia una regulación escueta y discriminatoria respecto a la Constitución vigente. Ello se manifiesta en la menor cantidad de artículos destinados a organizar el régimen económico, y a la poca protección entregada a las personas y organizaciones frente a la acción u omisión del Estado, como también en el hecho de que se fijan disposiciones discriminatorias a favor de los pueblos indígenas por sobre el resto de la población. Los primeros gozan de especial protección, mientras que los segundos están sujetos a la regulación y limitación que establece el Estado a través de las leyes que fijan el contenido del derecho de propiedad y el desarrollo de actividades económicas.

3.4. Derechos fundamentales[46]

La propuesta constitucional señala que los derechos fundamentales son inherentes a la persona humana, universales, inalienables, indivisibles e interdependientes. El Estado debe respetar, proteger, garantizar y promover la plena satisfacción y ejercicio de los derechos fundamentales como también adoptar las medidas necesarias para eliminar todos los obstáculos que puedan limitar su realización.

Se fija el principio de progresividad y no regresión de los derechos fundamentales, es decir, se deben adoptar todas las medidas necesarias para lograr de manera progresiva su plena satisfacción. Ninguna medida podrá tener carácter regresivo que disminuya, menoscabe o impida injustificadamente su ejercicio. Asimismo, propenderá a la progresividad el financiamiento de estos derechos.

Las personas naturales son titulares de los derechos fundamentales y estos podrán ser ejercidos y exigidos individual o colectivamente. Los pueblos y las naciones indígenas serán titulares de derechos fundamentales colectivos. Por último, la naturaleza será titular de los derechos reconocidos por la Constitución.

---

[45] Su creación y régimen jurídico deberá ser establecido por una ley. Debido a que no existe distinción, suponemos una ley ordinaria cuya aprobación sea por simple mayoría.

[46] Revisar los puntos 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 249, 250 251, 252, 253, 254, 255, 257, 258, 259, 263, 264, 266, 267, 268, 269, 271, 272, 273, 274, 275, 277, 278, 279, 280, 284, 289 y 290 del borrador de propuesta constitucional, que corresponden a los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 12º, 13º, 14º, 15º, 16º, 17º, 18º, 21º, 23º, 24º, 44º, 45, 47º, 50º, 1º, 2º, 4º, 7º, 8º, 9º, 10º, 12º, 13º, 14º, 15º, 19º, 21º y 22º respectivamente, acceso el 28 de mayo de 2022, https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/05/PROPUESTA-DE-BORRADOR-CONSTITUCIONAL-14.05.22.pdf.

El catálogo de derechos fundamentales fijados por el borrador constitucional incluye los derechos y las libertades clásicas y avanza en innovaciones como los derechos sexuales y reproductivos; el derecho a la educación sexual integral; el derecho a la tierra, los territorios y los recursos; los derechos de los chilenos en el exterior; el derecho de reparación a las víctimas de violaciones de los derechos humanos; el derecho a la vivienda; el derecho a la ciudad y al territorio; el derecho al trabajo decente, al cuidado; el derecho humano al agua, a la recreación; los derechos de la naturaleza, así como nuevos alcances de los derechos a la salud, la educación, la sindicalización y la consulta indígena.

Es importante destacar que estos derechos estarán tutelados por la acción de tutela de derechos fundamentales. Ella será útil frente a cualquier acto u omisión que amenace, perturbe o prive el legítimo ejercicio de estos derechos; podrá concurrir por sí o por cualquiera a su nombre ante el tribunal de instancia que determine la ley. Esta acción tendrá preferencia a toda otra causa que conozca el tribunal. Tratándose de derechos medioambientales y de la naturaleza podrán ejercer la acción la defensoría de la naturaleza como cualquier persona o grupo.

Asimismo, la acción de amparo tutelará que las personas arrestadas, detenidas o presas con infracción a lo dispuesto en la Constitución y las leyes, puedan concurrir por sí o por cualquiera persona a su nombre, sin formalidades, ante la magistratura que establezca la ley, a fin de que esta adopte de inmediato las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de la persona afectada.

Frente a lo expuesto resulta positiva la conservación, en su esencia y con algunas modificaciones importantes, de dos de las acciones constitucionales hoy vigentes. Sin perjuicio de ello creemos que es importante revisar la extensión de la acción de tutela, a diferencia de la acción de protección vigente que garantiza algunos numerales del artículo 19º, puesto que podría presentar dificultades prácticas a la hora de asegurar todos y cada uno de los derechos consagrados.

Conclusiones

Chile optó por la sustitución de su actual norma constitucional. Como se evidencia en su prolongada tradición constitucional, el cambio se produce luego de un periodo de crisis política e institucional. Es innegable la relación entre las múltiples demandas ciudadanas que se expresaron a partir de octubre de 2019 y el posterior proceso que canalizaría el descontento ciudadano.

El camino chileno hacia una nueva Constitución se forjó considerando la robustez democrática que exhibe el país y el deseo de transformación reivindicado por generaciones jóvenes. En tal sentido, el proceso está mediado por instancias de participación que buscan dotarlo de una legitimidad que pueda contribuir a la prolongación de la vigencia del que pretende ser un nuevo pacto de convivencia política y social.

Es innegable que hoy, al conocer algunas de las propuestas que emanan del proyecto formulado por la Convención, estamos frente a una declaración constitucional que incorpora a los grupos tradicionalmente excluidos y asume el desafío complejo de superar los rasgos estructurales de desigualdad. Sin embargo, ese noble propósito genera enormes expectativas en la ciudadanía que ha confiado en este proceso como el medio para alcanzar mejores condiciones de vida y reconocimiento de sus derechos.

En la práctica, la compleja existencia de la Constitución de 1980 nos deja algunas lecciones que resultan ineludibles: la producción de normas fundamentales se dota de la legitimidad que su propio proceso de formación le provee; en palabras de Bellolio, "la forma es el fondo".[47] Pese a los éxitos en materia de desarrollo y democracia que exhibió Chile en el último tiempo, esa manifestación clara de estabilidad y bienestar no pudo superar el contexto histórico en el cual nace el texto de 1980, ni resolver las heridas profundas que supuso la afectación de las libertades durante la dictadura.

La gradual transformación de la Constitución vigente representó más de cincuenta reformas, algunas de las cuales modificaron elementos centrales del ideario constitucional de la dictadura, pero de ese camino caracterizado por los amplios acuerdos saltamos al de la disrupción planteada por el proceso constituyente.

La propuesta nos presenta un Estado mucho más complejo en su estructura, dotado de un mayor número de reparticiones públicas. También, propone una nueva relación de poder entre el gobierno central y las regiones, avanzando en mayor autonomía para estas. Como cuestión central del discurso constituyente, se amplía el catálogo de derechos reconocidos y se incorporan innovaciones que nos llevan a la consideración de nuevos sujetos de derechos, y la lógica prestacional se ve aumentada al consagrar la cláusula del Estado social.

Estas son solo algunas referencias relevantes que nos dan coordenadas sobre el nuevo ADN constitucional e institucional que ha sido construido por la Convención. Esta arquitectura, a la fecha de redacción de esta conclusión, debe ser aprobada por la ciudadanía en ejercicio de soberanía y autodeterminación trascendente.

Bibliografía

Atria Lemaitre, Fernando. "La constitución del 80 tiene la finalidad de impedir el cambio del modelo político económico de la dictadura". *Diario UCHILE*, 17 de octubre de 2013.

Bassa Mercado, Jaime. "Notas para una teoría democrática del poder constituyente". *Nomos*, n.º 1 (2008): 41-71.

[47] Cristóbal Bellolio, *Pinochet, Lagos y nosotros* (Santiago de Chile: Penguin Random House, Grupo Editorial Chile, 2015), 1-100.

Bellolio, Cristóbal. *Pinochet, Lagos y nosotros*. Santiago de Chile: Penguin Random House - Grupo Editorial Chile, 2015.

Biblioteca del Congreso Nacional. "Proyecto de Acuerdo", Cámara de Diputados, Legislatura 1973. https://www.bcn.cl/laborparlamentaria/wsgi/consulta/verParticipacion.py?idParticipacion=792441.

Biblioteca Nacional de Chile. Historia política. *Plebiscito aprueba nueva Constitución Política*. 11 de septiembre de 1980. https://www.bcn.cl/historiapolitica/elecciones/detalle_eleccion?handle=10221.1/63186&periodo=1973-1990.

Carrasco, Rodolfo. "¿Qué implica el acuerdo para un presidencialismo atenuado y un bicameralismo asimétrico?". *Diario Financiero*, 29 de marzo de 2022. Acceso el 27 de mayo de 2022. https://www.df.cl/df-constitucional/que-implica-el-acuerdo-para-un-presidencialismo-atenuado-y-un.

Contreras, Pablo. "Cómo haremos una nueva constitución (y por qué será mejor que la que tenemos)?". *La Tercera*, 15 de octubre 2020.

Correa Sutil, Jorge. "¿Ha llegado la hora de una nueva constitución?". En *Anuario de Derecho Público*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2013.

De la Fuente, Antonieta. "La influencia de Jaime Guzmán en la Constitución del '80: mitos y verdades". *La Tercera*, 3 de abril 2020.

Escalona, Camilo. "No fumemos Opio". *24 Horas*, 3 de septiembre de 2012, acceso el 20 de mayo de 2022, https://www.24horas.cl/politica/escalona-y-asamblea-constituyente-no-fumemos-opio-294005.

Fernández, Miguel Ángel. "Origen, legitimidad y consolidación de la Constitución". *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, n.º XXII (2001): 321-340.

Fuentes, Claudio y Domingo, Lovera. *Manual para la ciudadanía constituyente*, 15-135. Santiago de Chile: Catalonia, 2020.

Heller, Hermann. *Teoría del Estado. México*, 1-298. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

Lorca, Rocío, Pablo Marshall, Nicole Selamé y Matías Guiloff. *La hoja en blanco: claves para conversar sobre una nueva Constitución*, 1-320. Santiago de Chile: La Pollera Ediciones, 2020.

Ossa, Juan. *Chile Constitucional*, 1-301. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica, 2020.

Ruiz Tagle, Pablo. *Cinco repúblicas y una tradición. Constitucionalismo chileno comparado,* 23-54. Santiago de Chile: Lom Editores, 2016.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXVIII, BOGOTÁ, 2022, PP. 449-468, ISSN 2346-0849

Miguel de J. Neria Govea* **(México)**
Michael G. Núñez Torres** **(Venezuela)**

Justificación de límites implícitos a las reformas constitucionales. Una postura en contra de la neutralidad axiológica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México

RESUMEN

En este artículo se analiza la relación entre la postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la ausencia de límites implícitos en la reforma constitucional y la teoría del derecho. Desde una posición no positivista del derecho y de la teoría constitucional, se intenta justificar la existencia de límites implícitos a la reforma constitucional y se exponen algunos posibles ejemplos de límites implícitos al poder de reforma de la Constitución en México.

Palabras clave: reforma constitucional; control constitucional; no positivismo.

Justification of implicit limits to constitutional reforms. A stance against the axiological neutrality of the Supreme Court of Justice of the Nation in Mexico

ABSTRACT

This article analyzes the relationship between the position of the Supreme Court of Justice of the Nation regarding the absence of implicit limits to constitutional reforms

* Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Nuevo León (México). Profesor-investigador de la Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales de la Universidad Autónoma de Baja California. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. mneria@uabc.edu.mx. / código orcid: 0000-0002-7536-9385.

** Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca (España). Profesor-investigador de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. michael.nunez01@hotmail.com. / código orcid: 0000-0001-5742-5358.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

and the theory of law. It attempts to justify, from a non-positivist position of law and constitutional theory, the existence of implicit limits to constitutional reforms, and it discusses some possible examples of implicit limits on the power to reform the constitution in Mexico.

Keywords: constitutional reform; constitutional control; non-positivism.

Begründung der impliziten Grenzen von Verfassungsreformen. Eine Stellungnahme gegen die Wertneutralität des Obersten Gerichtshofs von Mexiko

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag analysiert die Beziehung zwischen der vom Obersten Gerichtshof der Nation vertretenen Auffassung vom Fehlen impliziter Grenzen bei Verfassungsreformen und der Rechtstheorie. Ausgehend von einer nichtpositivistischen Rechtsauffassung und Verfassungstheorie wird der Versuch unternommen, das Bestehen impliziter Grenzen bei Verfassungsreformen zu begründen. Zugleich werden mögliche Beispiele von impliziten Grenzen vorgestellt, die der Macht, Verfassungsänderungen in Mexiko vorzunehmen, gezogen sind.

Schlagwörter: Verfassungsreform; Verfassungskontrolle; Nichtpositivismus.

Introducción

El desarrollo de la idea de los límites a la reforma constitucional tuvo gran auge después de la Segunda Guerra Mundial,[1] cuando se empezaron a establecer cláusulas pétreas o intangibles, es decir, límites expresos al poder de reforma. Sin embargo, en la actualidad, no todas las constituciones prevén soluciones a problemas que pudieran derivar del alcance de la competencia del poder revisor de la constitución, ni tampoco sobre qué órgano sería competente para analizar la validez formal y material de la reforma constitucional. Esta ausencia de control trae aparejado un riesgo significativo para el Estado constitucional, ya que a través de la reforma de la constitución se podría llegar al extremo de realizar una sustitución del orden constitucional por completo.[2] De manera que la teoría constitucional se enfrenta

[1] Como señala Yaniv Roznai, "Así como tener una constitución formal se convirtió en una tendencia universal después de las revoluciones estadounidense y francesa –un símbolo del modernismo–, así después de la Segunda Guerra Mundial, incluir una disposición no enmendable se convirtió en un símbolo del modernismo" (Yaniv Roznai, "Unconstitutional Constitutional Amendments. The migration and success of a Constitutional Idea", *The American Journal of Comparative Law* 61, n.º 3 [2013]: 667).

[2] El profesor Ruipérez sostiene que la reforma constitucional debe ser un mecanismo que conjugue dos posturas que pueden ser contradictorias, para dar continuidad al Estado

a un problema complejo, que en ocasiones pareciera no tener solución, pero que constituye un reto ineludible para la doctrina y la jurisprudencia, que es la determinación de los alcances del poder de revisión o de reforma de la Constitución; es decir, la armonización de los principios dogmáticos del Estado constitucional, los cuales fueron resumidos en tres por Pedro de Vega: a) principio democrático, b) principio liberal y c) principio de supremacía constitucional.[3]

Los límites al poder de reforma constitucional se pueden concretar en el ordenamiento jurídico en dos supuestos: a) que existan límites expresos en la constitución –tanto formales (proceso) como materiales (contenido)–; y b) que exista un mecanismo para ejercer el control constitucional cuando se sobrepasen los límites. Cuando existe a), pero no b), lo natural sería que la jurisdicción constitucional tuviera esa competencia; sin embargo, tendría que hacer un esfuerzo interpretativo y de argumentación para justificar dicha competencia. No obstante, el problema se puede complicar más si faltan tanto a) como b), es decir, que no haya cláusulas intangibles al poder de revisión, y, peor aún, que se sume la ausencia de una facultad expresa para realizar el control sobre las reformas constitucionales, incluso en su aspecto formal.

Esta es la situación en la que se encuentra México, su Constitución no tiene límites materiales explícitos, lo cual implica la necesidad de justificar la existencia de límites implícitos a la reforma constitucional, si se quiere realizar un control constitucional sobre ella. Aunado a que dentro del catálogo de medios de control jurisdiccional de la Constitución (juicio de amparo,[4] acciones de inconstitucionalidad,[5] controversias constitucionales,[6] control por determinación constitucional específica[7]) no se establece de manera expresa la posibilidad de ejercer el control

---

constitucional. En este sentido, señala que "si se concibe a la reforma tan sólo como el mecanismo a través del cual pueden introducirse cambios formales en la normativa constitucional, el Texto Constitucional podría acabar disuelto en una absoluta y total dinámica que, en definitiva, podría terminar por incapacitarlo para cumplir adecuadamente su misión. Por el contrario, si la revisión se le considera tan sólo como el medio fundamental de garantía para eternizar la voluntad del *Pouvoir Constituant* originario, al hacer, de uno u otro modo, inviable la transformación, la Ley Constitucional, que quedaría petrificada, estaría condenada a la más absoluta de las obsolescencias y, por ello mismo, incapacitada para conducir adecuadamente la vida política del Estado" (Javier Ruipérez, "De la reforma constitucional. Consideraciones sobre su concepto y funciones", en *La reforma constitucional. Sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado*, coord. por Pedro Torres Estrada y Michael Núñez Torres [México: Porrúa, 2010], 155).

3 Pedro de Vega, "Constitución y democracia", en *Constitución de la monarquía parlamentaria*, ed. por Antonio López Pina (México, Madrid, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1983), 45.

4 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículos 103 y 107, *Diario Oficial*, 5 de febrero de 1917.

5 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 105, fracción II.

6 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 105, fracción I.

7 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, artículos 41, fracción VI, y 99, párrafo 6º; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, nota 4.

constitucional de reformas constitucionales.[8] Sin embargo, se han utilizado estos medios de justicia constitucional para solicitar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación el control constitucional de las reformas constitucionales, sin que a la fecha lo haya realizado.[9]

Esto constituye una evidencia de la particularidad que en este tema presenta el caso mexicano y que lo hace de especial interés para el derecho público comparado.[10] De tal suerte que si tomamos en cuenta el caso español, cuya Constitución tampoco tiene cláusulas de intangibilidad, no encontraremos un desarrollo jurisprudencial importante en la materia, como sí lo hallamos en el caso mexicano. Esto, en parte, porque la Constitución española prácticamente no ha sufrido reformas a lo largo de estos 42 años de vigencia, mientras que, desde 1917, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha tenido –y sigue teniendo– constantes modificaciones que ponen en duda la idea de que la misma sea considerada como la *groundnorm* o, lo que es igual, ponen en tela de juicio el principio de supremacía constitucional. Sin embargo, la doctrina española ha tenido un debate muy fructífero acerca de los límites tácitos que tiene la reforma constitucional en razón del constitucionalismo,[11] lo cual implica una postura axiológica más que evidente.

En efecto, Pedro de Vega explicó el tema al diferenciar muy bien los conceptos de poder constituyente y poder de reforma, donde el primero sería una categoría ilimitada, en razón de su naturaleza fáctica, mientras que el segundo sería limitado, en razón de ser una categoría jurídica, de manera que, para este autor, la interpretación

---

[8] Más grave aún, en la publicación de la nueva Ley de Amparo de 2 de abril de 2013, en el artículo 61, fracción I, establece una causal de improcedencia que no existía en la Ley de Amparo anterior, la improcedencia del juicio de amparo en contra de adiciones o reformas de la Constitución. Esta fracción también genera un problema sobre si un poder constituido, como el Poder Legislativo, podría limitar una facultad de otro poder constituido, como el Poder Judicial, sin que dicho límite se encuentre expreso en la Constitución y que en cambio podría considerarse implícita la función de control jurisdiccional de la Constitución sobre reformas constitucionales.

[9] SCJN, 2a./J. 38/2012 (10ª.), abril de 2012; SCJN, P. IV/2009 (9ª.), abril de 2009; SCJN, P. VIII/2009 (9ª.), abril de 2009; SCJN, P./J. 39/2002 (9ª.), septiembre de 2002.

[10] El interés del derecho público comparado por el problema del control constitucional de las reformas constitucionales se explica, como ya se dijo, por la necesidad de encontrar los criterios para determinar los límites materiales y formales del procedimiento de revisión constitucional. En este sentido, la clasificación de las diversas cláusulas de intangibilidad, y de los distintos controles jurisdiccionales con el fin de garantizarlas, es muy útil para determinar estos criterios (Miguel Neria Govea, "Reforma constitucional (control jurisdiccional)", en *Glosario de Derecho Público Comparado*, coord. por Lucio Pegoraro, versión en español al cuidado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Michael Núñez Torres, César Astudillo, Gastón Enríquez Fuentes, Pedro Torres Estrada [México: UNAM, UANL, IMDPC, Porrúa, 2012], 350-352).

[11] Entendido como una ideología que se viene construyendo desde la Edad Moderna, aunque con los elementos que la Europa medieval le heredó, que, según Mateucci, son las ideas en torno a un "Gobierno limitado" y a una *lex superior* (Nicola Mateucci, *Organización del poder y la libertad. Historia del constitucionalismo moderno,* trad. por F. J. Ansuátegui Roig y M. Martínez Neira [Madrid: Editorial Trotta, 1998], 37-41).

del artículo 168 de la Constitución española[12] debe hacerse desde una "lógica del sistema constitucional considerado en su conjunto",[13] dentro del cual subyace la imposibilidad de reformas que se sustraigan a ciertos límites materiales. Distinta a esta opinión es la de Manuel Aragón Reyes, para quien el artículo 168 de la Constitución española supone una "prescripción de la soberanía popular" y, en consecuencia, considera que "se ha positivado, en realidad, al poder constituyente".[14] Sin embargo, esta posición defendida por Aragón Reyes supone la posibilidad de que a través de una reforma constitucional se pueda subvertir el orden de valores que subyacen en la Constitución. Esto explica por qué De Otto, aunque considera que el poder de reforma se puede extender sobre "las bases mismas del sistema constitucional", no estima que esta "indiferencia valorativa" sea absoluta y termina por admitir un límite, al reconocer que "no sería conforme a la Constitución suprimir la democracia misma".[15] De igual manera, De Vega opina que si bien es cierto que en las constituciones rígidas, sus límites formales o procedimentales justifican el control de constitucionalidad, cuando se trata de constituciones flexibles, "nada impide pensar en un posible control material de constitucionalidad", en virtud de que la constitución, además de ser una norma vigente y suprema, es una norma eficaz.[16] De manera que la cuestión acerca de que la constitución tiene límites materiales, referidos a los contenidos de carácter axiológico que conforman las instituciones jurídicas y los derechos humanos contenidos en esta, es un problema de teoría constitucional, pero, en México, su desarrollo ha estado concentrado en la legislación y en la jurisprudencia, transformándose en un problema de justicia constitucional.

En este trabajo no se plantea un análisis sobre la posición que ha tenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cada asunto que se le ha solicitado ejercer control constitucional,[17] sino que, de manera particular, analiza la posición de la SCJN sobre la no existencia de límites en la reforma constitucional,[18] a la luz de la teoría

---

[12] Se refiere a la posibilidad de reformar total o parcialmente el texto constitucional.

[13] Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente* (Madrid: Tecnos, 1985), 220.

[14] Manuel Aragón Reyes, *Estudios de derecho constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993), 200. En el mismo sentido, Rubén Hernández Valle, "El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 37 (1993): 143-155.

[15] Ignacio de Otto, *Derecho constitucional* (Barcelona: Ariel Derecho, 1998), 64.

[16] Pedro de Vega, "Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución", *Revista de Estudios Políticos CEC*, n.º 7 (1979): 93.

[17] La mayoría de los argumentos que ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación para no ejercer el control constitucional de reformas constitucionales se basan en que no existe la facultad expresa en la Constitución para ejercer este tipo de control constitucional, es decir, por razones procesales, aunque existen posturas de ministros que se inclinan por la procedencia en contra de la mayoría, como ejemplo, SCJN, P. LXXVI/2009 (9ª.), diciembre de 2009, y SCJN, P. LXXV/2009 (9ª.), diciembre de 2009.

[18] Véase amparos en revisión 519/2008, 541/2008, 544/2008 y 548/2008.

constitucional. Esto se tratará en el primer apartado, que justifica, desde una posición no positivista del derecho, la existencia de límites implícitos a la reforma constitucional. Después, siguiendo el aserto de que "la constitución es modificable por la voluntad democrática, pero racionalizada por los valores del constitucionalismo",[19] se examinarán los posibles límites implícitos del poder de reforma de la Constitución en México.

1. Neutralidad axiológica y las reformas constitucionales

En varias ocasiones, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha resuelto no ejercer el control del contenido de una reforma constitucional para analizar si es constitucional o no, es decir, no ejercer control constitucional sobre reformas constitucionales. Se tiene como ejemplo el argumento utilizado por el Pleno de la SCJN en el Amparo en Revisión 519/2008,[20] que justifica una inmunidad axiológica al contenido de la reforma constitucional, argumentando que no puede ser analizado el contenido de la constitución por los principios y valores que en ella se han objetivado de manera previa y que una reforma pueda venir a cambiar:

> La neutralidad axiológica con la que este Alto Tribunal aplica rigurosamente todo el contenido de la Constitución, bajo un principio de eficacia integradora, esto es, sin predilección de unas de sus normas en lugar de otras, proviene de la circunstancia de que mora dentro del orden jurídico cuya fuente emana de aquélla, y de que a la misma se le ha protestado guardar, lo cual no sólo significa un compromiso personal de cada uno de sus integrantes, sino que constituye una norma jurídica que técnicamente le guía y obliga a resolver bajo el axioma de que el contenido de los preceptos constitucionales son inmunes a toda objeción.
>
> Sería un fracaso del orden jurídico que la Constitución, en lugar de ser una pauta de conducta de carácter normativo incontrovertible, pudiese ser sometida al examen de su regularidad, bajo la búsqueda o investigación de los valores jurídicos que inspiraron la creación de algunos de sus preceptos con el objeto de restarles fuerza a otros, y peor aún, que este Alto Tribunal, llegado el caso, permitiera el incumplimiento de los primeros bajo el argumento de que restringen determinadas garantías individuales, sin tomar en cuenta que no le corresponde juzgar sobre la justeza de tales medidas, pues como se ha visto, existen ciertos casos en que la Norma Fundamental ha optado por disminuir el valor absoluto de dichas garantías, conforme la sociedad mexicana, a través de sus representantes, así lo requiere.

---

[19] Rafael Estrada Michel y Michael Núñez Torres, "La reforma constitucional en México. ¿De qué constitución estamos hablando?", en *La reforma Constitucional. Sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado*, coord. por Pedro Torres Estrada y Michael Núñez Torres (México: Porrúa, 2010), 389.

[20] Resuelto el 2 de octubre de 2008.

Este ejemplo encierra una postura teórica del derecho y en tal sentido se refleja la importancia de analizar los límites de las reformas constitucionales y el posicionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a la luz de la teoría constitucional. Este criterio sostenido en su momento por una mayoría de seis votos[21] refleja una teoría normativista del derecho, como la defendida por Kelsen. Recordemos que Kelsen expresaba que las normas tenían un relativismo moral como consecuencia de que son producto de un acto de voluntad de hombres y no de una fuente sobrehumana.[22]

El estudio descriptivo del conjunto de normas de un ordenamiento jurídico, desde el modelo normativista, nada resuelve el problema sobre las razones de la validez material del derecho, ni lo que hacen los operadores jurídicos con esas normas; tampoco plantea una posible solución a la indeterminación del derecho. Ese conjunto de normas jurídicas puede ser interpretado de diferentes maneras y, como resultado, un mismo caso puede tener varias posibles soluciones, incluso antagónicas. Esto implicaría que no se encuentren razones de validez de las normas más allá de las normas mismas, lo que significa que, desde esta posición teórica, cualquier intento de control constitucional sobre reformas constitucionales ante límites implícitos dependerá de una validez material, al menos que el límite implícito suponga sostener la congruencia entre dos normas constitucionales, o en sus consecuencias.

Hart establece una distinción entre lo que es y lo que debe ser el derecho para poder estudiarlo y que el peligro de no distinguir esto puede llevar a difuminar lo que es el derecho y su autoridad con lo que debe ser el derecho.[23] Uno de los principales puntos es que si determinamos que el derecho debe entenderse siempre como moralmente bueno, se corre el riesgo que el derecho existente suplante la moralidad como parámetro final de valoración de una conducta y escapar a toda crítica; en ese mismo sentido, no debemos tomar a las morales, por solo tener ese carácter de moralmente buenas como jurídicamente obligatorias.[24] Por tanto, para evaluar la validez, no se debe tomar la moralidad como parámetro último para determinar

---

[21] Los ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas, Gudiño Pelayo, Valls Hernández y Ortiz Mayagoitia sostuvieron el criterio; en tanto que los señores ministros Cossío Díaz, Góngora Pimentel, Sánchez Cordero de García Villegas y Silva Meza votaron en contra.

[22] "En la medida en que las normas, que constituyen el fundamento de los juicios de valor, son establecidas por actos de voluntad humana, y no por una voluntad sobrehumana, los valores que a través de ellos se constituyen son arbitrarios. Otros actos de voluntad humana pueden producir otras normas, contradictorias con las primeras, que constituyen a su vez otros valores, opuestos a los primeros. Lo que, conforme aquellas sería bueno, puede ser malo según éstas. De ahí que las normas establecidas por los hombres, y no por una autoridad sobrehumana, constituyen sólo valores relativos" (Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 15ª ed., trad. por Roberto J. Vernengo (México: Porrúa, 2007), 31.

[23] H. L. A. Hart, "Positivism and the separation of law and morals", *Harvard Law Review* 71, n.º 4 (1958): 598.

[24] Hart, "Positivism and the separation of law and morals", 599.

si una regla es o no derecho. Sin embargo, para determinar la validez de normas que no establecen órdenes sino derechos, tampoco debe entenderse en términos de corrección moral, sino de acuerdo con su distribución en la sociedad y sobre qué y cómo son ejercidas estas reglas que establecen derechos.[25]

Si las diferentes manifestaciones teóricas se agrupan en dos corrientes, dependiendo de su postura en relación con la conexión necesaria o contingente de la moral con el derecho, se sitúa a los positivistas, por un lado, y a los no positivistas, por otro. Toda aquella posición teórica que sostenga que la relación entre el derecho y la moral es contingente, se sitúa en el grupo de positivistas, mientras que la que señala que existe una relación necesaria entre el derecho y la moral, sería no positivista.[26] Entre los diferentes no positivistas se encuentran el pospositivismo, el naturalismo y también la postura de Robert Alexy.

Alexy sostiene que el derecho tiene una naturaleza dual, en la que, por un lado, se tiene la dimensión real o fáctica, que está compuesta por el elemento autoritativo del derecho y la eficacia social, y, por el otro, la dimensión ideal del derecho, que encuentra su expresión en la pretensión de corrección moral.[27] Esta dimensión ideal es la que por el momento interesa, porque esa pretensión de corrección se dirige a una corrección material del derecho, lo que implica que no todo puede ser derecho. Como señala Alexy, "la corrección del contenido concierne, sobre todo, a la justicia, pues la justicia no es otra cosa que la corrección con respecto a la distribución y el equilibrio, y la distribución y el equilibrio constituyen la preocupación central del derecho. Sin embargo, las cuestiones de justicia son cuestiones morales".[28]

El relativismo moral siempre ha sido una de las objeciones que plantea el positivismo, para demostrar la no necesariedad de la conexión conceptual entre derecho y moral. Sin embargo, Alexy sostiene que es a través de los derechos humanos y su justificabilidad como se puede entender una objetividad moral: "Los derechos humanos son normas que esencialmente reclaman prioridad con respecto a todas las demás normas. Si los derechos humanos son justificables, su pretensión de prioridad también lo es. Por ello, la identidad como elemento moral sí puede influir en la concepción de la justicia."[29] Desde esta perspectiva, no se podría justificar la neutralidad axiológica con la cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que no procede el control jurisdiccional de las reformas constitucionales; esto, porque hay una prioridad axiológica en los derechos humanos que lleva a comprender la

---

[25] Hart, "Positivism and the separation of law and morals", 606.

[26] Robert Alexy, "On the Concept and the Nature of Law", *Revista Ratio Juris* 21, n.º 3 (2008): 284-85.

[27] Robert Alexy, "The Dual Nature of Law", *Revista Ratio Juris* 23, n.º 2 (2010): 167.

[28] Robert Alexy, "Legal certainty and correctness", *Revista Ratio Juris* 28, n.º 4 (2015): 441.

[29] Robert Alexy, "Law, morality, and the existence of human rights", *Revista Ratio Juris* 25, n.º 1 (2012): 9-10.

Constitución "como un complejo institucional axiológico y cultural, expresado de forma normativa".[30]

En definitiva, el problema se circunscribe al concepto de 'Estado constitucional' que tenga la teoría constitucional. Si se entiende como un Estado que contiene cláusulas institucionales que, indefectiblemente, tienen una naturaleza jurídica, se llegará a la conclusión de que, en puridad de conceptos, es mucho más que normas; es una estructura jurídica, por lo que las definiciones y categorías sobre ella, aunque son relativas en el espacio y en el tiempo, parten de una idea objetiva de lo que es bueno para la sociedad, con independencia de las circunstancias políticas que incidan sobre estas. En este sentido, Santi Romano, al referirse al Estado, entiende muy bien esta relación intrínseca que subyace en las instituciones que lo conforman:

> Aunque en la práctica sus instituciones se corrompen y degeneran, y es inevitable el permanente contraste entre la fuerza objetiva del derecho y la fuerza arbitraria de quien ostenta el poder, que tiende a resolverse a favor de esta última, representa siempre una gran ventaja y un gran progreso el hecho de que todo ello no puede considerarse más que un estado de las cosas que, lejos de ser consagrado y reconocido por el ordenamiento jurídico, se revela contrario a él.[31]

La pregunta acerca de la posibilidad de que existan normas constitucionales inconstitucionales, que la SCJN ha respondido en sentido negativo, sirvió de título al libro de Otto Bachoff, el cual sostiene que sí puede existir una ley de reforma constitucional que resulte inconstitucional por contravenir el procedimiento de reforma o los contenidos materiales de la Constitución. Sin embargo, considera que "las disposiciones sobre la revisión de una Constitución sólo son capaces de vincular al poder constituido y nunca al poder constituyente", de tal suerte que si sucede que una reforma constitucional se impone contraviniendo normas constitucionales, se

---

[30] "Al ser la constitución un complejo institucional, el concepto de ley deberá entenderse en razón de las funciones y los fines que se verifican en el Estado Constitucional, como un medio que utilizan las instituciones para desarrollar esas funciones y perseguir esos fines […]. Como la constitución es un complejo axiológico, tendrá que tomar en cuenta los valores y principios constitucionales de los cuales se infiere el carácter racional de la ley. Finalmente, al ser la constitución un complejo cultural, deberá analizar los actos que aporta la cultura de la sociedad […]. Por último, si la constitución se expresa normativamente, la ley tendrá que estar en concordancia lógica con las normas que conforman el texto constitucional" (Michael Núñez Torres, "Nuevas tendencias en el derecho constitucional del siglo XXI o el regreso de concepciones clásicas del Estado", en *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, comp. por Pedro Torres Estrada [México: Limusa Noriega, 2006]: 149).

[31] Santi Romano, "El Estado moderno y su crisis", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 15, trad. por Francisco Durán Ruiz (2011): 639.

trataría "no de una revisión sino de una supresión (que eventualmente puede ser sólo parcial) de la anterior Constitución".[32]

La doctrina constitucional mexicana se había encargado de este tema, desde dos posturas: la de aquellos que apoyan la concepción ilimitada del llamado constituyente permanente y la de quienes consideran la existencia de límites jurídicos a la reforma constitucional. En este sentido, luego de sistematizar este debate entre juristas mexicanos, así como de otras latitudes, González Schmal, al hacerse la misma pregunta que Bachoff, llega a la conclusión de que la tesis de la SCJN que sostiene que las normas constitucionales tienen todas la misma jerarquía obedece a criterios de "carácter formalista, positivista y voluntarista, que no se corresponden con las nuevas tendencias del derecho constitucional".[33] También concluye que el poder constituyente permanente no puede "sustituir o destruir los valores fundamentales, señaladamente aquellos que están cristalizados en los derechos humanos y en los principios que postulan que el pueblo es el depositario originario del poder público y el sistema democrático de organización política y social".[34]

De ahí la importancia de la diferencia entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado (dentro del cual se encuentra el poder constituyente permanente). Podría ser que el poder constituyente permanente de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuya definición corresponde a la del poder de revisión o poder de reforma –y, por ende, se debe entender como una categoría jurídica, por tanto limitada–, transite, a falta de ningún control por parte de la jurisdicción constitucional, a un poder constituyente originario que puede llevar a cabo reformas al texto constitucional, que luego entren al sistema legal como producto de una "supresión" de porciones normativas de la Constitución. Tal conclusión es, en sí misma, contraria a la lógica del constitucionalismo, puesto que se trataría de la aceptación de un poder ilimitado, contrario a los principios de división de poderes y primacía de los derechos humanos, y, en consecuencia, se enfrentaría a los problemas de la legitimidad.

En este sentido, la reforma constitucional del artículo 1º, en materia de derechos humanos,[35] constituye una verdadera transformación dentro del ordenamiento jurídico mexicano; se debería entender como una cláusula pétrea o de intangibilidad en sentido material, un límite material al poder constituyente permanente, que tendría que formar parte del contenido que necesariamente debe defender la SCJN y que la llevaría a controlar las reformas constitucionales inconstitucionales. Considerar lo contrario sería igual a entender el sistema de fuentes del derecho como dualista,

---

[32] Otto Bachoff, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, trad. por Leonardo Álvarez Álvarez (Lima: Editorial Palestra, 2008), 57.

[33] Raúl González Schmal, *¿Una reforma a la Constitución puede ser inconstitucional?* (México: UNAM, 1998), 347.

[34] González Schmal, *¿Una reforma…?*

[35] Publicada en el *Diario Oficial de la Federación,* 10 de junio de 2011.

capaz de disociar la defensa de la Constitución de la defensa de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Desde un punto de vista práctico, esto también sería contrario a lo que se observa en los sistemas de protección de derechos humanos. Ahora bien, conviene examinar la evolución de los límites materiales a las reformas constitucionales en el constitucionalismo mexicano.

2. Análisis sobre los límites a la reforma constitucional en México

Como se vio en el apartado anterior, va a depender de la posición teórica en la cual se inscriba para responder al problema de si existen o no límites implícitos a la reforma constitucional. Recasens Siches señala que desde

> … la filosofía de la democracia liberal, al aplicarse al poder constituyente, produce la exigencia ideal de que éste, desde el punto de vista de la estimativa o axiológica jurídica, aunque de hecho posea una potestad absoluta, debe limitar esa potestad mediante el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales de la persona individual.[36]

De tal manera que si se coincide con esta postura, que incluso establece límites implícitos al poder constituyente, con mayor razón aplican esos mismos límites –y con mayor exigencia– al poder constituido. La reforma constitucional es una función derivada de la Constitución, por lo que se debe entender que "es una función constituyente institucional y que por tener tal naturaleza exige necesariamente que no sea arbitraria sino que responda a unos parámetros jurídicos".[37] En ese mismo sentido, Nogueira Alcalá sostiene que el poder de reforma "como poder constituido tiene límites, salvo que se manifieste como un poder extra y *contra ordinem*, lo cual es inadmisible".[38]

En México, en la Constitución de 1824 encontrábamos un límite que podríamos entender como expreso, el artículo 3º, que señalaba: "La religión de la nación mexicana es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana. La nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra". Se puede comprender aquí un límite a la reforma, ya que el constituyente determinó de manera perpetua la religión del Estado. Otro límite que existía en la Constitución de 1824 era en relación con la temporalidad; los artículos 166 y 167 de la Constitución

---

[36] Luis Recasens Siches, *Tratado general de filosofía del derecho*, 21ª ed. (México: Porrúa, 2013), 308.

[37] Michael Núñez Torres, *La capacidad legislativa del Gobierno desde el concepto de institución. Paradigma de Venezuela y España* (México: Porrúa, 2006), 153.

[38] Humberto Nogueira Alcalá, "Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional", *Ius Et Praxis* 15, n.º 1 (2009): 239.

de 1824 establecían que hasta el año 1830 se iban a analizar las propuestas de reforma de la Constitución. Sin embargo, sería hasta la siguiente integración del Congreso que se realizaría el proceso de reforma.[39] Pero más importante aún, el artículo 171 de la Constitución establecía límites expresos.[40]

Sin embargo, la Constitución de 1824 no establecía un mecanismo para controlar formal y materialmente las reformas constitucionales. Es decir, si una integración del Congreso determina por resolución que se llevarían a cabo una serie de reformas, y la siguiente integración no solo delibera esas reformas sino que añade más reformas a otros artículos, violaría el procedimiento, pues por las consideraciones de diversos artículos o sentido de reformas no analizados por una integración previa del Congreso, la rigidez del proceso de reforma implicaría que no podrían aprobarse esas reformas, y no habría cómo calificarlas de inconstitucionalidad. O si una integración del Congreso determina reformar la Constitución para cambiar el proceso de reforma a la Constitución y eliminar esa rigidez del procedimiento de reformas constitucionales, también estarían ausentes de control constitucional. Esta situación tiene lugar el 18 de mayo de 1847, cuando se reforma el procedimiento de reformas a la Constitución. En el acta se publicó:

> En cualquier tiempo podrán reformarse los artículos del acta constitutiva, de la Constitución federal y de la presente acta, siempre que las reformas se acuerden por los dos tercios de ambas cámaras, o por la mayoría de dos congresos distintos e inmediatos. Las reformas que en lo sucesivo se propusieren, limitando en algún punto la extensión de los poderes de los Estados, necesitarán, además, la aprobación de la mayoría de las legislaturas.

Esta reforma cambió el procedimiento de reforma y estableció la posibilidad de que en un solo periodo de un Congreso pasen reformas constitucionales.

En cuanto a los límites materiales a la reforma constitucional expresamente establecidos en el artículo 171 de la Constitución de 1824, también fue reformado el 18 de mayo de 1847, para quedar de la siguiente manera: "En ningún caso se podrán alterar los principios que establecen la independencia de la nación, su forma de gobierno republicano representativo popular federal, y la división, tanto de los poderes generales, como de los de los Estados". Con esta reforma, la libertad, la religión y la libertad de imprenta quedaron excluidas de la cláusula pétrea al poder reformador. Esto demuestra que no es suficiente que se tenga un núcleo intangible si no se tiene un procedimiento de control jurisdiccional a las reformas constitucionales.

---

[39] La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, en los artículos 166 a 169, establecía un proceso de reforma muy diferente al de la Constitución de 1857 y a la actual.

[40] "Art. 171. Jamás se podrán reformar los artículos de esta constitución y de la acta constitutiva que establecen la libertad e independencia de la nación mexicana, su religión, forma de gobierno, libertad de imprenta, y división de los poderes supremos de la federación y de los Estados" (Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial,* 4 de octubre de 1824).

La problemática de la Constitución actual es que no tiene límites expresos, ni un mecanismo *ex professo* para que se ejerza el control jurisdiccional de reformas constitucionales. Todo lo concerniente a la reforma constitucional está en el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.[41] Ante esta situación se puede buscar una solución como por la que optó la Suprema Corte de India, que elaboró la doctrina de la "estructura básica de la Constitución", como límite a las reformas constitucionales: "La doctrina de la Estructura Básica de la Constitución, una idea única que facultaba a los jueces para bifurcar la Constitución en las disposiciones fundamentales y no fundamentales de la Constitución, que los redactores de la Constitución no podían prever".[42] De tal manera, la estructura básica de la constitución está fuera del alcance del poder de reforma. El criterio derivó de Kesavananda Bharati v. State of Kerala and Another, en 1973, donde 13 jueces durante 68 días deliberaron el caso y produjeron una resolución de más de mil páginas, con una votación de 7 a 6. Este criterio que parecía que no duraría, se ha ido fortaleciendo en el derecho constitucional de la India y se ha ido desarrollando con varios precedentes. Virendra Kumar explica que la doctrina de la estructura básica de la constitución se sustenta en la existencia de principios o valores que estructuran la constitución:

> … los valores preconstitucionales son universalmente percibidos en términos de ciertos derechos humanos básicos que se consideran esenciales para la existencia misma de un ser humano. Estos se asumen y asimilan como unos valores intrínsecos o fundacionales, que existen como tales en el esquema de la naturaleza. Tales valores no son un regalo del Estado a sus ciudadanos, sino que existen independientemente de cualquier constitución por el hecho de que son miembros de la raza humana. Estos se cristalizan invariablemente en la Constitución en forma de derechos fundamentales, que ocupan un lugar único en la vida de las sociedades civilizadas.[43]

Kumar defiende la postura de la estructura básica de la constitución como inherente a un constitucionalismo actual. "La otra característica de la doctrina de la

---

[41] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, "Artículo 135.- La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México.

El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas" (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cit., nota 4).

[42] Aman Ullah y Uzair Samee, "Basic Structure of Constitution: Impact of Kesavananda Bharati on Constitution Status of Fundamental Rights", *A Research Journal of South Asian Studies* 26, n.º 2 (2011): 300.

[43] Virendra Kumar, "Basic Structure of the Indian Constitution: Doctrine of Constitutionally Controlled Governance", *Journal of the Indian Law Institute* 49, n.º 3 (2007): 381.

estructura básica es que está en consonancia con el concepto de constitucionalismo, que representa la estrategia de controlar el gobierno a través de la disciplina de los derechos fundamentales".[44] Es evidente que esta doctrina permite a la Corte determinar en qué consiste la estructura básica de la constitución, aparte de los derechos humanos, lo que deja mucho margen de discreción jurisdiccional para determinar lo intangible de la constitución. Lo anterior podría traer un riesgo de activismo judicial y un peso contramayoritario muy fuerte, pero ante situaciones como un poder político hegemónico y un desmesurado poder de reforma, sí que se podría justificar la aplicación de la doctrina de la estructura básica de la constitución, como señala Po Yen Yap: "En vista del peligro contramayoritario de tal exposición judicial, esta doctrina solo debe aplicarse en Estados, con constituciones maleables, donde el partido/coalición dominante en el poder ha aprovechado unilateralmente el proceso de enmienda para lograr resultados políticos manifiestamente irrazonables".[45]

Lo que interesa en este caso sería analizar la Constitución para determinar lo que comprende la estructura básica de la carta política de México. Si partimos de los derechos humanos, lo primero que tendríamos que decir es que ya ha sucedido que una reforma a la constitución reduzca el espectro de protección de un derecho humano previamente reconocido por jurisprudencia. En particular, el principio de presunción de inocencia, que a falta de su existencia expresa la Suprema Corte de Justicia de la Nación, determinó que estaba implícito en la Constitución Federal.[46] Atendiendo a ello, la Suprema Corte había declarado que el arraigo establecido en diferentes códigos penales era inconstitucional;[47] sin embargo, el 18 de agosto de 2008, en el *Diario Oficial de la Federación* se publicaron las reformas al artículo 20 de la Constitución, que en la fracción I del Apartado B introduce de manera explícita el principio de inocencia y, a la par, también se publicaron reformas en el párrafo 8 del artículo 16, que establecen su excepción en materia de delincuencia organizada.[48] Esto sirve para reflejar la necesidad de unos límites implícitos ante la falta de límites expresos. Podemos tomar los derechos humanos como punto de partida

---

[44] Kumar, "Basic Structure of the Indian Constitution: Doctrine of Constitutionally Controlled Governance", 393.

[45] Po Jen Yap, "The conundrum of unconstitutional constitutional amendments", *Global Constitutionalism* 4, n.º 1 (2015): 136.

[46] SCJN, P. XXXV/2002 (9ª.), agosto de 2002.

[47] SCJN, P. XXII/2006 (9ª.), febrero de 2006.

[48] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, "Artículo 16.-

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días" (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cit., nota 4).

de los primeros. Pero también tenemos que aclarar que la concepción de derechos humanos ha evolucionado en la Constitución.

En la Constitución de 1857 se tenía una concepción muy diferente a la de la Constitución de 1917. El artículo 1º de la del 1857 señalaba: "El pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales", en tanto que el artículo 1º de la del 1917 sostenía: "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece". La diferencia entre ambos artículos es enorme; mientras que uno reconoce los derechos humanos como previos a la Constitución, el segundo reconoce al Estado como origen de los mismos. Esta última concepción sobre los derechos humanos como derivados del Estado haría difícil el desarrollo de una doctrina de estructura básica de la constitución. Sin embargo, el 10 de junio de 2011 se reformó el artículo 1º, para quedar como sigue:

> 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.

Esta reforma posibilita decir que los derechos humanos son parte de una estructura básica de la constitución y que, contrario a la concepción previa, no son disponibles al Estado, pues son previos a él. También produjo muchos cambios, en especial, en la manera en que se perciben y operan los derechos humanos en México. La Suprema Corte empezó a manejar por vía de jurisprudencia conceptos como dignidad humana, lo que puede servir como un principio previo al Estado, y ha sostenido que "funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad".[49] En esta directriz jurisprudencial[50] se entiende la dignidad humana como un valor previo que la Constitución reconoce y, a partir de ahí, es que derivan los derechos humanos. De tal forma, la dignidad humana y los derechos humanos reconocidos en la misma Constitución mexicana constituyen parte de la estructura básica de la Constitución.

Pero, adicionalmente a los derechos humanos, ¿qué se podría entender como estructura básica de la Constitución? Limbach, analizando el concepto de supremacía de la Constitución, explica que la Constitución alemana entiende los principios básicos de la Constitución y su intangibilidad de la siguiente manera:

---

[49] SCJN, 1a./J. 37/2016 (10ª.), agosto de 2016.

[50] SCJN, I.50.C. J/30 (10ª.), octubre de 2011, y SCJN, I.50.C. J/31 (10ª.), octubre de 2011.

> Los principios constitucionales básicos que estructuran el Estado –como la democracia, la separación de poderes, el Estado de derecho y el respeto a la dignidad humana– no pueden ser alterados en absoluto. El objetivo era evitar que los enemigos de la democracia la derrocaran utilizando sus propios instrumentos, como el gobierno de la mayoría.[51]

Así, podemos señalar que hay elementos no disponibles a una mayoría y que no solo se refieren a derechos humanos. Pedro de Vega señala:

> … toda Constitución se identifica con un régimen político determinado y con una fórmula política que materialmente define, y socialmente legitima, el ordenamiento legal, es claro que cualquier intento de modificación de los valores básicos que componen la fórmula política, a través del mecanismo de la reforma, implicaría no la simple sustitución de unos artículos por otros, sino la creación de un régimen político diferente.[52]

También Nogueria Alcalá sostiene que para evitar la ruptura del orden jurídico, el poder de reforma a la constitución no podría violar los principios políticos supremos, entendiendo como tales "el aseguramiento de la dignidad y los derechos esenciales de la persona humana, y el régimen jurídico político de Estado y gobierno (la república democrática y los principios básicos del Estado de derecho), todos los cuales constituyen el fundamento básico de la convivencia política".[53]

Siguiendo esta línea, los límites implícitos mínimos que conforman la estructura básica de la Constitución en México serían:

- Los derechos humanos, no en tanto que no puedan reformarse sino que puedan eliminarse o restringirse de manera no razonable.
- El artículo 39, que reconoce al pueblo como titular de la soberanía.[54]
- El artículo 40, en tanto que establece la forma de República, representativa y democrática.[55]

---

[51] Jutta Limbach, "The Concept of the Supremacy of the Constitution", *Modern Law Review* 64, n.º 1 (2001): 4.

[52] De Vega, *La reforma…*, 285.

[53] Nogueira Alcalá, "Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional", 240, nota 38.

[54] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, "Artículo 39. La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno" (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cit., nota 4).

[55] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, "Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior,

- El pacto federal establecido, en principio, en el artículo 40 de la Constitución, donde se establece que si bien se pueden reformar aspectos de atribución y facultades, no debería hacerse al grado que se vaya perdiendo la esencia de la Federación.
- La división de poderes, establecida en el artículo 49 de la Constitución.[56]

En general, no se trata de que estos artículos sean intocables en cuanto a su texto, sino que los principios subyacentes en estos artículos no se vean vulnerados con reformas, porque podrían cambiar la esencia de la Constitución, su estructura básica. Esto es lo que en parte podría significar el artículo 136 de la Constitución, cuando señala que esta no perderá su fuerza y vigor,[57] pues no se trata de que ningún aspecto pueda perder fuerza, sino que la estructura básica de la Constitución mexicana y sus principios, no deberán perder fuerza ni vigor. De tal manera, podemos sostener que "la reforma constitucional es el mecanismo institucional que permite adecuar la Constitución a las exigencias de la vida social, mediante un procedimiento democrático y racionalizado por unos principios y valores superiores".[58]

Conclusiones

Se pueden racionalizar los límites materiales implícitos del poder revisor y mantener el orden constitucional establecido por la soberanía del pueblo, los derechos fundamentales, el principio democrático y la división de poderes. De lo contrario, de poco serviría la proclamación de supremacía en la Constitución mexicana. De no existir límites al poder de reforma y no proceder ningún mecanismo de control

y por la Ciudad de México, unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental" (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cit., nota 4).

[56] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, "Artículo 49. El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar" (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cit., nota 4).

[57] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, "Artículo 136. Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público, se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta" (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cit., nota 4).

[58] Estrada Michel y Núñez Torres, "La reforma constitucional en México. ¿De qué constitución estamos hablando?", 391, nota 19.

jurisdiccional de la constitución sobre la reforma constitucional, se corre el riesgo que señala De Vega: "Si la existencia de la Constitución depende de la garantía de los derechos y del establecimiento de la división de poderes, quiere decirse que cualquier reforma atentatoria contra alguno de esos dos principios tendría que interpretarse, necesariamente, no como una modificación del ordenamiento constitucional, sino como una auténtica destrucción del mismo",[59] sin que se pueda evitar.

El límite de las reformas constitucionales solo tiene sentido en un Estado en el que su constitución sea el centro de la carga axiológica del sistema jurídico y que, a su vez, sea considerada como una verdadera norma jurídica aplicable de manera directa. Si la Constitución es un documento político, compuesto por normas programáticas, delegando a los legisladores el desarrollo de su contenido a través de la ley, la atención se enfoca más a la función del legislador y la alteración de las normas legislativas que al orden constitucional.

Cualquier reforma constitucional que pueda alterar de manera negativa la composición axiológica y los principios políticos fundamentales del sistema, y, con ello, perjudicar el orden de valores en detrimento del funcionamiento y las razones que legitiman a los poderes públicos, debe por algún medio ser sometida a revisión. De tal manera que desde una posición fuera de cualquier teoría formalista o normativista, se podría determinar necesario el control jurisdiccional de la reforma constitucional, contrario a lo que ha sostenido la Suprema Corte de la Nación en México. Además es un mecanismo que apoya la corrección material del derecho, así como su pretensión de justicia.

Bibliografía

Alexy, Robert. "On the Concept and the Nature of Law". *Revista Ratio Juris* 21, n.º 3 (2008): 281-299.

Alexy, Robert. "The Dual Nature of Law". *Revista Ratio Juris* 23, n.º 2 (2010): 167-182.

Alexy, Robert. "Law, morality, and the existence of human rights". *Revista Ratio Juris* 25, n.º 1 (2012): 2-14.

Alexy, Robert. "Legal certainty and correctness". *Revista Ratio Juris* 28, n.º 4 (2015): 441-451.

Aragón Reyes, Manuel. *Estudios de derecho constitucional.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

Bachoff, Otto. ¿Normas constitucionales inconstitucionales? Traducido por Leonardo Álvarez Álvarez. Lima: Editorial Palestra, 2008.

De Otto, Ignacio. *Derecho constitucional.* Barcelona: Ariel Derecho, 1998.

De Vega, Pedro. "Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución". *Revista de Estudios Políticos CEC*, n.º 7 (1979): 93-118.

[59] De Vega, *La reforma...*, 268, nota 52.

De Vega, Pedro. "Constitución y democracia". En *Constitución de la monarquía parlamentaria*. Editado por Antonio López Pina. México, Madrid, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1983.

De Vega, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 4ª reimpresión de la primera edición. Madrid: Técnos, 1999.

Estrada Michel, Rafael y Michael Núñez Torres. "La reforma constitucional en México. ¿De qué constitución estamos hablando?". En *La reforma constitucional. Sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado*. Coordinado por Pedro Torres Estrada y Michael Núñez Torres. México: Porrúa, 2010.

González Schmal, Raúl. ¿Una reforma a la Constitución puede *ser inconstitucional?* México: UNAM, 1998.

Hart, H.L.A. "Positivism and the separation of law and morals". *Harvard Law Review* 71, n.º 4 (1958): 593-629.

Hernández Valle, Rubén. "El Poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 37 (1993): 143-155.

Jen Yap, Po. "The conundrum of unconstitutional constitutional amendments". *Global Constitutionalism* 4, n.º 1 (2015): 114-136.

Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*, 15ª ed. Traducido por Roberto J. Vernengo. México: Porrúa, 2007.

Kumar, Virendra. "Basic Structure of the Indian Constitution: Doctrine of Constitutionally Controlled Governance". *Journal of the Indian Law Institute* 49, n.º 3 (2007): 365-98.

Limbach, Jutta. "The Concept of the Supremacy of the Constitution". *Modern Law Review* 64, n.º 1 (2001): 1-10.

Mateucci, Nicola. *Organización del poder y la libertad. Historia del constitucionalismo moderno*. Traducido por F. J. Ansuátegui Roig y M. Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

Neria Govea, Miguel. "Reforma constitucional (control jurisdiccional)". En *Glosario de Derecho Público Comparado*. Coordinado por Lucio Pegoraro. Versión en español al cuidado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Michael Núñez Torres, César Astudillo, Gastón Enríquez Fuentes, Pedro Torres Estrada. México: UNAM, UANL, IMDPC, Porrúa, 2012.

Nogueira Alcalá, Humberto. "Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional". *Ius Et Praxis* 15, n.º 1 (2009): 229-262.

Núñez Torres, Michael. *La capacidad legislativa del Gobierno desde el concepto de institución. Paradigma de Venezuela y España*. México: Porrúa, 2006.

Núñez Torres, Michael. "Nuevas tendencias en el derecho constitucional del siglo XXI o el regreso de concepciones clásicas del Estado". En *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho.* Compilado por Pedro Torres Estrada. México: Limusa Noriega, 2006.

Recasens Siches, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho,* 21.ª ed. México: Porrúa, 2013.

Romano, Santi. "El Estado moderno y su crisis". *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 15, traducción de Francisco Durán Ruiz (2011): 635-654.

Roznai, Yaniv. "Unconstitutional Constitutional Amendments. The migration and success of a Constitutional Idea". *The American Journal of Comparative Law* 61, n.º 3 (2013): 657-720.

Ruipérez, Javier. "De la reforma constitucional. Consideraciones sobre su concepto y funciones". En *La reforma constitucional. Sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado.* Coordinado por Pedro Torres Estrada y Michael Núñez Torres. México: Porrúa, 2010.

Ullah, Aman y Uzair Samee. "Basic Structure of Constitution: Impact of Kesavananda Bharati on Constitution Status of Fundamental Rights". *A research Journal of South Asian Studies* 26, n.º 2 (2011): 299-309.

Jurisprudencia nacional

SCJN. P. XXXV/2002 (9ª.), agosto de 2002.
SCJN. P./J. 39/2002 (9ª.), septiembre de 2002.
SCJN. P. XXII/2006 (9ª.), febrero de 2006.
SCJN. P. VIII/2009 (9ª.), abril de 2009.
SCJN. P. IV/2009 (9ª.), abril de 2009.
SCJN. P. LXXVI/2009 (9ª.), diciembre de 2009.
SCJN. P. LXXV/2009 (9ª.), diciembre de 2009.
SCJN. I.50.C. J/30 (10ª.), octubre de 2011.
SCJN. I.50.C. J/31 (10ª.), octubre de 2011.
SCJN. 2a./J. 38/2012 (10ª.), abril de 2012.
SCJN. 1a./J. 37/2016 (10ª.), agosto de 2016.
SCJ, Primera Sala. Amparo en Revisión 519/2008.
SCJ, Primera Sala. Amparo en Revisión 541/2008.
SCJ, Primera Sala. Amparo en Revisión 544/2008.
SCJ, Primera Sala. Amparo en Revisión 548/2008.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXVIII, BOGOTÁ, 2022, PP. 469-491, ISSN 2346-0849

Mauricio José C. Rosales* **(Honduras)**

La protección del derecho a la propia imagen en las redes sociales virtuales: principal desafío del derecho constitucional contemporáneo

RESUMEN

El apogeo de las redes sociales ha sido un factor preponderante para el establecimiento de un nuevo modelo de relaciones sociales, donde los seres humanos interactúan a través de espacios virtuales con características particulares de dinámica social, distintas a las formas convencionales de las últimas décadas. Por ello, estos espacios digitales forman parte central de las actividades del ser humano en el siglo XXI, dado que las personas han sido capaces de crear contenido de información o entretenimiento, realizar actos de comercio y mantener la comunicación con familiares y amistades. No obstante, el uso de las redes sociales ha ocasionado también una pérdida del control sobre la captación, difusión y publicación de la propia imagen de un individuo, produciendo así desafíos normativos para el derecho constitucional contemporáneo en lo relativo a la protección de este derecho.

Palabras clave: derecho constitucional; propia imagen; redes sociales.

The protection of the right to one's own image on virtual social networks: an analysis of the main challenge facing contemporary constitutional law

ABSTRACT

The heyday of social networks has been a preponderant factor for the establishment of a new model of social relations, in which human beings interact and relate to each other by means of virtual spaces with particular social dynamic characteristics that are

* Abogado, Universidad Nacional Autónoma de Honduras (UNAH); máster en Derecho Constitucional, Universidad de Valencia (España). Asesor y director en juicio del Consultorio Jurídico Gratuito de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UNAH. mauricio.cantor@unah.edu.hn / código orcid: 0000-0002-E8177-4504.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

different from the conventional forms of recent decades. These digital spaces form a central part of human activities in the 21st century, given that they have enabled people to create information or entertainment content, engage in commerce, and communicate with family and friends. However, the use of social networks has also resulted in a loss of control over the capture, dissemination, and publication of an individual's own image, thereby producing normative challenges for contemporary constitutional law in relation to the protection of this right.

Keywords: Constitutional law; one's own image; social networks.

Der Schutz des Rechts am eigenen Bild gegenüber den virtuellen sozialen Netzwerken: eine Analyse der wichtigsten Herausforderung an das heutige Verfassungsrecht

ZUSAMMENFASSUNG:

Das Aufblühen der sozialen Netzwerke ist ein dominierender Faktor bei der Etablierung eines neuen Modells der sozialen Beziehungen, in dem die Menschen mithilfe von virtuellen Räumen mit eigenen Charakteristiken sozialer Dynamik interagieren und miteinander kommunizieren, die sich von den überkommenen Formen der letzten Jahrzehnte unterscheiden. Diese digitalen Räume sind insofern ein zentraler Bestandteil der menschlichen Aktivitäten im 21. Jahrhundert, als die Personen durch sie in die Lage versetzt werden, Informations- oder Unterhaltungsinhalte zu schaffen, Handel zu treiben und die Kommunikation mit Angehörigen und Freunden aufrechtzuerhalten. Die Nutzung sozialer Netzwerke hat jedoch auch zu einem Kontrollverlust der Individuen bei der Aufnahme, Verbreitung und Veröffentlichung des eigenen Bildes geführt und stellt damit normative Herausforderungen an das heutige Verfassungsrecht, die den Schutz dieses Rechts betreffen.

Schlagwörter: Verfassungsrecht; eigenes Bild; soziale Netzwerke.

Introducción

La construcción y el lanzamiento del primer cliente web en la década de los noventa permitió que las personas establecieran una forma moderna de interacción, teniendo la posibilidad de compartir a través de internet todo tipo de contenidos, datos, documentos, grabaciones, imágenes, etc. Sin embargo, con la evolución a la denominada web 2.0 (web social), las tecnologías de la información y comunicación han permitido que los usuarios interactúen y colaboren entre sí, pasando de ser sujetos pasivos, que simplemente recibían o publicaban información en la red sin ninguna posibilidad de interacción, a convertirse realmente en sujetos activos, creadores de contenido.

Lo anterior ha ocasionado que la distribución de la información y la comunicación entre personas adquiera un nuevo modelo de relaciones sociales,[1] en la cual los seres humanos interactúan y se relacionan entre sí por medio de nuevos espacios con características particulares de dinámica social, distintas a las formas convencionales de las últimas dos décadas. En gran medida, esto se explica por el uso generalizado de internet, la posesión de teléfonos inteligentes, el surgimiento y manejo de las redes sociales virtuales, tales como Facebook, YouTube, Instagram, Tik Tok, LinkedIn, Twitter, entre otros, y la brecha generacional existente entre las personas que nacieron y vivieron su niñez y adolescencia con estas tecnologías, en comparación con las que tuvieron que adaptarse y aprender a utilizarlas.

El avance a la era digital y el acoplamiento del ser humano a estos nuevos modos de interacción en las redes sociales han contribuido a que la fluidez informativa en la actualidad desdibuje ciertos elementos centrales de los derechos fundamentales, como la propia imagen, en virtud de que captar, reproducir, difundir o publicar la efigie de una persona sin su consentimiento a partir de fotografías que se encuentran cargadas en la red es una labor relativamente sencilla y cada vez más normalizada por los usuarios.

Así pues, la actividad de los usuarios en las redes sociales está marcada por aspectos particulares, tales como el anonimato total o parcial y el contacto sincrónico o asincrónico, lo cual propicia situaciones en donde un sujeto denominado "A" accede desde cualquier dispositivo al perfil de red social de un sujeto denominado "B"; acto seguido, "A" se dirige al conjunto de fotografías almacenadas por "B" y, valiéndose de las facilidades que ofrece la configuración de la red social o del dispositivo utilizado, el sujeto "A" selecciona y descarga una fotografía del sujeto "B", archivándola de esta manera en la memoria de su dispositivo y teniendo la posibilidad de utilizarla para diversos fines, todo ello sin contar con la autorización del titular de la imagen.

En ese sentido, el problema concreto que afronta el derecho constitucional contemporáneo en relación con la propia imagen en el contexto de las redes sociales estriba, principalmente, en la fluidez informativa en forma de fotografías y videos que circulan diaria y masivamente en la red, lo cual propicia, a su vez, que los usuarios presupongan que este contenido es de naturaleza pública, de libre acceso y que puede ser captado y difundido sin la necesidad de contar con el consentimiento del titular, ocasionando de esta manera una pérdida del control del individuo sobre el derecho a su propia imagen, en tanto y en cuanto se ve anulada su facultad de libertad de decisión en lo relativo a dónde, cuándo, por quién y cómo se capta o reproduce su propia efigie.

Por tanto, el objeto de estudio del presente artículo se focaliza exclusivamente en el derecho a la propia imagen de los usuarios en general que utilizan las redes

[1] Elizabeth M. Ryan, "Sexting: How the state prevent a moment of indiscretion from leading to a lifetime of unintended consequences for minors and young adults", *Iowa Law Review* 96, n.º 1 (2010): 357-383, 358.

sociales, por lo que se excluye de este grupo a las personas que ejercen un cargo público, una profesión de notoriedad o proyección pública. En consecuencia, el propósito de este trabajo consiste en identificar el principal desafío que afronta el derecho constitucional contemporáneo en lo relativo a la protección del derecho a la propia imagen en las redes sociales y, a su vez, reflexionar sobre el rol del Estado, de las compañías propietarias de estos espacios digitales y de los usuarios en la red, para así delimitar buenas prácticas que pueden adoptarse para superar el principal reto que impone esta era tecnológica.

Por ello, tomando en consideración el objetivo planteado, esta investigación es de tipo dogmático, basada en un modelo epistemológico de racionalismo jurídico, toda vez que descansa en la observación teórica sobre la naturaleza jurídica, el contenido y el alcance del derecho a la propia imagen, para realizar una labor de análisis y raciocinio con el propósito de trasladar y acoplar estar nociones de la era analógica al ámbito tecnológico actual.

Todo lo anterior se fundamenta en los parámetros y procesos del método descriptivo, analítico y explicativo. Descriptivo, por cuanto se traza y detalla el contenido, el alcance, los bienes jurídicos y los límites del derecho a la propia imagen, precisando, a su vez, los desafíos que afronta el derecho constitucional contemporáneo y el rol que deben asumir los Estados, las compañías propietarias de redes sociales y los usuarios de la red. Finalmente, es analítico y explicativo, en virtud de que se examinan estos componentes desarrollados del derecho a la propia imagen y se trasladan al ámbito de las redes sociales, procurando de esta manera sustentar de forma clara y precisa las razones que determinan su protección en estos espacios digitales.

1. El contenido esencial del derecho a la propia imagen

La teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales establece que cada derecho contiene un núcleo fijo e inmutable, de manera que cualquier disminución, tergiversación, regresividad o contravención a este núcleo resulta en una conducta ilícita y violatoria del derecho fundamental en cuestión.[2] Dicho esto, el contenido mínimo y esencial del derecho a la propia imagen consiste en la atribución que tiene una persona de determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos, que no se limita exclusivamente a las facciones del rostro de un individuo, sino que también abarca toda la extensión del cuerpo humano y los rasgos característicos que hacen reconocible a un sujeto.[3] Asimismo, este derecho otorga la facultad de

[2] Rogelio López, "Indeterminación y contenido esencial de los derechos humanos en la Constitución mexicana", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 37 (2017): 251, doi: http://dx.doi.org/10.22201/iij.24484881e.2017.37.11458.

[3] Francisco de Paula Blasco, "Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen", en *Bienes de la personalidad* , edit. por Asociación de Profesores de Derecho Civil (Salamanca: Universidad de Murcia, 2008), 22.

impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad.[4]

Sobre esa línea de pensamiento, es menester resaltar que esta concepción constitucional entraña una naturaleza bifronte, es decir que hay un concepto o ámbito positivo y un concepto o ámbito negativo del derecho a la propia imagen.[5] Así pues, la primera dimensión atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puedan tener difusión pública;[6] dicho de otra manera, otorga la capacidad a la persona de autodefinir y determinar desde el punto de vista estético o somático su apariencia exterior y, a su vez, concede la potestad de decidir qué parte de su imagen será difundida y qué parte no, ya sea de manera onerosa o gratuita.[7]

Por otro lado, la dimensión negativa implica la facultad de control que tiene un individuo para impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida[8] y el espacio en el que haya sido obtenida, esto es, en ámbito público o privado.[9]

Por tanto, a partir de estas premisas se puede colegir que el bien jurídico protegido por el derecho a la propia imagen es la figura humana, es decir, los rasgos físicos de una persona que reflejan la cara externa de la personalidad, cuya protección constitucional procura preservar el valor fundamental de la dignidad humana.[10]

1.1. El consentimiento como piedra angular del derecho a la propia imagen

Tomando en consideración la construcción jurídica del núcleo inherente al derecho a la propia imagen, se puede inferir que una de las cualidades propias que definen y distinguen este derecho se focaliza en el rol y valor jurídico preponderante del consentimiento.

En ese sentido, el acto de consentimiento consiste en la manifestación de voluntad que una persona otorga a otra para aceptar la realización de una determinada cosa o conducta, conforme a una oferta.[11] Por consiguiente, el consentimiento funge como una causa de exclusión de la ilegitimidad de una intromisión en la captación,

---

4 Tribunal Constitucional Español, STC 81/2001 de 26 de marzo de 2001, 2.

5 Tribunal Constitucional Español, STC 81/2001 de 26 de marzo de 2001, 20.

6 Tribunal Constitucional Español, STC 139/2001 de 18 de junio de 2001, 10.

7 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-546-2016 de 11 de octubre de 2016, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, 29.

8 Tribunal Constitucional Español, STC 72/2007 de 16 de abril de 2007, 9.

9 Humberto Nogueira, "El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización", *Ius et Praxis*, vol. 13, n.º 1 (2007): 263.

10 José Ramón de Verda, "El derecho a la propia imagen", *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 2 (2006): 187.

11 Guillermo Cabanellas, *Diccionario jurídico elemental* (Buenos Aires: Heliasta, 1993), 70.

difusión, publicación o reproducción de los rasgos físicos del titular de la imagen, en la cual, de no haberse otorgado dicho consentimiento, la conducta llevada a cabo será contraria a derecho, por lo que se generaría una obligación de resarcir el daño moral causado.

En ese orden de ideas, el consentimiento debe reunir la condición de ser otorgado de forma expresa, lo cual no implica necesariamente que se otorgue por escrito, sino que pueda deducirse de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas o dudosas.[12] Asimismo, este consentimiento no puede ser general; por el contrario, deberá de ser específico, por lo que habrá de referirse a cada acto concreto de intromisión,[13] es decir, que el titular deberá otorgar un consentimiento para permitir la captación, otro para la difusión y uno adicional para la reproducción de su propia efigie.

Bajo estas premisas, se infiere, entonces, que la característica esencial del consentimiento debe reunir cuatro estándares para que pueda ser considerado legítimo. En otras palabras, el consentimiento en cada acto de intromisión que pretenda el tercero interesado debe ser a) libre, b) previo, c) informado y específico, y d) inequívoco.

a) Libre
   Por libertad en el consentimiento debe entenderse cuando este es otorgado sin ningún tipo de error, violencia, intimidación o cualquier tipo de coacción, presión física o psíquica que influya de manera directa o indirecta en la conducta del titular de la imagen para asentir la intromisión a su derecho.[14]
b) Previo
   Este estándar refiere a que el consentimiento debe darse antes de que el acto de captar, difundir, publicar o reproducir la imagen del titular se ejecute, en virtud de que, de realizarlo con posterioridad, se está pretendiendo legitimar intervenciones que en su origen y en principio fueron no consentidas y, por tanto, atentatorias del derecho a la propia imagen.[15]
c) Informado y específico
   Este estándar debe concebirse como un verdadero instrumento de participación, en donde el titular de la imagen y la persona interesada entablan un verdadero diálogo basado en principios de buena fe, con miras a conocer la finalidad específica que pretende el interesado y el destino que se intenta

---

[12] Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil, STS 1116/2002 de 25 de noviembre de 2002, 4.

[13] Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil, STS 769/2006 de 22 de febrero de 2006, 3.

[14] Reinaldo Cruz, *Obligaciones y contratos en general*, 2.ª ed. (San Pedro Sula: Librería Cultura, 1984), 151.

[15] Nogueira, "El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización", 274.

dar con la imagen del titular.[16] Todo ello servirá para que el titular sopese los riesgos, ventajas y/o consecuencias que persigue el interesado con el tratamiento de la imagen, para así tomar una decisión sobre el otorgamiento de su consentimiento y, de ser el caso, ejercer los derechos que le asistan.[17]
Lo anterior significa, *prima facie,* que el titular de la imagen debe estar en pleno conocimiento sobre el tipo de fotografía que se pretende captar, es decir, qué partes de sus rasgos físicos se expondrán; asimismo, saber el tipo de intromisión que se persigue, ya sea la mera captación o si también se busca obtener el consentimiento para que la imagen sea publicada, difundida y reproducida. De igual manera, el titular debe conocer el tipo de medio en el que se pretende exhibir su imagen, ya sea un medio impreso, televisivo, redes sociales o análogos, y, finalmente, el titular debe saber la finalidad o actividad perseguida por el tercero interesado, es decir, si existe una finalidad informativa, comercial, científica, cultural o análoga.

d) Inequívoco
Este estándar refiere que el consentimiento se rige bajo un principio de antiformalidad jurídica, según el cual la aceptación y autorización del titular del derecho a la propia imagen no exige que debe otorgarse siguiendo una serie de pautas o requisitos legales que delimiten y validen la forma en que se debe prestar el consentimiento,[18] verbigracia, que deba constar por escrito, en documento público o privado, otorgado frente a un ministro de fe pública, o, por el contrario, que si se otorga verbalmente, debe contar con la presencia de un número determinado de testigos que den fe del acto.

Por tanto, la persona interesada en captar, difundir, publicar o reproducir los rasgos físicos de otra persona debe emplear cualesquiera de los medios necesarios que tenga a su alcance para hacer constar y que no queden dudas de que el titular de la imagen efectivamente ha brindado su consentimiento.[19] En consecuencia, la carga de la prueba de acreditar tal manifestación corresponderá al tercero interesado.

Por ello, resulta desacertado creer que es lícita toda captación de la efigie de una persona que se propicia en espacios públicos, en virtud de que la determinación de un sujeto de concurrir a un lugar abarrotado de personas y beneficiarse de este espacio para su recreación personal, no implica, *per se*, una presunción, suposición o incluso conclusión inequívoca de otorgamiento de consentimiento del titular para la captación de su efigie, salvo en circunstancias en las cuales se esté frente a un acontecimiento

---

[16] Cfr. Mónica Arenas, "La validez del consentimiento en las redes sociales *on line*", en *Derecho y redes sociales*, ed. por Artemi Rallo Lombarte y Ricard Martínez Martínez (Madrid: Civitas Thomson Reuters, 2013): 123 y ss.

[17] Arenas, "La validez del consentimiento en las redes sociales *on line*", 123 y ss.

[18] Cfr. Ana Karina Timm, "Antiformalismo jurídico, aproximaciones básicas", *Revista de Derechos Fundamentales*, n.º 11 (2014): 215.

[19] Cfr. Arenas, "La validez del consentimiento en las redes sociales *on line*", 125 a 127.

público y la imagen de una persona determinada aparece como elemento meramente accesorio a la misma, en cuyas circunstancias será lícita tal captación.[20]

1.2. Límites al ejercicio del derecho a la propia imagen

El derecho a la propia imagen, como muchos otros derechos constitucionales, no es de carácter absoluto, por lo que puede estar sujeto a determinadas limitaciones derivadas de otros valores y derechos fundamentales,[21] como en el caso más paradigmático, su colisión con el derecho a la libertad de información o expresión. Por ello, en determinadas circunstancias será lícito captar, reproducir o publicar la efigie de una persona sin su consentimiento, siempre y cuando las razones que justifican la injerencia se basen en los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.[22]

Sobre este particular, es importante destacar que las intromisiones consideradas como legítimas al ejercicio del derecho a la propia imagen pueden clasificarse en atención a las causas que justifican tal injerencia, como a) aquellas basadas en un interés histórico, cultural o científico, y b) aquellas basadas en un interés público que produce una colisión con otros derechos fundamentales como la libertad de expresión, en cuyo caso ameritará el ejercicio de la ponderación.

a. Interés histórico, cultural y científico

En relación con el interés histórico, debe entenderse no solo como aquel que se da en los sucesos del pasado que han marcado la evolución histórica de una sociedad, sino también aquellos sucesos que forman parte de la memoria actual y diaria de la colectividad humana; pero este ámbito de injerencia legítima al derecho a la propia imagen se justificará solo cuando concurre un criterio de relevancia, es decir que la utilidad o valor informativo de un acontecimiento desplaza el requisito *sine qua non* de contar con el consentimiento del titular para captar o utilizar su efigie, lo que implica una legitimación lícita de la intromisión.[23]

Atendido lo anterior, para determinar la existencia de un interés histórico, deberá analizarse la naturaleza misma del hecho; con ello, se permitirá determinar un espectro diferenciador entre lo que constituiría un hecho histórico y un mero acontecimiento o suceso aislado sin relevancia histórica. En consecuencia, sin ánimo de establecer una estandarización *numerus clausus*, para determinar la existencia de un hecho histórico, deberá tomarse en cuenta: a) la relevancia, es decir que el hecho cause un impacto

---

[20] Nogueira, "El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización", 277.

[21] Tribunal Constitucional Español, STC 254/1988 de 21 de diciembre de 1988, 5.

[22] Tribunal Constitucional Español, STC 14/2003 de 28 de enero de 2003, 29.

[23] Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil, STS 5357/1996 de 7 de octubre de 1996, 3.

social, político, cultural o económico en una comunidad determinada, ya sea a nivel mundial, nacional o local; b) que esté relacionado con otros sucesos, esto es, que forme parte de un proceso de causa y efecto; c) que haya propiciado un cambio o una ruptura respecto al pasado; y d) que el hecho sea protagonizado por seres humanos.

Por otro lado, en relación con el interés científico, se reputará su existencia en tanto y en cuanto la utilidad o valor informativo de dicha imagen aporte un avance del conocimiento de cada una de las ciencias, por lo que es legítimo introducirlas en libros, proyectarlas en conferencias, aulas, folletos, publicaciones, etc., siempre y cuando no se revele la identidad de la persona, ya que de no hacerlo se podría considerar intromisión en la vida privada del individuo,[24] toda vez que la identificabilidad del sujeto carece de interés científico. Por ello, en este tipo de imágenes se debe procurar censurar el rostro o aquellos rasgos característicos del cuerpo que hagan identificable al individuo, en virtud de que el bien jurídico protegido en estas circunstancias es la intimidad de la persona, toda vez que la condición de salud forma parte de la información particular que un sujeto puede decidir legítimamente mantener fuera del conocimiento de terceros.

Con respecto al interés cultural, debe entenderse que este hace referencia a las necesidades de índole espiritual o evoca el conjunto de manifestaciones de modos de vida, costumbres o conocimientos científicos, literarios y artísticos de una persona o sociedad que conforman una época.[25] Por tanto, en este contexto, la intromisión legítima en el ejercicio del derecho a la propia imagen deberá fundamentarse en el análisis de la finalidad informativa de naturaleza cultural, en virtud de que no puede encubrirse el uso de la imagen para fines publicitarios, bajo el argumento del interés cultural.

Lo anterior, entonces, deja claro que la invocación del interés cultural debe ser relevante y no debe ofrecer duda alguna, por lo que el valor informativo de las costumbres, modos de vida o conocimientos artísticos, literarios o científicos debe resultar digno de distinción para la sociedad y no debe entrañar un valor meramente informativo con la finalidad de difundir o promover, con o sin fines de lucro, la campaña de un producto, servicio o valores morales.[26]

b. Interés público y su ponderación con la libertad de información y expresión

En estas circunstancias, se autoriza la captación, reproducción y publicación de la imagen de una persona, prescindiendo de su conocimiento, por entender que existe

---

[24] Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil, STS 17636/1992 de 29 de septiembre de 1992, 4.

[25] Cfr. María Rovira, *El derecho a la propia imagen (especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito)* (Granada: Comares, 2000), 101 y ss.

[26] Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil, STS 5357/1996 de 7 de octubre de 1996, 3 y ss.

un interés público prevalente en razón del derecho de libertad de información y expresión, con lo cual se fundamenta y justifica tal intromisión.

Dicho esto, el caso paradigmático en estos supuestos es cuando los rasgos físicos de una determinada persona aparecen como un elemento accesorio a un suceso o acontecimiento público. De esta manera, se entiende que, en estos casos, el individuo no debe reunir una condición especial, como tratarse de un personaje público, notorio o con proyección pública; *contrario sensu*¸ estos supuestos son aplicables a cualquier tipo de persona, indistintamente de su etiqueta social o cargo que se le atribuya.

En ese sentido, se debe entender que el concepto de accesoriedad opera en función de una relación de subordinación con el suceso o acontecimiento que se ilustra, el cual debe ser objeto principal de la noticia o reportaje.[27] Por lo tanto, la representación gráfica de la persona debe ser realizada de tal modo que no acabe convirtiendo el titular de la imagen en el objeto principal de la información.[28]

En síntesis, al efecto de determinar el carácter accesorio de la imagen, habrá que ponderar el tamaño y plano desde donde se capta, en relación con el de la página en la que aparece publicada, tratándose de medios de comunicación impresos, o en relación con el de la pantalla, si aparece reproducido en televisión. Asimismo, habrá de tener en cuenta el carácter fugaz o repetitivo de la representación gráfica del individuo.[29]

2. La funcionalidad de las redes sociales virtuales y su relación intrínseca con la propia imagen

Las redes sociales virtuales pueden definirse como aquellos servicios de la sociedad de la información que ofrecen a los usuarios una plataforma de comunicación a través de internet, para que estos generen un perfil con sus datos personales, facilitando la creación de redes con base en criterios comunes y permitiendo la conexión e interacción con otros usuarios.[30]

Así pues, en esta sociedad en red existe una gran diversificación de tipologías de redes sociales virtuales que ofrecen distintos servicios y modos de transmisión de la información, y, a su vez, son utilizadas por las diversas generaciones de usuarios con finalidades diferentes. Por ello, las redes sociales virtuales pueden clasificarse en tres grandes grupos, a saber: a) redes sociales de comunicación, por las que los usuarios pueden interactuar con sus congéneres por medio de la publicación de fotografías,

---

[27] Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil, STS 4674/2004 de 1 de julio de 2004, 3.

[28] De Verda, "El derecho a la propia imagen", 205.

[29] De Verda, "El derecho a la propia imagen", 206.

[30] Paula Ortiz, "Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal", en *Derecho y redes sociales*, ed. por Artemi Rallo Lombarte y Ricard Martínez Martínez (Madrid: Civitas Thomson Reuters, 2013): 5.

videos, comentarios, reflexiones, aficiones y preferencias de todo tipo; b) redes sociales especializadas, centradas en un eje temático con la finalidad de unir a colectivos con los mismos intereses, y c) redes sociales profesionales, que permiten a los individuos buscar nuevas oportunidades de empleo.[31]

En ese orden de ideas, en términos generales, y sin atender a un modelo concreto de red social virtual, el funcionamiento de estas plataformas digitales se estructura en tres fases, a saber: a) momento de registro, que puede ser *motu proprio* o por invitación, en el que se suele solicitar los datos básicos, como nombre, apellidos, dirección de correo electrónico, sexo, fecha de nacimiento, y exhortar al usuario a que exporte una fotografía de perfil para que sus contactos o familiares lo identifiquen; b) utilización de la red social, que es la fase en la que el usuario desarrolla su actividad en la red, actualizando su estado e interactuando con los otros usuarios; y c) baja de la red social, la cual consiste en la suspensión o cancelación de la cuenta.[32]

Por ello, la interrelación de las personas en las redes sociales se rige bajo una serie de modalidades con características de expresión propias. El soporte visual es uno de estos rasgos cualitativos peculiares y constituye uno de los principales componentes de fluidez informativa en línea, y una de las razones primordiales por las cuales una persona utiliza redes sociales. De hecho, para el año 2021, el 27,9% de los 4,20 billones de habitantes en el mundo que poseían y utilizaban una red social, empleaban estos espacios para compartir fotografías o videos con otros usuarios.[33]

Dicho lo anterior, las políticas de términos y condiciones son uno de los puntos focales en los que se centra toda actividad y funcionamiento de una red social, en virtud de que por medio de estas políticas se procura regular toda la actividad y el comportamiento que debe existir entre un individuo, la empresa propietaria de la red social y la comunidad de usuarios en línea con quienes se interactúa constantemente. Por tal razón, estas disposiciones son concebidas como contratos electrónicos por adhesión,[34] lo que produce un efecto vinculante entre los sujetos intervinientes.

En ese sentido, las políticas de términos y condiciones de las redes sociales mayoritariamente utilizadas coinciden en establecer una serie de compromisos para sus usuarios, los cuales, para efectos prácticos y metodológicos, pueden dividirse en dos vertientes: los compromisos positivos y los compromisos negativos. Los primeros son entendidos como aquellos por medio de los cuales el usuario otorga un permiso a la red social en cuestión para proporcionar sus servicios y autorizar la utilización de sus datos, información, fotografías y videos; los segundos hacen referencia a todas aquellas disposiciones por medio de las cuales el usuario debe

---

[31] Ortiz, "Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal", 6 y ss.

[32] Ortiz, "Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal", 7.

[33] Simon Kemp, "Global overview report", acceso el 20 de enero de 2022, https://datareportal.com/reports/digital-2021-global-overview-report.

[34] Iñigo Maza y Rodrigo Uribe, "Términos y condiciones: acerca del supuesto carácter contractual de las autorizaciones para el tratamiento de datos personales en sitios web", *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 6, n.º 2 (2017): 39 y 40, doi: 10.5354/0719-2584.2017.46226.

abstenerse de realizar una determinada conducta que implique un quebrantamiento de las políticas de términos y condiciones de la red social.[35]

En cuanto a los compromisos positivos que se relacionan con el derecho a la propia imagen, destaca que el titular de la cuenta otorga un permiso a la red social para usar el contenido que el usuario crea y comparte, es decir que las fotografías o los videos, que pueden estar protegidos por leyes en materia de propiedad intelectual o industrial, pueden ser utilizados por la compañía a través de una denominada licencia de carácter universal, misma que puede ser empleada en cualquier parte del mundo y que es de carácter no exclusivo, transferible, sublicenciable y exento de pagos por derechos de autor para alojar, usar, distribuir, modificar, mantener, reproducir, mostrar o comunicar públicamente y traducir el contenido del usuario, así como para crear contenido derivado.

En otras palabras, esta licencia otorga a las redes sociales la potestad de que, si una persona comparte una fotografía, les autoriza a almacenarla, copiarla y compartirla con otros, como, por ejemplo, los proveedores de servicios que ayudan a proporcionar los productos que las redes sociales ofrecen. Todo esto se realizará de conformidad con el tipo de configuración de cuenta que tenga el usuario, es decir, si se trata de un perfil público o privado.

Asimismo, las normas comunitarias concretan una sección relativa a la seguridad, en donde estipula que no se permite contenido, como fotografías o videos, en donde se exponga la desnudez de los niños, fotografías íntimas compartidas sin el consentimiento de la persona retratada, realizar o publicar videos empleando *deepfake*, compartir información privada ni ningún comportamiento que pueda constituir *ciberbullying*.

Atendido lo anterior, puede colegirse que las políticas de términos y condiciones de las redes sociales mayoritariamente utilizadas, relacionadas con el derecho a la propia imagen, coinciden en distinguir tres tipos de fotografías que pueden ser exportadas a sus servidores, a saber: a) fotografías protegidas por propiedad intelectual, b) fotografías íntimas y c) fotografías neutrales, en cuyo caso, la publicación sin consentimiento de las dos primeras tipologías implicará una infracción a las reglas comunitarias, por lo que dicho comportamiento podrá ser reportado a través de las herramientas de denuncia que las redes sociales proveen.

---

[35] "Condiciones del servicio de Facebook", Meta, acceso el 22 de marzo 2022. https://www.facebook.com/legal/terms; "Normas comunitarias de Facebook", Meta, acceso el 26 de marzo 2022, https://www.facebook.com/communitystandards/safety; "Condiciones de uso de Instagram", Meta, acceso el 29 de marzo 2022, https://help.instagram.com/581066165581870; "Normas comunitarias de Instagram", Meta, acceso el 2 de abril 2022, https://help.instagram.com/477434105621119?helpref=page_content; "Política relativa al contenido multimedia de carácter delicado", Twitter, acceso el 4 de abril 2022, https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/media-policy; "Términos de servicio", Twitter, acceso el 5 de abril 2022, https://twitter.com/es/tos.

En ese sentido, para efectos de precisar terminológicamente estas categorías de fotografías y determinar su marco de protección, a la luz de las políticas de términos y condiciones y normas comunitarias de las redes sociales virtuales, ha de entenderse que las fotografías protegidas por propiedad intelectual son únicamente aquellas que tengan un valor artístico, es decir, que se caractericen por la existencia de un elemento de originalidad, esto es, que sea producto de una creación intelectual del autor que refleja su personalidad, sin que se tome en consideración ningún otro criterio como el mérito o la finalidad; por tanto, el fotógrafo incorpora el producto de su inteligencia a la obra (fotografía), un hacer de carácter personalísimo que trasciende la mera reproducción de la imagen de una persona bella, porque entonces el deleite que produce la contemplación procede de esta, pero no de la fotografía en sí, ni del hacer meramente reproductor del fotógrafo.[36]

Sobre este particular, conviene resaltar que las autofotos (*selfies*) o fotografías neutrales que exponen los rasgos físicos de una persona y son editadas mediante un proceso de incorporación de filtros fotográficos automatizados provistos por las herramientas de las aplicaciones móviles de estas redes sociales o mediante aplicaciones externas, no pueden ser consideradas como una producción de propiedad intelectual y, por tanto, estar sujetas al régimen de denuncia por infracción de derechos de autor; ello, en virtud de que estas fotografías carecen totalmente de valor artístico, porque aunque pueda existir una modificación de contraste, saturación, brillo, sombras, enfoque, nitidez o degradado en la fotografía, estas circunstancias de configuración no son determinantes para apreciar la originalidad o impronta de la personalidad de su realizador, por lo que deberán ser consideradas como meras fotografías.

Por otro lado, fotografías neutrales son aquellas que, en sentido negativo, carecen de los requisitos que conforma una obra artística, es decir que no media la existencia de originalidad, producto de la creación intelectual de la persona que capta o ejecuta la fotografía, como tampoco contienen información gráfica sobre la vida privada o familiar del retratado, sino que se limitan a mostrar el aspecto físico de una persona, de modo que lo haga reconocible, en cuyo caso el titular no tiene derechos morales como el reconocimiento de la paternidad e inmutabilidad de su obra.[37] Mientras tanto, las fotografías íntimas son aquellas que exponen aspectos esenciales de la vida privada de un individuo, como, por ejemplo, su desnudez total o parcial.[38]

En síntesis, la exposición de los rasgos físicos de una persona a través de fotografías o videos constituye un elemento fundamental de toda interacción de los usuarios en la red, en virtud de que la fotografía es inherente a la existencia de la propia cuenta de la red social, ya que las instrucciones iniciales predeterminadas

---

[36] María José Reyes, "Imagen y propiedad intelectual", *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 15 (2012): 62 y 63.

[37] Reyes, "Imagen y propiedad intelectual", 63 y ss.

[38] María del Mar Carrasco, "Sexting y revenge porn: la discusión acerca de su incriminación en EEUU y Canadá", *Revista de Derecho Penal*, n.º 24 (2016): 152.

por la red sugieren y exhortan al usuario a configurar su cuenta y exportar una fotografía de perfil. En consecuencia, cada fotografía o video que sube un usuario a su red social, ya sea de perfil o a su álbum de fotos, persigue una finalidad cualitativa definida por el propio titular.

Asimismo, pese a esta circunstancia, dentro de sus políticas de términos y condiciones, las redes sociales virtuales no estipulan cláusulas restrictivas orientadas a catalogar que toda actividad en donde un usuario capte, reproduzca o publique fotografías o videos que expongan los rasgos físicos de una persona sin su consentimiento, indistintamente de su naturaleza artística o íntima, pueda ser considerada un comportamiento contrario a las normas comunitarias, sujetas a sanciones por parte de la red en cuestión.

2.1. La anulación del consentimiento o pérdida de la facultad de control sobre la propia imagen como principal desafío que afronta el derecho constitucional contemporáneo

El uso de las redes sociales virtuales ha implicado, en cierta medida, una pérdida de control sobre los aspectos e información más íntima de una persona, como la exposición más frecuente y fluida de los rasgos físicos de un individuo, lo cual ha propiciado que la captación, reproducción y publicación de la efigie de una persona sin su consentimiento sea una práctica normalizada y cotidiana de los usuarios de la red, circunstancia que por sí sola origina una lesión al ejercicio de este derecho fundamental.

Por ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) reconoce que este progreso no significa que las personas deban quedar en una situación de vulnerabilidad frente al Estado o a los particulares; al contrario, de esta misma situación se deriva que el Estado tiene un deber de asumir un compromiso aún mayor con el fin de adecuar a los tiempos actuales las fórmulas tradicionales de protección de derechos.[39]

En consecuencia, como se ha podido observar, el derecho a la propia imagen implica necesariamente el otorgamiento del consentimiento del titular. Esto significa que si un tercero interesado desea captar, reproducir o publicar la efigie de una persona, necesita su autorización para poder llevar a cabo cada uno de estos actos, aunado a que el consentimiento deberá reunir los estándares de ser libre, previo, informado, específico e inequívoco.

Bajo esa premisa, la ausencia del consentimiento del titular implicará, *per se*, la configuración de la vulneración del derecho a la propia imagen. Sin embargo, las lagunas o ambigüedades terminológicas en las políticas de términos y condiciones de las redes sociales virtuales para regular y detallar la prestación del consentimiento para cada acto de intromisión en cualquier fotografía o video, ha llevado a

[39] Corte IDH, Caso Escher y otros *vs.* Brasil, Sentencia de 6 de julio de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 200, párrafo 115.

la construcción de una concepción distorsionada del consentimiento, en donde se presupone que todo el contenido que se comparte en la red social es de libre uso y, por tanto, se puede prescindir de la autorización del titular para captar, reproducir, publicar o utilizar las fotografías de una persona.

Pese a ello, las políticas de términos y condiciones de las redes sociales mayoritariamente utilizadas, coinciden en que el usuario declara ser propietario de todo el contenido e información que publica en su red social y puede controlar cómo se difunde o comparte su contenido a través de la configuración de privacidad de su perfil. Esto significa que, según la lógica de las políticas de la red social, si una persona configura su perfil como público, cualquier persona está autorizada para utilizar el contenido del titular, como fotografías, videos, publicaciones, etc.

Por otro lado, si la configuración es privada, la visualización y utilización del contenido se limitará al número de personas que figuran en la lista de amigos o seguidores del titular de la cuenta, en cuya circunstancia esta configuración tampoco funciona como una garantía que impida la captación, reproducción, publicación o difusión de los rasgos físicos de una persona sin su consentimiento; al contrario, sirve únicamente para limitar el número de personas que tienen acceso a visualizar e interactuar con ese contenido, por lo que quienes pertenezcan a esta lista determinada de contactos podrán igualmente realizar actos de intromisión al derecho a la propia imagen sin el consentimiento del titular.

Por consiguiente, indistintamente de la configuración de perfil que un usuario determine en su red social, las lagunas terminológicas sobre el uso o autorización de fotografías que se comparten en la red, aunadas a la existencia de herramientas provistas por las mismas redes sociales que propician la descarga de fotografías de personas y la utilización de *smartphones* por medio de los cuales se puede hacer capturas de pantalla sin mediar ninguna clase de notificación al titular de la cuenta, han llevado a una situación de anulación del control que tiene una persona sobre su propia efigie, en virtud de que en este contexto de espacios digitales se sustrae e incapacita al individuo para que pueda brindar su autorización de forma previa, libre, informada, específica e inequívoca para que su propia imagen sea captada, reproducida o publicada.

Contemplando de esta manera el panorama tecnológico que presupone todo uso de las redes sociales virtuales, es innegable, por obvio que parezca, que las personas continúan siendo titulares de sus derechos fundamentales y el contenido esencial de estos sigue siendo el mismo que en la era analógica. Por consiguiente, que un usuario suba, cuelgue o, en suma, exhiba una imagen para que puedan observarla otros usuarios, tan solo constituye el acto de ser observado en el lugar que él ha elegido (perfil, muro, etc.), por lo que no debe reputarse como un consentimiento indefinido y vinculante, extensible para que cualquier persona descargue y utilice las fotografías del titular de la cuenta.[40]

[40] Tribunal Constitucional Español, STC 27/2020 de 24 de febrero de 2020, 21.

En síntesis, el hecho de que los usuarios en la red normalicen un comportamiento de captación, reproducción y publicación no consentida de la propia imagen de otros usuarios en la red, no significa que el derecho a la propia imagen tenga que modificarse en función de disminuir determinadas prerrogativas o estándares de su contenido esencial, en virtud de que una vez que un elemento que constituya un *plus* de fortalecimiento de tal derecho, con independencia de la fuente de que provenga, dicho reconocimiento constituye un límite o un mínimo que no puede sobrepasarse, en el sentido de que si se retrocede, se afecta el contenido esencial del derecho.[41]

Por tanto, el derecho a la propia imagen determina que para todo acto de captación, reproducción o publicación de los rasgos físicos de una persona, cualquiera que sea el medio utilizado, será requisito *sine qua non* contar con el consentimiento de su titular, el cual deberá reunir los estándares de previo, libre, informado, específico e inequívoco. Por esta razón, la configuración pública o privada que defina un usuario al crear una cuenta de red social, no puede interpretarse como una presunción, suposición o conclusión inequívoca de otorgamiento de consentimiento del titular para que se utilice su efigie con una finalidad cualitativa distinta a la definida por el propio titular.

Por tal motivo, las empresas propietarias de las redes sociales se encuentran en el deber axiológico, deontológico y jurídico de adecuar sus plataformas para salvaguardar la dignidad de todo usuario en la red, en tanto y en cuanto los usuarios son consumidores de los productos y servicios que prestan. Entonces, estas empresas se benefician económicamente de la actividad realizada por cada usuario; en consecuencia, el espacio en el que se desenvuelve toda persona en el escenario digital debe estar libre de cualquier amenaza proveniente del Estado, la empresa prestadora del servicio o de los mismos usuarios de la red, que puedan afectar la esfera de derechos fundamentales de la persona humana.[42]

3. Precisiones sobre las obligaciones del Estado, las compañías propietarias de redes sociales y los usuarios en la red

Como se ha venido recalcando, el aporte que han brindado las redes sociales virtuales a la vida del ser humano es innegable; no obstante, en este contexto de avances acelerados de la tecnología, tampoco puede pasar desapercibido que la situación de algunos contornos de los derechos fundamentales, como la propia imagen, puede

---

[41] Florentín Meléndez y Red Iberoamericana de Jueces, *Manual de derechos humanos civiles y políticos para jueces y juezas de Latinoamérica* (Tegucigalpa: Fundación Konrad Adenauer, 2017), 70.

[42] Juan María Martínez, "Derechos fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales sin consentimiento", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 106 (2016): 141.

quedar desdibujada ante la utilización masificada de estas tecnologías de la información y de la comunicación. No obstante, a pesar de la fluidez informativa imperante en esta época, este progreso no significa que las personas dejan de gozar de derechos fundamentales, ni mucho menos que el contenido esencial de estas prerrogativas se disminuya, a tal punto de desnaturalizarlos.

Por consiguiente, la Constitución es un instrumento jurídico vivo que propende, *inter alia*, a la protección, el respeto y la garantía de los derechos fundamentales, razón por la cual su interpretación debe adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales.[43] Es decir, que a través de la actividad hermenéutica, sus disposiciones deben ser magnificadas para propiciar una reinterpretación del concepto, alcance y pensamiento normativo del derecho en cuestión, procurando hacer extensiva su adecuación y aplicabilidad a otros supuestos de hecho y de derecho, que no existían en el momento de promulgarse y ratificarse la Constitución.

En ese sentido, en materia de derechos fundamentales, la constitución consagra dos obligaciones torales, a saber: el respeto y la garantía. La obligación de respeto implica una noción axiológica y deontológica de carácter negativo, que se traduce en la abstención de los agentes estatales de coartar arbitrariamente el goce y ejercicio de los derechos fundamentales. Por otro lado, la obligación de garantía se refiere a que el Estado, en su objetivo de salvaguardar los derechos esenciales de la persona humana, debe adoptar todas aquellas medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole que permitan hacer efectiva la plena realización de esta gama de derechos.[44]

De esta manera, los derechos fundamentales se erigen como una garantía para la democracia de una nación; por tal razón, las obligaciones del Estado se articulan a través de un sistema de garantías de protección para los derechos fundamentales, los cuales se dividen en garantías primarias y garantías secundarias.[45] Las garantías primarias constituyen las obligaciones de prestación y las prohibiciones de lesión de los derechos fundamentales que deben respetar y asegurar a las personas contra cualquier acto del Estado o terceros públicos o privados. Por otro lado, las garantías secundarias constituyen las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las vulneraciones de las garantías primarias.[46]

---

[43] Cfr. Martín Ferrand Risso, "Mutación e interpretación evolutiva de la Constitución. Dos casos uruguayos", *Estudios Constitucionales* 15, n.º 1 (2017): 232 y ss., doi: http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002017000100008.

[44] Mauricio José Cantor, "La acción de amparo en Honduras: visión hacia una protección judicial efectiva", *Revista de Derecho*, n.º 39 (2018): 67, doi: https://doi.org/10.5377/lrd.v39i9.6795.

[45] Humberto Nogueira, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de Honduras, 2018), 101 y ss.

[46] Luigi Ferrajoli, "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 29 (2006): 25, 26 y 28, doi: https://doi.org/10.14198/DOXA2006.29.01.

Por tal motivo, para los operadores jurídicos y políticos, surge la responsabilidad de hacer efectivos los derechos fundamentales, superando antinomias y lagunas, y concretando garantías primarias y secundarias de estos derechos, además de generar una cultura jurídica en torno a estas prerrogativas mínimas y esenciales a la persona humana, en virtud de que su naturaleza es de carácter normativo. Por ende, la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida laguna, que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar.[47]

En síntesis, el Estado se encuentra en la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, a fin de establecer marcos jurídicos orientados a regular la conducta de las personas y establecer consecuencias jurídicas por captaciones, reproducciones o difusiones no consentidas del derecho a la propia imagen, indistintamente de si estas ocurren en un espacio material o digital. Asimismo, deben proveer mecanismos, procedimientos y recursos judiciales adecuados y efectivos para que el titular del derecho vulnerado pueda utilizarlos y así obtener una reparación al bien jurídico conculcado.

Al margen de lo expuesto, conviene plantearse cuál es el rol que deben tener las empresas propietarias de las redes sociales mayoritariamente utilizadas y de sus usuarios, al tenor del derecho constitucional, en virtud de que a través de la plataforma digital que ellos administran y que los usuarios utilizan, proveen sus servicios a distintos ciudadanos, quienes consumen los productos y servicios que estas redes proporcionan.

En ese sentido, es menester evocar que los derechos fundamentales, como la propia imagen, son prerrogativas mínimas y esenciales al ser humano, que se conciben, a su vez, como un sistema de valores objetivos que irradian al resto del ordenamiento jurídico. Este sistema de valores, que encuentra su núcleo en la personalidad humana, se desarrolla libremente en el interior de la comunidad social y la dignidad individual, por lo que debe regir en todos los ámbitos del derecho, ya que la legislación, la administración y la jurisprudencia reciben de él directrices e impulso.[48]

De acuerdo con lo anterior, estas directrices o impulsos que emanan de los derechos fundamentales generan un efecto expansivo que influye en el resto de las áreas del ordenamiento jurídico de un país, es decir, que al ser un conjunto de valores objetivos, los derechos fundamentales producen un efecto irradiador sobre todas las esferas del derecho, alcanzando incluso a las relaciones interindividuales. Ello implica que la obligación de respeto y garantía, que en principio está reconocida para el Estado, también es aplicable y extensible a los particulares en sus relaciones con otros particulares, lo que se traduce en la denominada doctrina alemana de

---

[47] Luigi Ferrajoli, *Los derechos y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis* (Madrid: Editorial Trotta, 2016): 63 y ss.

[48] Mauricio José Cantor, "La acción de amparo en Honduras: paradigma de la protección constitucional contra actos de particulares", *Revista de la Facultad de Derecho de México* 69, n.º 275-2 (2019): 706, doi: http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2019.275-2.71487.

la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares (*drittwirkung der grundrechte*).[49]

Así pues, se infiere que los sujetos que intervienen en el cumplimiento de este objetivo son, en primer lugar, el Estado, por medio de sus autoridades, que ostentan una investidura de poder público y que se encuentran vinculadas con la persona humana a través de su relación de mandatarias-subordinados. En segundo lugar, los particulares, que comprenden tanto a personas naturales como jurídicas, quienes no ostentan una investidura de poder público, pero que se relacionan entre sí por medio de actos o acuerdos de voluntades recíprocos, como los contratos.[50]

En ese orden de ideas, se puede colegir que las compañías proveedoras de las redes sociales, en el ámbito de sus actividades comerciales y en su relación con sus consumidores, se encuentran obligadas a respetar los derechos fundamentales de sus usuarios, absteniéndose de interferir arbitrariamente en el ejercicio o manifestación de un derecho en el espacio digital.

Asimismo, deben garantizar que otros usuarios no vulneren los derechos de sus congéneres en la red; sin embargo, esta obligación no puede operar de forma ilimitada, en la que se le atribuya responsabilidad a la red social por cualquier contenido subido por sus usuarios, que pueda afectar derechos fundamentales, en virtud de que, tal y como lo establece la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo, el prestador de este servicio en internet no tiene un deber de vigilar los contenidos que transmite ni es responsable de los mismos si son ilícitos, pero sí tiene el deber de retirar o bloquear los contenidos cuando las autoridades le comunican la ilicitud.

Por tanto, en relación particular con el derecho a la propia imagen, las compañías de redes sociales, en cumplimiento de la obligación de respeto a los derechos fundamentales, deben abstenerse de revelar fotografías de sus usuarios a un tercero distinto de la propia empresa, difundir de cualquier forma dicha información o conservar dichas fotografías después de que el titular ha dado de baja su perfil, etc., todo ello ejecutado sin el consentimiento del titular.

Por otro lado, en cumplimiento de su obligación de garantía, las redes sociales, en sus términos y condiciones de uso y normas comunitarias, deben establecer la tipificación de infracciones que impliquen un comportamiento de captación no consentida de fotografías o videos neutrales, en donde se reproducen simplemente los rasgos físicos de una persona determinada e identificable. Asimismo, deben establecer canales efectivos de denuncia para eliminar el contenido lesivo e imponer las sanciones que conforme a las políticas internas de las redes sociales sean aplicables al usuario infractor. De igual manera, deben eliminar aquellas herramientas que facilitan o propician la captación de fotografías de manera no consentida, en tanto

---

[49] Cantor, "La acción de amparo en Honduras: paradigma de la protección constitucional contra actos de particulares", 706.

[50] Cantor, "La acción de amparo en Honduras: paradigma de la protección constitucional contra actos de particulares", 713.

y en cuanto los usuarios, valiéndose de la propia configuración que provee la red social, están instrumentalizándola para ejecutar actos que atentan contra la propia imagen de una persona.

Finalmente, las redes sociales deben actuar de forma colaborativa con las instituciones judiciales o entes encargados de la investigación, para proveer la información pertinente que pueda contribuir a esclarecer y determinar la responsabilidad penal o civil de aquellos usuarios que han afectado bienes jurídicos protegidos y cuyo comportamiento ha generado la existencia de un daño moral y/o patrimonial contrario al ordenamiento jurídico.

Al margen de lo expuesto en relación con los usuarios de la red, dentro de una noción axiológica, el usuario debe de abstenerse de ejecutar este tipo de actos de captación, reproducción o publicación de la efigie de una persona sin haber contado previamente con el consentimiento del titular, so pena de incurrir en responsabilidad penal o civil y tener que indemnizar pecuniariamente al interesado por el acto lesivo ejecutado.

Conclusiones

Primera: El gran desafío que afronta el derecho constitucional contemporáneo en relación con el derecho a la propia imagen en el ámbito de las redes sociales virtuales, estriba en el establecimiento de garantías, mecanismos y procedimientos adecuados y efectivos que prevengan y subsanen la pérdida o anulación del individuo en su facultad de libertad de decisión, en lo relativo a dónde, cuándo, por quién y cómo se captará, reproducirá, publicará o difundirá su propia efigie en el ámbito de las redes sociales.

Segunda: Las empresas propietarias de redes sociales virtuales están en la obligación de respetar y garantizar también los derechos fundamentales de los usuarios de la red, en virtud de que, a pesar de que el domicilio de su empresa matriz está en el extranjero, sus servicios y productos son consumidos por otras personas en distintas partes del mundo, por lo que las redes sociales no pueden prestar sus servicios al margen de sacrificar e irrespetar el ordenamiento jurídico constitucional de un Estado.

Por ello, las redes sociales virtuales deben eliminar las herramientas que faciliten la descarga de fotografías o videos, pues los usuarios instrumentalizan este mecanismo para captar fotografías de otros usuarios sin que para ello se haya contado con el consentimiento libre, informado, específico e inequívoco del titular. Asimismo, tienen la obligación de establecer mecanismos de respuesta a la denuncia de contenido de forma rápida, incluso incorporando suspensiones breves del contenido, cuando el algoritmo de identificación de imagen detecte que existe algún elemento que comprometa la intimidad de otro usuario, y dejando en suspenso la publicación de dicha fotografía hasta que posteriormente sea verificada la infracción.

Tercera: los usuarios de las redes sociales tienen la obligación de abstenerse de descargar, compartir, publicar o difundir fotografías o videos de usuarios sin el consentimiento previo, libre, informado, específico e inequívoco del titular para realizar determinados actos de intromisión al derecho a la propia imagen. Igualmente, deben inhibirse de instrumentalizar o utilizar las imágenes para generar afectación a otros derechos de la persona, como el honor, la intimidad y la dignidad, so pena de incurrir en responsabilidad y en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. En consecuencia, el Estado tiene la fuerte obligación de concientizar a la población sobre los derechos fundamentales en la era digital y sus respectivos límites.

Bibliografia

Arenas, Mónica. "La validez del consentimiento en las redes sociales *on line*", en *Derecho y redes sociales*, editado por Artemi Rallo Lombarte y Ricard Martínez Martínez, 177-144. Madrid: Civitas Thomson Reuters, 2013.

Blasco, Francisco de Paula. "Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen". En *Bienes de la personalidad,* editado por Asociación de Profesores de Derecho Civil. Salamanca: Universidad de Murcia, 2008.

Cabanellas, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental*. Buenos Aires: Heliasta, 1993.

Cantor, Mauricio José. "La acción de amparo en Honduras: visión hacia una protección judicial efectiva". *Revista de Derecho*, n.º 39 (2018): 61-74. doi: https://doi.org/10.5377/lrd.v39i9.6795.

Cantor, Mauricio José. "La acción de amparo en Honduras: paradigma de la protección constitucional contra actos de particulares". *Revista de la Facultad de Derecho de México* 69, n.º 275-2 (2019): 699-726. doi: http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2019.275-2.71487.

Carrasco, María del Pilar. "Sexting y revenge porn: la discusión acerca de su incriminación en EEUU y Canadá". *Revista de Derecho Penal*, n.º 24 (2016): 149-174.

Cruz, Reinaldo. *Obligaciones y contratos en general*, 2.ª ed. San Pedro Sula: Librería Cultura, 1984.

De Verda, José Ramón. "El derecho a la propia imagen". *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 2 (2006): 179-206.

Ferrajoli, Luigi. "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 29 (2006): 15-31. doi: https://doi.org/10.14198/DOXA2006.29.01.

Ferrajoli, Luigi. *Los derechos y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis.* Madrid: Editorial Trotta, 2016.

Kemp, Simon. "Global overview report". Acceso el 20 de enero de 2022. https://datareportal.com/reports/digital-2021-global-overview-report.

López, Rogelio. "Indeterminación y contenido esencial de los derechos humanos en la Constitución mexicana". *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 37 (2017). doi: http://dx.doi.org/10.22201/iij.24484881e.2017.37.11458.

Martínez, Juan María. "Derechos fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales sin consentimiento". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 106 (2016): 119-148.

Maza, Iñigo y Rodrigo UribeUribe. "Términos y condiciones: acerca del supuesto carácter contractual de las autorizaciones para el tratamiento de datos personales en sitios web". *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 6, n.º 2 (2017): 25-55. doi: 10.5354/0719-2584.2017.46226.

Meléndez, Florentín y Red Iberoamericana de Jueces. *Manual de derechos humanos civiles y políticos para jueces y juezas de Latinoamerica*. Tegucigalpa: Fundación Konrad Adenauer, 2017.

Meta. "Condiciones del servicio de Facebook". Acceso el 22 de marzo 2022. https://www.facebook.com/legal/terms.

Meta. "Normas comunitarias de Facebook". Acceso el 26 de marzo 2022. https://www.facebook.com/communitystandards/safety.

Meta. "Condiciones de uso de Instagram". Acceso el 29 de marzo 2022. https://help.instagram.com/581066165581870.

Meta. "Normas comunitarias de Instagram". Acceso el 2 de abril 2022. https://help.instagram.com/477434105621119?helpref=page_content.

Nogueira, Humberto. "El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización". *Ius et Praxis*, vol. 13, n.º 1 (2007): 245-285.

Nogueira, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de Honduras, 2018.

Ortiz, Paula. "Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal". En *Derecho y redes sociales*, editado por Artemi Rallo y Ricard Martínez, 117-144. Madrid: Civitas Thomson Reuters, 2013.

Reyes, María José. "Imagen y propiedad intelectual". *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 15 (2012): 50-75.

Risso, Martín. "Mutación e interpretación evolutiva de la Constitución. Dos casos uruguayos". *Estudios Constitucionales* 15, n.º 1 (2017): 217-254. doi: http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002017000100008.

Rovira, María. *El derecho a la propia imagen (especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito)*. Granada: Comares, 2000.

Ryan, Elizabeth M. "Sexting: How the state prevent a moment of indiscretion from leading to a lifetime of unintended consequences for minors and young adults". *Iowa Law Review* 96, n.º 1 (2010): 357-383.

Timm, Ana Karina. "Antiformalismo jurídico, aproximaciones básicas". *Revista de Derechos Fundamentales*, n.º 11 (2014): 195-226.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-546-2016 de 11 de octubre de 2016. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte IDH. Caso Escher y otros *vs*. Brasil. Sentencia de 6 de julio de 2009. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 200.

Tribunal Constitucional Español. STC 254/1988 de 21 de diciembre de 1988.

Tribunal Constitucional Español. STC 81/2001 de 26 de marzo de 2001.

Tribunal Constitucional Español. STC 139/2001 de 18 de junio de 2001.

Tribunal Constitucional Español. STC 14/2003 de 28 de enero de 2003.

Tribunal Constitucional Español. STC 72/2007 de 16 de abril de 2007.

Tribunal Constitucional Español. STC 27/2020 de 24 de febrero de 2020.

Tribunal Supremo Español. Sala de lo Civil. STS 17636/1992 de 29 de septiembre de 1992.

Tribunal Supremo Español. Sala de lo Civil. STS 5357/1996 de 7 de octubre de 1996.

Tribunal Supremo Español. Sala de lo Civil. STS 1116/2002 de 25 de noviembre de 2002.

Tribunal Supremo Español. Sala de lo Civil. STS 4674/2004 de 1 de julio de 2004.

Tribunal Supremo Español. Sala de lo Civil. STS 769/2006 de 22 de febrero de 2006.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXVIII, BOGOTÁ, 2022, PP. 493-517, ISSN 2346-0849

Johanna Egas Velasco* **(Ecuador)**

Las acciones constitucionales como garantías de protección de los derechos de los animales en Ecuador

RESUMEN

En 2008, en Ecuador se promulgó una Constitución que reconoció a la naturaleza como sujeto de derechos. Hasta hace poco, debido a la laxitud de dicho reconocimiento, el alcance de esos derechos no estaba claro. Además, era debatido por muchos si los animales no humanos podían gozar de los derechos reconocidos a la naturaleza. No fue sino hasta el 27 de enero de 2022 cuando, mediante un fallo paradigmático, la Corte Constitucional del Ecuador razonó que los derechos de la naturaleza reconocidos en la Constitución protegen, bajo ciertas condiciones, a los animales no humanos. La Corte también indicó que la acción de *habeas corpus* podría ser un mecanismo idóneo para tutelar a los animales, lo cual no necesariamente implica que todos, bajo cualquier circunstancia, puedan ser beneficiarios de esta acción constitucional.

Palabras clave: animales no humanos; garantías constitucionales; sujeto de derechos.

Constitutional actions as guarantees of protection of the rights of animals in Ecuador

ABSTRACT

In 2008, Ecuador adopted a constitution that recognized nature as a subject of rights. Until recently, the scope of these rights was not clear due to the laxity of such recognition. Furthermore, many debated whether non-human animals could enjoy the recognized rights of nature. This was the case until January 27, 2022, when the Constitutional Court of Ecuador issued a paradigmatic ruling in which it reasoned that the rights of nature recognized in the Constitution protect non-human animals under

* Abogada con subespecialización en Derechos Humanos, Universidad San Francisco de Quito. Ha trabajado en la Cruz Roja ecuatoriana, en la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en la Secretaría de Derechos Humanos y actualmente es asesora en la Corte Constitucional del Ecuador. johannalejandra.egas@gmail.com / código orcid: 0000-0001-8826-5772.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

certain conditions. The Court also indicated that a *habeas corpus* action could be a suitable mechanism for protecting animals, which does not necessarily imply that all animals, under any circumstances, can be beneficiaries of this constitutional action.

Keywords: Non-human animals; constitutional guarantees; subject of rights.

Verfassungsbeschwerden als Garantien für den Schutz von Tierrechten in Ecuador

ZUSAMMENFASSUNG

In Ecuador wurde 2008 eine Verfassung verkündet, die die Natur als Rechtssubjekt anerkannte. Aufgrund der Unbestimmtheit dieser Anerkennung blieb der Geltungsbereich dieser Rechte bis vor Kurzem im Unklaren. Gegenstand von Diskussionen war außerdem die Frage, ob nicht-menschliche Tiere in den Genuss von anerkannten Rechten der Natur kommen konnten. Erst am 27. Januar 2022 argumentierte der Verfassungsgerichtshof von Ecuador in einem Grundsatzurteil, dass die in der Verfassung niedergelegten Rechte der Natur unter bestimmten Umständen auch nicht-menschliche Tiere unter ihren Schutz stellen. Das Gericht stellte weiterhin fest, dass der Antrag auf habeas corpus ein für den Tierschutz geeigneter Mechanismus sei, was aber nicht notwendigerweise bedeute, dass alle Tiere unter allen Umständen Nutznießer dieser Verfassungsbeschwerde werden können.

Schlagwörter: Nicht-menschliche Tiere; Verfassungsgarantien; Rechtssubjekt.

1. Los animales no humanos como sujetos de derecho

Con la promulgación de la Constitución de 2008, el Ecuador elevó el estatus de la naturaleza como objeto de derechos a sujeto de derechos, superando así la visión antropocentrista que regía el ordenamiento jurídico. Con ello, nació el debate relativo a si los derechos reconocidos a la naturaleza alcanzan a los animales no humanos.

A lo largo de los años, los animales no humanos han sido considerados como objetos de derecho, parte del patrimonio de las personas,[1] y han sido vistos como herramientas de utilidad para la vida de los seres humanos.[2] En tal virtud, el reconocimiento de derechos de los animales no humanos conlleva resistencia a nivel social, jurídico y político.

---

[1] Conforme el artículo 585 del Código Civil, vigente desde el año 2005, los animales son considerados como bienes muebles.

[2] Babatunde O. Alao *et al*., "The Potential of Animal By-Products in Food Systems: Production, Prospects and Challenges", *Sustainability* 9, n.º 7 (2017): 1089, https://doi.org/10.3390/su9071089.

Esta discusión ha sido abordada por la Corte Constitucional del Ecuador, que a través de un fallo histórico se sumó a una corriente protectora de los derechos de los animales no humanos y determinó que estos sí son sujetos de derechos.

Así, este artículo tiene la intención de analizar qué derechos ostentan los animales no humanos y si existen mecanismos de judicialización de dichos derechos, pues el mero reconocimiento de derechos podría resultar inútil sin la existencia de garantías judiciales que permitan la tutela de derechos.

En este sentido, es preciso definir a los sujetos de derecho, para lo cual se debe partir con la concepción sobre derecho subjetivo. Según Ferrajoli, el derecho subjetivo comprende

> cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas.[3]

Sujeto de derecho se refiere a todo ente que "que tiene la capacidad para ser sujeto de las normas jurídicas activa o pasivamente",[4] siendo así un centro de imputación de derechos o de obligaciones. Por lo tanto, las personas son sujeto de derechos, porque el ordenamiento jurídico les reconoce esa categoría. Luego el efecto jurídico del derecho subjetivo se refiere a que las personas puedan exigir esas obligaciones.

Antes de 2008, el ordenamiento jurídico ecuatoriano consideraba como sujetos de derechos solo a las personas, sean naturales o jurídicas,[5] por lo que hasta ese momento no se había ampliado el estatus del derecho subjetivo a los no humanos, a excepción de las personas jurídicas, bajo la teoría de la ficción jurídica.[6]

En el año 2008, el Ecuador cambió el paradigma respecto al tratamiento que el ordenamiento jurídico había otorgado a la naturaleza hasta ese momento, y la Constitución superó la concepción antropocentrista con la que se concebía a la naturaleza. Bajo esa concepción, el artículo 83, numeral 6, de la Constitución establece como obligación de los ecuatorianos y las ecuatorianas respetar los derechos de la

---

3 Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2007), 19.

4 Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Derecho civil. Parte general y personas,* Tomo I, decimoquinta edición (Bogotá: Temis, 2000), 293.

5 Pablo Ramírez Vélez, *La naturaleza como sujeto de derechos: materialización de los derechos, mecanismos procesales y la incidencia social en el Ecuador* (tesis de maestría, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales sede Ecuador, 2012), 69, https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/5308/2/TFLACSO-2012PMRV.pdf.

6 La Constitución previa a la vigente actualmente reconocía como sujetos de derechos solo a las personas. Así, por ejemplo, el artículo 16 de la Constitución de 1998 establecía que el "más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución".

naturaleza, preservar un ambiente sano y usar los recursos naturales de forma racional, sustentable y sostenible. De esta manera, se puede observar que la Constitución de 2008 reconoció una convivencia armónica entre los derechos de la naturaleza y los derechos humanos.

Para continuar con el análisis, es necesario acudir a los artículos que reconocen los derechos de la naturaleza. El artículo 10 de la Constitución prescribe que "[l]a naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución". Luego, el artículo 71 de la Constitución establece:

> La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.
>
> Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.
>
> El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

Por su parte, el artículo 72 de la Constitución determina que la naturaleza tiene derecho a la restauración, la cual será "independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados".

Así, la Constitución reconoce de forma expresa que la naturaleza tiene tres derechos, a saber: (i) a que se respete integralmente su existencia, (ii) al mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, y (iii) a la restauración. De la lectura de los artículos 10, 71 y 72 de la Constitución, existen al menos dos interpretaciones posibles. La primera interpretación responde a un pensamiento occidental antropocentrista que ha comprendido a la naturaleza como un medio al servicio del ser humano, que le garantice subsistencia y sustentabilidad económica.[7] Desde esa concepción, se comprendería a la naturaleza como un todo, por lo que esta sería protegida bajo escenarios muy específicos, como un daño ambiental.

En línea con lo anterior, existen quienes defienden que

> [l]os derechos de la naturaleza tienen un alcance claramente limitado en Ecuador. Se reconoce derechos a la naturaleza como un todo, y no a sus partes, que mantienen su estatus jurídico específico. A partir de esto, no puede

[7] Ramírez Vélez, "La naturaleza como sujeto de derechos", 34.

> colegirse que han dado origen a derechos de los animales, de los árboles, de las montañas o de los ríos.[8]

Así, en el Ecuador, bajo una interpretación formalista del artículo, los animales no podrían ser considerados como sujetos de derechos, por cuanto los derechos de la naturaleza protegerían a la naturaleza en su conjunto y no a los elementos bióticos y abióticos que la conforman.

Una segunda interpretación puede ser explicada desde una cosmovisión indígena, para la cual la naturaleza es parte de la convivencia diaria de las personas. Esta cosmovisión considera que los elementos de la naturaleza tienen espíritus que se conectan.[9] La naturaleza es de tal importancia que las personas indígenas la consideran como la madre generadora de vida y su convicción es que todas las personas "somos parte integrante de una gran colectividad de la madre naturaleza, en ella encarnan nuestras vidas, las de las plantas, los animales, los lagos, los ríos, y en ellas las WAKAS. La PACHAMAMA, nos proporciona energía, poder y continuidad".[10]

En esta segunda interpretación, los derechos de la naturaleza deben ser leídos de manera integral en la Constitución, por lo que sería un error pensar que estos derechos son únicamente los establecidos en los artículos 71 a 74 de la carta política.[11] Con fundamento en lo anterior, es lógico concluir que la naturaleza no solo puede ser vista como sujeto de derechos de manera aislada, sino que los elementos que la conforman, desde ciertas circunstancias, podrían ser considerados como tales; los animales no humanos serían uno de esos elementos.

La concepción aportada por la cosmovisión indígena adquiere particular relevancia en este análisis, por cuanto no solo el preámbulo de la Constitución invoca una nueva forma de convivencia, en diversidad y en armonía con la naturaleza, sino que, de forma expresa, el artículo 1 de la Constitución reconoce que el Ecuador es un país intercultural y plurinacional. De esta manera, la Constitución realza la importancia de que varias culturas dentro del Ecuador convivan, se respeten y se relacionen. De ahí que la cosmovisión indígena tiene la misma validez, relevancia y legitimidad que la visión antropocentrista occidental. Por consiguiente, resulta comprensible que la segunda interpretación relativa a que los derechos de la naturaleza reconocidos en la Constitución protegen también a los animales no humanos deba ser aceptada, toda vez que, conforme la Constitución, el Ecuador promueve el

---

[8] Farith Simón Campaña, *La naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución ecuatoriana: la construcción de una categoría de interculturalidad* (Bogotá: Universidad Libre, 2019), 323.

[9] Corte IDH, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs*. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012, Fondo y Reparaciones, Serie C, n.º 245, párrafo 27.

[10] Nelson Atupaña Chimbolema, *Estado y cosmovisión* (Quito: INREDH, 2017), 23-24.

[11] Esperanza Martínez y Alberto Acosta, "Los derechos de la naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible", *Revista Direito e Práxis* 8, n.º 4 (2017): 2935, https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350954304017.

respeto de la cosmovisión indígena, para la cual todos los componentes de la naturaleza son importantes para la convivencia e interacción de los pueblos indígenas. De hecho, como se analizará más adelante, en la Sentencia 253-20-JH/22, la Corte Constitucional interpretó que la Constitución ecuatoriana va más allá del antropocentrismo clásico y que, en respeto a los aportes del pluralismo, la interculturalidad y la cosmovisión indígena, la naturaleza y la protección de sus derechos abarcan a los animales no humanos.[12]

En este punto, conviene resaltar cuatro aproximaciones sobre la protección jurídica de los animales. La primera aproximación trata a los animales como cosas apropiables. El artículo 585 del Código Civil prescribe que los animales son considerados como bienes muebles semovientes. Entonces, en esta primera aproximación, los animales son objetos de protección en la medida en que son parte del patrimonio de las personas. Una segunda aproximación se refiere al bienestarismo animal, que se trata de una corriente que postula un trato menos cruel para los animales, y acepta su uso para beneficio de los seres humanos, es decir, acepta el uso de los animales para alimento, entretenimiento, experimentación, caza, entre otros.[13] La tercera identifica a los animales como objetos protegidos del medio ambiente, reconociéndoles un valor en función del ecosistema.[14] La última aproximación incluye el reconocimiento de los animales como sujetos de derechos, que, sin duda, constituye la forma más protectora. A esta corriente se han sumado algunos países del mundo.[15]

Por ejemplo, en el año 2014, la Cámara Federal de Casación Penal de la ciudad autónoma de Buenos Aires (Argentina), dentro de la Causa CCC 68831/2014/CFC1,[16] en la cual conoció un recurso de casación proveniente de la presentación de un *habeas corpus* en favor de una orangutana, consideró que "a partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática, menester es reconocer al animal el carácter de sujeto de derecho, pues los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos, por lo que se impone su protección en el ámbito competencial correspondiente". El fallo de casación en cuestión carece de una argumentación jurídica

---

[12] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 253-20-JH/22 de 27 de enero de 2022, párrafos 56 a 79.

[13] Anahí Méndez, "América Latina: movimiento animalista y luchas contra el especismo", *Revista Nueva Sociedad* 288 (2020), https://nuso.org/articulo/america-latina-movimiento-animalista-y-luchas-contra-el-especismo/.

[14] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-760 de 25 de septiembre de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

[15] Uno de esos países es el Ecuador, pues la Corte Constitucional de este país, al interpretar el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución, en la Sentencia 253-20-JH/22 de 27 de enero de 2022, hizo alusión a las cuatro aproximaciones anteriormente referidas y estableció que la aproximación relativa al reconocimiento de los animales como sujetos de derecho es la fase más reciente en el desarrollo de su protección jurídica; con base en dicha aproximación, concluyó que los animales son sujetos de derechos.

[16] Cámara Federal de Casación Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, Causa CCC 68831/2014/CFC1.

de la cual se puedan comprender los motivos que llevaron a la Cámara Federal de Casación Penal a declarar a los animales no humanos como sujetos de derechos.

En el año 2014, la Corte Suprema de la India razonó que los animales tienen derecho a la vida y a la seguridad. En opinión de esta Corte, el derecho a la vida de los animales incluye la prohibición de perturbar a los animales de su medio ambiente básico, pues el derecho a la vida implica mucho más que la mera supervivencia o existencia. En palabras de la mencionada Corte,

> ... cada especie tiene el derecho a la vida y a la seguridad, sujetos a la ley del país, lo que incluye privarlos de la vida por necesidad humana. El artículo 21 de la Constitución además de salvaguardar los derechos de los seres humanos, protege la vida; y la palabra "vida" tiene una definición más amplia, por lo que cualquier perturbación del medio ambiente básico, que abarca todas las formas de vida necesarias para la vida humana –incluida la vida animal–, está comprendida en el sentido del artículo 21 de la Constitución. En lo que respecta a los animales, desde nuestro punto de vista, "vida" significa algo más que la mera supervivencia o existencia o valor instrumental para los seres humanos; implica llevar una vida con cierto valor, honor y dignidad intrínsecos.[17] (Traducción propia)

A criterio de la Corte Suprema de la India, "[t]odas las criaturas vivas tienen dignidad inherente y un derecho a vivir pacíficamente y el derecho a proteger su bienestar, que abarca la protección contra los golpes, patadas, sobrecarga, torturas, dolor y sufrimiento, etc.".

Luego, en el año 2020, el Tribunal Superior de Islamabad en Pakistán consideró que los animales no son simplemente cosas o propiedades y que los animales tienen derechos. El Tribunal referido declaró que un animal es un ser sintiente, con emociones, que goza del derecho a la vida, y a no ser torturado ni matado.[18]

A esta corriente protectora de los derechos de los animales se sumó el Ecuador en el año 2022, a través de una sentencia de revisión.[19] En la Sentencia 253-20-JH/22 de 27 de enero de 2022, la Corte Constitucional del Ecuador argumentó, con fundamento en las raíces milenarias del Ecuador, en la interculturalidad y el pluralismo de los diversos pueblos en el Ecuador, que "la Naturaleza no se limita a sus factores bióticos tales como plantas y animales; sino que también alcanza a aquellos factores

---

[17] Corte Suprema de la India, Animal Welfare Board of India v. A. Nagaraja & Ors.

[18] Tribunal Superior de Islamabad 2020, Caso 1155/2019.

[19] De conformidad con el artículo 436, numeral 6, de la Constitución, una de las facultades de la Corte Constitucional es "[e]xpedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión".

abióticos que son la base fundamental para el mantenimiento, la reproducción y la escenificación de la vida, como el agua, el aire, la tierra y la luz".[20]

De manera particular, la Corte Constitucional razonó que la calidad de sujetos de derecho otorgada a la naturaleza, la comparte con todos los miembros, elementos y factores que la conforman. En opinión de la mencionada Corte, el derecho, además de proteger a la naturaleza como conjunto, protege a los miembros y elementos singularizables. La Corte especificó que "la Naturaleza, en todos sus niveles de organización ecológica se encuentra protegida por el Derecho".[21]

Es así como la Corte Constitucional ha decidido adoptar una postura que reconoce de forma expresa a los animales no humanos como sujetos de derecho. Además, la Corte enfatizó en que las demandas de protección jurídica deben ser analizadas a la luz de los principios de interespecie y de interpretación ecológica.

Por un lado, según la Sentencia 253-20-JH/22 de 27 de enero de 2022, el principio de interespecie

> configura un principio mediante el cual se garantiza la protección de los animales con un aterrizaje concreto en las características, procesos, ciclos vitales, estructuras, funciones y procesos evolutivos diferenciadores de cada especie. El principio interespecie también nos permite observar que existen derechos que solo se pueden garantizar con relación a propiedades únicas o exclusivas de una especie, por ejemplo, el derecho a que se respeten y conserven las áreas de distribución y rutas migratorias, solo es un derecho que se puede tutelar en aquellas especies de animales con comportamientos migratorios.[22]

Por otro, el principio de interpretación ecológica exige que se "respete[n] las interacciones biológicas que existen entre las especies y entre las poblaciones e individuos de cada especie".[23]

La Corte Constitucional resaltó la relevancia de estos principios con el fin de que los derechos reconocidos a los animales no humanos sean interpretados con base en estos principios,

> ya que las interacciones biológicas son el fundamento de la interdependencia, la interrelación y el equilibrio de los ecosistemas; por ende, cuando un depredador mata a su presa en cumplimiento de la cadena trófica no se violenta de forma ilegítima el derecho a la vida de un animal.[24]

---

[20] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 253-20-JH/22, cit., párrafo 64.
[21] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 253-20-JH/22, cit., párrafo 70.
[22] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 253-20-JH/22, cit., párrafo 98.
[23] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 253-20-JH/22, cit., párrafo 100.
[24] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 253-20-JH/22, cit., párrafo 102.

Con base en las consideraciones anotadas, queda claro que los animales no humanos gozan de protección en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, como sujetos de derechos. Los derechos de los animales no humanos no son solo los de (i) respeto a su existencia; (ii) al mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, y (iii) a la restauración, que son los derechos reconocidos a la naturaleza. Uno de los puntos más importantes establecidos en la Sentencia 253-20-JH/22 de 27 de enero de 2022 es que la Corte reconoció que estos derechos no son taxativos, por ende, "no excluyen a los demás derechos que son necesarios para su pleno desenvolvimiento".[25] Además, es importante anotar que los derechos que sean reconocidos a los animales no humanos deben ser interpretados a la luz de los principios de interespecie e interpretación ecológica.

Al hablar de derechos de los animales no humanos, se presentan varios interrogantes. Entre ellos, qué derechos tienen y si hay alguna manera de proteger los derechos de los animales no humanos, cuando estos se vean vulnerados. A raíz de estos dos interrogantes, en el siguiente apartado se analizarán los derechos de los animales no humanos y, de manera posterior, si se podrían activar vías jurídicas idóneas y eficaces para la protección de dichos derechos.

2. Derechos de los animales no humanos

Reconocer derechos de los animales no humanos actualmente es complejo, pues los animales han estado al servicio del ser humano, para alimentación, vestimenta, entretenimiento, experimentación, etc. Por lo tanto, se reconoce que si bien los animales no humanos son útiles para la vida de los seres humanos, ello no resta que se trate de seres sintientes, que merecen protección.[26]

Lastimosamente, dichas actividades de alimentación, vestimenta, entretenimiento y experimentación con los animales no humanos, en su mayoría, se han caracterizado por el maltrato. Sin embargo, el reconocimiento de sus derechos es un tema que va mucho más allá de crear normas para prevenir y sancionar el maltrato animal. El reconocimiento de sus derechos se fundamenta en reafirmar que se trata de seres inteligentes, sintientes, que pueden experimentar dolor.[27]

Lo anterior no puede implicar de ninguna manera que los derechos de los animales no humanos sean equiparables o sean los mismos que los que ostentan los seres humanos, ya que existen derechos que son inherentes a estos últimos. Los derechos que les deben ser reconocidos son aquellos en virtud de sus necesidades

---

[25] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 253-20-JH/22, cit., párrafo 95.

[26] John Adenitire, "The Rule of Law for All Sentient Animals", *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 35 (2022), doi:10.1017/cjlj.2021.17.

[27] Richard A. Epstein, "Animals as Objects, or Subjects, of Rights", *University of Chicago Law School Chicago Unbound* (2002): 17.

y capacidades,[28] mismos que deben ser interpretados a la luz de los principios de interespecie y de interpretación ecológica.

Conforme se indicó en el párrafo anterior, los animales no necesitan del derecho a la libertad de expresión, ni el de libertad de cultos, así como tampoco requieren el derecho a elegir y ser elegidos, pues se trata de derechos que no aportan a sus necesidades ni capacidades. Por el contrario, los animales no humanos sí necesitan el derecho a la vida, a no ser torturados,[29] a la libertad física,[30] al trato digno, al libre comportamiento animal, entre otros.

Debido al reconocimiento de los derechos antes mencionados, podría plantearse un problema en cuanto a la interacción con los seres humanos. Así podría surgir la duda respecto a si los seres humanos podrían continuar usufructuando de los animales no humanos, considerando que estos han "utilizado técnicas como la agricultura, la cría de animales, la pesca, la caza, la recolección y la silvicultura para asegurarse la provisión de fuentes nutritivas".[31] Al respecto, es de resaltar que el reconocimiento de los derechos de los animales no descartaría categóricamente que los animales sean sacrificados para alimento, mantenidos como mascotas o utilizados en experimentos científicos, pero impondrían una mayor carga a la justificación de tales usos.[32] El reconocimiento de los derechos de los animales impediría así el actual sacrificio rutinario de los intereses fundamentales de los animales en favor de los intereses humanos triviales.

Un punto de partida en los derechos reconocidos a los animales no humanos es la Sentencia 253-20-JH/22 de 27 de enero de 2022, donde la Corte Constitucional observó que los derechos de los animales no humanos no se limitan a aquellos reconocidos a la naturaleza en la Constitución.[33] Así las cosas, se debe tener en consideración que los animales no humanos son también sujetos de los derechos necesarios para su pleno desenvolvimiento.[34]

En atención al postulado relativo a que los derechos de los animales no pueden ser enlistados de manera taxativa, en este artículo se pretende hacer referencia a

---

[28] Karen Sichel, "Los derechos de los otros", *USFQ Law Review,* vol. III (2016): 96.

[29] Saskia Stucki, "Towards a Theory of Legal Animal Rights: Simple and Fundamental Rights", *Oxford Journal of Legal Studies* 40, n.º 3 (2020).

[30] Anne Peters, "Rights of Human and Nonhuman Animals: Complementing the Universal Declaration of Human Rights", *AJIL Unbound* 112 (2018): 355-360, doi:10.1017/aju.2018.84.

[31] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 253-20-JH/22, cit., párrafo 106.

[32] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 253-20-JH/22, cit., párrafos 107-110.

[33] Conforme se ha indicado a lo largo de este artículo, los derechos de los animales no humanos no se encuentran limitados a aquellos reconocidos a la naturaleza en la Constitución: a que se respete integralmente su existencia, al mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, y a la restauración.

[34] Los derechos necesarios para su pleno desenvolvimiento incluyen el derecho a existir, al libre desarrollo de su comportamiento animal, a la libertad, a una alimentación conforme a los requerimientos nutricionales, a vivir en dignidad, a la salud y al hábitat, entre otros.

algunos de esos derechos, sin que ello implique que sean los únicos reconocidos a los animales no humanos.

En la Sentencia 253-20-JH/22 de 27 de enero de 2022, la Corte Constitucional argumentó que los animales silvestres, es decir aquellos que no han pasado por un proceso de domesticación por parte de los humanos, tienen derecho a existir, lo que conlleva la prohibición de que sean extinguidos por razones no naturales o antrópicas. Es así como nace la obligación de los seres humanos de abstenerse de ejecutar actividades que puedan extinguir especies, destruir los ecosistemas donde los animales silvestres habitan, así como la alteración de sus ciclos naturales.[35]

También, en la mencionada Sentencia 253-20-JH/22, la Corte Constitucional razonó que las especies silvestres y sus individuos tienen derecho "a no ser cazadas, pescadas, capturadas, recolectadas, extraídas, tenidas, retenidas, traficadas, comercializadas o permutadas, […] así mismo, tienen el derecho al libre desarrollo de su comportamiento animal, lo que incluye la garantía de no ser domesticadas y de no ser obligadas a asimilar características o apariencias humanas".

En este punto, conviene aclarar que si bien la Corte estableció en la Sentencia 253-20-JH/22 que los animales silvestres tienen derecho a no ser cazados, pescados, capturados, ello no es absoluto. Con base en los principios de interespecie e interpretación ecológica, si un depredador mata a su presa en cumplimiento de la cadena alimenticia, no se violentaría de manera ilegítima el derecho a la vida.

Los animales no humanos también tienen derecho al libre comportamiento animal, lo que implica poder "comportarse conforme a su instinto, los comportamientos innatos de su especie, y los aprendidos y transmitidos entre los miembros de su población. El derecho al libre comportamiento animal además protege el derecho de los animales a desarrollar libremente sus ciclos, procesos e interacciones biológicas".[36]

Este derecho enmarca dos obligaciones, una positiva y otra negativa. La primera se refiere a la obligación estatal de proteger el derecho al libre comportamiento animal, a través de la emisión de políticas públicas que garanticen este derecho. La segunda implica que la prohibición de que las personas públicas y privadas intervengan, impidan, obstaculicen o, de alguna manera, interfieran en el libre desarrollo del comportamiento animal.

Para garantizar las obligaciones anteriores, el Estado debería adoptar medidas de prevención a través de la difusión del respeto al libre comportamiento animal, para evitar que los seres humanos intenten domesticar o adoptar acciones contrarias a este derecho. También, el Estado debería emitir leyes y normativa de control, dirigidas a garantizar este derecho, que podrían contener la imposición de sanciones administrativas y pecuniarias a quienes atenten contra este derecho.

El derecho al libre comportamiento animal preserva que los animales silvestres no sean sustraídos de sus hábitats naturales para ser trasladados a ambientes

---

[35] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 253-20-JH/22, cit., párrafo 111.

[36] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 253-20-JH/22, cit., párrafo 113.

humanos y para ser obligados a adaptarse a formas de comportamiento humano. Este derecho

> además vela para que los animales silvestres no sean objeto de procesos de humanización, entendiéndose por estos, a los procedimientos a través de los cuales los animales silvestres son forzados o acostumbrados a adoptar características estéticas y conductuales tradicionalmente atribuidas a la especie humana, en cuestiones relativas a la vestimenta, la alimentación, la higiene, el hábitat, u otras, ya sea para fines de compañía, ornamentación o cualquier otro.[37]

En conjunto con este derecho, los animales tienen derecho a la libertad, a una alimentación conforme a sus requerimientos nutricionales, a vivir en dignidad, a la salud y al hábitat,[38] derechos que serían vejados en razón del sometimiento de los animales silvestres a procesos de humanización, que los alejen de sus hábitats y comportamientos naturales.

Asimismo, en la Sentencia 253-20-JH/22, la Corte Constitucional estimó necesario establecer parámetros mínimos en el marco de las circunstancias de la tenencia de animales silvestres, a saber:

i) Los animales en el lugar en cual se encuentren deberán tener acceso a agua y alimentos adecuados para mantener su salud y vigor.
ii) El ambiente en el que viven debe ser adecuado para cada especie, con condiciones de resguardo y descanso adecuados. Debe permitírseles la libertad de movimiento.
iii) Debe garantizarse a los animales las condiciones sanitarias adecuadas para proteger su salud e integridad física.
iv) Debe garantizarse a los animales las condiciones de espacio y de relación suficiente para asegurar la posibilidad del libre desarrollo de su comportamiento animal.
v) Debe garantizarse a los animales la vida en un ambiente libre de violencia y crueldad desproporcionada, de miedo y angustia.[39]

Los parámetros mínimos establecidos por la Corte Constitucional llaman la atención, pues se trata de condiciones que no solo deben ser cumplidas por los agentes estatales, sino por cualquier persona que, por cualquier circunstancia, tenga bajo su cuidado a animales silvestres.

Un tema importante abordado por la Corte Constitucional en la Sentencia 253-20-JH/22 fue que los derechos de la naturaleza no protegen únicamente a las especies

---

[37] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 253-20-JH/22, cit., párrafo 115.
[38] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 253-20-JH/22, cit., párrafo 119.
[39] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 253-20-JH/22, cit., párrafo 137.

sino también a un animal en particular, pues consideró que "no podría reconocerse un valor intrínseco a la naturaleza en su conjunto y desatender el mismo valor a sus elementos; y que en dicha medida, un animal silvestre debería ser protegido y ser libre en su hábitat natural". Lo contrario tendría como consecuencia poner en peligro a muchos animales. Es por ello que amerita resaltar la protección de los derechos de los animales no solo en razón de su especie, sino de su individualidad misma.

Conforme se ha expuesto en este apartado, los animales no humanos tienen derechos protegidos a la luz de aquellos reconocidos en la Constitución del Ecuador, es decir, a que se respete integralmente su existencia, al mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, y a la restauración. Además de esos derechos, los animales no humanos tienen derechos necesarios para su pleno desenvolvimiento, lo cual puede incluir –de manera no taxativa– el derecho a existir, al libre desarrollo de su comportamiento animal, a la libertad, a una alimentación conforme a los requerimientos nutricionales, a vivir en dignidad, a la salud y al hábitat.

El reconocimiento de los derechos de los animales, que garantice el libre desarrollo de su comportamiento animal, podría quedar como un simple postulado, si no existiesen mecanismos judiciales para reclamar las vulneraciones. Por ello, resulta imperante verificar si el ordenamiento jurídico ecuatoriano permite la judicialización de los derechos de los animales no humanos.

3. Mecanismos de judicialización de los derechos de los animales no humanos

El ordenamiento jurídico ecuatoriano contiene varios mecanismos de judicialización de derechos y de intereses. Por un lado, existen las vías ordinarias, como la civil, la penal, la contencioso-administrativa, la laboral, la familiar, entre otras, y, por otro, la justicia constitucional.

Ahora bien, en cuanto a la judicialización de los derechos de los animales no humanos, las vías civil y penal podrían activarse ante la violación de sus derechos. Sin embargo, si bien la vía civil podría activarse, conforme se analizó previamente, el derecho civil considera a los animales no humanos como objetos de protección, en la medida en que son parte del patrimonio de las personas. De ahí que, por ejemplo, frente a un daño sufrido por un animal, su dueño podría presentar una demanda por daños y perjuicios, debido a que existiría un daño en su patrimonio. Pero, dicha demanda no tendría como objeto la protección de los derechos de los animales, sino de su propietario. Por lo cual, la vía civil no es un mecanismo idóneo ni eficaz para la protección ante una violación de los derechos de los animales no humanos.

Por otro lado, en cuanto a la vía penal, se encuentra que el Código Orgánico Integral Penal sanciona los delitos de acción privada contra animales que forman parte del ámbito para el manejo adecuado de la fauna urbana. El mencionado

Código tipifica los siguientes delitos: lesiones,[40] abuso sexual,[41] muerte[42] en contra de animales no humanos que formen parte del ámbito de la fauna urbana; además, sanciona a quienes hagan participar a animales de la fauna urbana en peleas entre animales.[43] A pesar de que la vía penal prohíbe el maltrato animal, no es una vía idónea ni eficaz para la protección de los derechos de los animales no humanos,

---

[40] Código Orgánico Integral Penal, artículo 249: "La persona que lesione a un animal que forma parte del ámbito de la fauna urbana causándole un daño permanente, será sancionada con pena privativa de libertad de dos a seis meses. Si la conducta se realiza como consecuencia de la crueldad o tortura animal será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año. Si la persona que comete esta infracción es aquella responsable del cuidado del animal por razones de comercio, quedará además inhabilitada por el mismo tiempo que dure la pena privativa de libertad y una vez terminada esta, para el ejercicio de actividades comerciales que tengan relación con los animales. Se aplicará el máximo de la pena prevista para este tipo penal si concurre al menos una de las siguientes circunstancias: 1. Haber causado al animal la pérdida o inutilidad de un sentido, órgano o miembro principal. 2. Los hechos se hayan ejecutado en presencia de un niño, niña o adolescente. 3. Actuando con ensañamiento contra el animal. 4. Suministrando alimentos componentes dañinos o sustancias tóxicas. 5. Si el animal es cachorro, geronte o hembra gestante. 6. Cuando la infracción sea cometida por el dueño o tenedor del animal o por quien esté a su cuidado temporal o permanente. En este caso el Gobierno Autónomo Descentralizado municipal retirará el animal de la posesión o propiedad del infractor. Se exceptúan de esta disposición las lesiones que resulten producto de accidentes graves, enfermedades o por motivos de fuerza mayor bajo la supervisión de un especialista en la materia".

[41] Código Orgánico Integral Penal, artículo 250: "La persona que realice actos de carácter sexual contra un animal que integre la fauna urbana respectiva, lo someta a explotación sexual, lo utilice para actos sexuales propios o de terceros; o, lo ponga a disposición de terceros para actos sexuales, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año. Si como consecuencia de esta conducta, se produce la muerte del animal, será sancionada con pena privativa de la libertad de uno a tres años".

[42] Código Orgánico Integral Penal, artículo 250.1: "La persona que mate a un animal que forma parte de la fauna urbana será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año. Si la muerte se produce como resultado de actos de crueldad será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Se impondrá el máximo de la pena si concurre alguna de las siguientes circunstancias: 1. Actuando con ensañamiento contra el animal. 2. Suministrando alimentos componentes dañinos o sustancias tóxicas. 3. Si el animal es cachorro, geronte o hembra gestante 4. Cuando la infracción sea cometida por el dueño o tenedor del animal o por quien esté a su cuidado temporal o permanente. Se exceptúan de esta disposición, las acciones tendientes a poner fin a sufrimientos ocasionados por accidentes graves, enfermedades, consumo; o por motivos de fuerza mayor, bajo la supervisión de un especialista en la materia".

[43] Código Orgánico Integral Penal, artículo 250.2: "La persona que haga participar perros u otros animales de fauna urbana, los entrene, organice, promocione o programe peleas entre ellos, será sancionada con pena privativa de libertad de dos a seis meses. Si producto de la pelea se causa mutilación o lesiones permanentes al animal, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año. Si producto de la pelea se causa la muerte del animal, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Se exceptúa de esta disposición el caso de espectáculos públicos con animales autorizados mediante consulta popular o aquellos que no tienen como finalidad la muerte del animal, y regulados por los Gobiernos Autónomos municipales y metropolitanos".

debido a que los bienes jurídicos protegidos en los delitos antes referidos son el derecho a la integridad de los animales y el derecho a existir. En consecuencia, los demás derechos de los animales quedarían desprotegidos.

Adicionalmente, conforme lo prescrito en el artículo 410 del Código Orgánico Integral Penal, el ejercicio privado de la acción penal corresponde únicamente a la víctima mediante la presentación de una querella. Por lo que habría un problema de legitimación activa frente a delitos cometidos en contra de animales, debido a que estos no poseen *ius standi* para presentar la querella. Se podría entender que son los dueños de los animales quienes deberían presentarla, con lo cual se perseguiría a los responsables de estos delitos. No obstante, si son los propios dueños de los animales sus agresores, conforme la normativa penal vigente, el cometimiento de delitos en contra de los animales podría quedar en impunidad, pues difícilmente los dueños de los animales, culpables de los delitos, presentarían una querella en contra de ellos mismos. Por consiguiente, queda claro que la vía penal no es idónea ni eficaz para la protección de los derechos de los animales.

En razón de lo analizado anteriormente, las vías civiles ni penales representan un mecanismo idóneo para la tutela de todos los derechos de los animales no humanos, porque no permiten conocer violaciones de derechos, como el mantenimiento y la regeneración de sus ciclos vitales, la estructura, las funciones y los procesos evolutivos, el libre desarrollo de su comportamiento animal, la libertad, una alimentación conforme a los requerimientos nutricionales, el vivir en dignidad, la salud y el hábitat, y mucho menos para establecer medidas de reparación a los daños producidos por la vulneración de tales derechos. Así, la vulneración de los derechos referidos no podría ser tutelada en la justicia ordinaria. Por lo tanto, resta analizar si las garantías constitucionales serían los medios idóneos y eficaces para tutelar los derechos de los animales no humanos.

Antes de continuar, cabe reconocer que el ordenamiento jurídico ecuatoriano establece varias garantías constitucionales; sin embargo, este artículo se centrará en analizar las garantías de acción de protección y el *habeas corpus*.

3.1. La acción de *habeas corpus*

Según lo dispuesto por los artículos 89 de la Constitución y 43 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el *habeas corpus* tiene como fin la protección de la vida, la libertad, la integridad física y otros derechos conexos de una persona privada o restringida de la libertad por parte de una autoridad pública o de cualquier persona.

En este punto, se debe efectuar una precisión relativa a la legitimación activa de esta acción. El *habeas corpus* puede ser interpuesto por cualquier persona en favor de quien haya sido privado de la libertad de forma ilegal, ilegítima o arbitraria. Por lo que el *habeas corpus,* al no requerir que la acción sea presentada por quien se encuentra privado de la libertad, permitiría que cualquier persona la presente en

favor de un animal no humano. Esto se complementa con el artículo 71 de la Constitución, que permite que cualquier persona natural o jurídica ejerza acciones legales en nombre de la Naturaleza, lo que incluye a los animales.

Luego de la redacción de los artículos 89 de la Constitución y 43 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se desprende la existencia de una disyuntiva en cuanto a los beneficiarios de la acción de *habeas corpus*. La Constitución establece que la "acción de hábeas corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad". En cambio, el artículo 43 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispone que la acción de *habeas corpus* "tiene por objeto proteger la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos conexos de la persona privada o restringida de libertad".

De la redacción de la Constitución se desprende que esta no especifica que quien se encuentre privado de la libertad de forma ilegal, arbitraria o ilegítima debe ser una persona humana. Por lo que en el supuesto de una privación ilegal, arbitraria o ilegítima de un animal no humano, cabría la presentación de un *habeas corpus*. Mientras que para la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sí es necesario que el *habeas corpus* beneficie a una persona, por lo que, bajo esta ley, no sería plausible la presentación de un *habeas corpus* en favor de un animal no humano.

Esta disyuntiva puede ser resuelta con base en la aplicación del principio de supremacía constitucional,[44] por lo que se entendería que lo aplicable es lo dispuesto en la Constitución. Por consiguiente, el primer supuesto del artículo 89 de la Constitución, de que la acción de *habeas corpus* puede interponerse con el fin de recuperar la libertad de quien se encuentre privado de esta de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, permite la presentación de una acción de *habeas corpus* en favor de los animales no humanos.

Luego hay un segundo supuesto del artículo 89 de la Constitución que alude a que se puede presentar esta acción frente a la protección de la vida o integridad física de las personas privadas de la libertad. De la lectura de este artículo de la Constitución no sería procedente un *habeas corpus* ante la necesidad de protección de la vida o integridad física de un animal no humano, pues la Constitución es clara en establecer que esta acción cabe para proteger la vida o integridad física de las personas, lo que excluye a los animales no humanos.

---

[44] Constitución, artículo 424: "La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica".

Dependiendo de la finalidad que persiga la acción de *habeas corpus*, este puede clasificarse en restaurativo, restringido, correctivo, traslativo, instructivo o conexo. El *habeas corpus*

> es restaurativo cuando se promueve para obtener la reposición de la libertad de una persona indebidamente detenida; restringido, en los casos donde la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que configuran una seria restricción para su ejercicio; correctivo, en razón del cual se deja en claro que el hábeas corpus no solo protege la libertad física propiamente dicha, sino también tutela otros derechos fundamentales conexos al de la libertad personal o lesión de derechos diferentes al de la libertad; traslativo, cuando se mantiene indebidamente la privación de la libertad de una persona o se demora la determinación jurisdiccional que resuelva la situación personal de un detenido; instructivo, en los casos donde no sea posible ubicar el paradero de una persona detenida-desaparecida. Su finalidad no se limita a garantizar la libertad e integridad personal, sino también a asegurar el derecho a la vida, y desterrar las prácticas del ocultamiento o indeterminación de los lugares de desaparición; conexo, cuando el objeto del hábeas corpus no hace referencia a la privación o restricción en sí de la libertad física o de la locomoción, pero sí tiene un grado razonable de vínculo y enlace con éste.[45]

En razón de lo expuesto, bajo la legislación ecuatoriana vigente, el *habeas corpus* solo podría proteger a los animales no humanos frente a una privación ilegal, arbitraria o ilegítima,[46] por lo que solo cabría la presentación de un *habeas corpus* restaurativo o de uno instructivo, según los términos señalados en el párrafo precedente.

Ahora bien, la Corte Constitucional, en la Sentencia 253-20-JH/22, examinó una acción de *habeas corpus* planteada en favor de una mona chorongo llamada Estrellita, por parte de una persona que mantenía a dicha mona en situación de cautiverio. La acción tenía como primer objetivo la entrega inmediata de la mona al que fue su hogar antes de que el Ministerio del Ambiente se llevara a Estrellita del lugar donde era mantenida en cautiverio a un zoológico. Luego de que la accionante se enterara de que Estrellita había fallecido en el zoológico, esta solicitó la entrega del cuerpo de la mona.

---

[45] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 253-20-JH/22, cit., párrafo 168.

[46] En la Sentencia 207-11-JH de 22 de julio de 2020, la Corte Constitucional determinó: "Cuando una detención o privación de libertad es ejecutada en contravención a los mandatos expresos de las normas que componen el ordenamiento jurídico, ya sea en el aspecto material o formal, se convierte en una detención ilegal. Mientras que una detención arbitraria es aquella que se ha realizado utilizando causas y métodos que puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos humanos de la persona, aunque se haya realizado en cumplimiento de las normas legales. Corte Constitucional del Ecuador".

Frente a lo anterior, la Corte estimó que la acción de *habeas corpus* era improcedente porque el objetivo de la acción era la recuperación del cadáver de un animal no humano, lo cual no puede ser satisfecho a través de la mencionada acción. Al respecto, si la mona hubiese estado viva, la Corte Constitucional estimó que correspondía evaluar las condiciones y la situación particular de la mona Estrellita, y considerar si lo mejor para ella era quedarse en el zoológico o disponer su traslado a otro lugar.[47]

En virtud de lo razonado en este apartado, es procedente la presentación de una acción de *habeas corpus* en favor de un animal no humano cuando dicha acción tenga como fin recuperar la libertad del animal no humano que se encuentre privado de la libertad de forma ilegal, arbitraria o ilegítima. Sin embargo, si las condiciones de detención se tornan incompatibles con los derechos a la vida o integridad física de los animales no humanos, la acción de *habeas corpus* en favor de un animal no humano debería ser rechazada.

La anterior cuestión, relativa a que, según el ordenamiento constitucional vigente, cabe la presentación de un *habeas corpus* únicamente frente a la detención ilegal, arbitraria o ilegítima de animales no humanos, no fue dilucidada de manera expresa en la Sentencia 253-20-JH/22. En dicha sentencia, la Corte Constitucional consideró que

> … por las circunstancias en que se encontraba el animal silvestre y al no existir una razón o alegación en el principio interespecie o interpretación ecológica que justifique en el caso concreto la extracción o sustracción de un espécimen de animal silvestre, que luego vivió en circunstancias o condiciones no aptas para preservar su vida e integridad, es evidente que se podría considerar una vulneración a sus derechos a la integridad y la vida (en su dimensión positiva), y, por tanto, una vulneración a los derechos de la Naturaleza en el caso concreto.[48]

En la Sentencia 253-20-JH/22, respecto de la vida en cautiverio de la mona, la Corte determinó que no podía declarar vulneraciones de los derechos a la vida e integridad de la mona porque se encontraba limitada por el objeto de la acción de *habeas corpus*.

En la misma sentencia, la Corte Constitucional también examinó si la orden de retención de la mona vulneró sus derechos. Al respecto, este tribunal consideró que

> … al haberse omitido considerar las circunstancias particulares del espécimen de vida silvestre en la providencia en que se dispuso de forma simultánea la orden de decomiso y posterior envío de dicha mona chorongo a un centro de manejo ambiental (eco zoológico), se vulneró el derecho a la

---

[47] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 253-20-JH/22, cit., párrafo 176.

[48] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 253-20-JH/22, cit., párrafo 134.

> integridad de la mona chorongo en la medida que tal derecho no únicamente asegura la integridad física sino también integridad psíquica, y, por tanto, la vulneración a los derechos de la Naturaleza.[49]

Para finalizar, en la Sentencia 253-20-JH/22, la Corte Constitucional analizó si la custodia de la mona en el zoológico vulneró sus derechos. La Corte concluyó que sí se vulneraron los derechos a la vida, en su dimensión positiva, e integridad; dicha conclusión se fundamentó en que, en opinión de la Corte,

> … la muerte de Estrellita no se dio por causas naturales, propias de la especie. Es decir, las condiciones físicas de la mona Estrellita –desnutrición, condiciones corporales producto de un ambiente inadecuado, niveles de estrés, etc.– son producto de las actuaciones u omisiones tanto de Ana como de las entidades estatales involucradas en el procedimiento administrativo de forma general, ya que tales condiciones son precisamente porque el animal silvestre fue sustraído de su hábitat natural, no contó tampoco con las condiciones mínimas para que –atendidas sus circunstancias particulares como la impronta humana– pueda prosperar, como se estableció en el acápite anterior.[50]

Así, la Corte declaró de forma expresa la violación de los derechos a la vida e integridad de la mona, producida por las condiciones del ambiente inadecuado en el que vivió, las cuales, según dicho organismo, fueron producto de las actuaciones y omisiones de quien fue su captora y de las autoridades estatales involucradas en el procedimiento de retención. En este sentido, para la Corte Constitucional, a través del *habeas corpus* se puede declarar la vulneración de derechos cuando los animales no humanos no hayan contado con las condiciones mínimas que atiendan sus circunstancias particulares. Según el alto tribunal, sí sería procedente la acción de *habeas corpus* presentada para proteger la vida y la integridad física de los animales no humanos que se encuentren privados de su libertad.

La Corte emitió dicha decisión sin haber explicado su interpretación del alcance del artículo 89 de la Constitución, que reconoce el derecho al *habeas corpus*. La declaratoria de la vulneración de derechos a la vida e integridad de la mona no se encuentra sustentada en el ordenamiento constitucional vigente, pues, según este, los animales no humanos, al no ser personas, no podrían beneficiarse de la presentación de un *habeas corpus* para proteger su vida o integridad física, sino que sería plausible únicamente ante la detención ilegal, arbitraria o ilegítima de animales no humanos.

Lo anterior implica que, por ejemplo, si la detención de un animal no humano es legal, legítima y no arbitraria, no sería procedente la acción de *habeas corpus,* a pesar de que las condiciones de su detención atenten contra su vida o integridad física.

---

[49] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 253-20-JH/22, cit., párrafo 145.

[50] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 253-20-JH/22, cit., párrafo 154.

Esto merece un matiz en el sentido de que las acciones de *habeas corpus* deberían ser procedentes en todos los casos en los que la vida o integridad de los animales esté en riesgo, pues se trata de seres sintientes, que merecen protección frente a vulneraciones de los derechos a la vida e integridad durante su detención. Sin embargo, bajo el ordenamiento constitucional vigente, la acción de *habeas corpus* solo puede ser presentada ante una detención ilegal, ilegítima o arbitraria. Por este motivo, es pertinente una reforma constitucional que permita la presentación de esta acción en el supuesto de que sea necesario proteger la vida o integridad de las personas no humanas, privadas de su libertad.

Conforme se analizó en párrafos anteriores, la acción de *habeas corpus* es un mecanismo eficaz e idóneo para tutelar principalmente del derecho a la libertad de los animales no humanos. Ante ello, surge la interrogante de cómo proteger los demás derechos de los animales. Así, en el siguiente apartado resta analizar si la acción de protección puede ser considerada idónea para proteger los otros derechos de los animales.

Sin embargo, antes es necesario efectuar una puntualización respecto a que, según la Sentencia 253-20-JH/22, las autoridades jurisdiccionales, al momento de emitir su decisión, deben valorar las condiciones y la situación en las que se encuentra el animal no humano. Si dichas condiciones responden a

> … interacciones biológicas y ecológicas entre los animales y los seres humanos que este Organismo ha reconocido como legítimas; de forma especial cuando se traten de animales destinados a la domesticación de consumo (alimento, vestimenta, etc.) o de uso, siempre que la situación del animal o las condiciones en las que ha sido puesto no configuren abusos o actos desproporcionados y que se propenda a la protección del animal.[51]

Lo anterior cobra particular importancia en un contexto donde los animales no humanos son utilizados para beneficio de ciertas actividades humanas, como las destinadas a la domesticación de animales para vestimenta, alimento y experimentos científicos. De ahí que se debe descartar que se pueda presentar una acción de *habeas corpus* ante la detención de un animal no humano para uno de los fines mencionados.

3.2. La acción de protección

De acuerdo con los artículos 88 de la Constitución y 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la acción de protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución. Esta acción puede ser presentada ante la vulneración de derechos constitucionales por

[51] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 253-20-JH/22, cit., párrafo 175.

actos u omisiones de una autoridad pública, así como en contra de políticas públicas si estas suponen la privación del goce o ejercicio de derechos. Esta acción también puede ser planteada en contra de personas particulares si la violación del derecho provoca un daño grave, si la persona privada presta servicios públicos impropios o de interés público o servicios públicos por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación o indefensión frente a un acto de discriminación cometido por cualquier persona.

Al igual que la acción de *habeas corpus*, la acción de protección puede ser interpuesta por cualquier persona en favor de quien haya sido víctima de vulneración de sus derechos. Por lo tanto, la acción de protección, al no requerir ser presentada por quien fue víctima de la vulneración, permitiría que cualquier persona la presente en favor de un animal no humano.

> Según el artículo 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la acción de protección puede ser presentada en contra de
>
> 1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio.
> 2. Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías.
> 3. Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías.
> 4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias:
>   a) presten servicios públicos impropios o de interés público;
>   b) presten servicios públicos por delegación o concesión;
>   c) provoque daño grave;
>   d) la persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo.
> 5. Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.

La presentación de una acción de protección cabe frente a una vulneración –cometida por parte de una autoridad pública no judicial– de los derechos de los animales a que se respete integralmente su existencia, al mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, y a la restauración. Asimismo, ante la vulneración de los derechos necesarios para su pleno desenvolvimiento, como el derecho a existir, al libre desarrollo de su comportamiento animal, a la libertad, a una alimentación conforme a los requerimientos nutricionales, a vivir en dignidad, a la salud y al hábitat.

Esta acción podría ser presentada también si el Estado ecuatoriano emitiera una política pública que de alguna manera privara del goce o ejercicio de los derechos a los animales no humanos.

En el supuesto de que la acción u omisión que vulnere derechos proviniera de una persona privada, la acción procedería si es que esta provocara daño grave. Los demás supuestos no serían aplicables a los derechos de los animales, pues estos no son beneficiarios de servicios públicos. Además, el supuesto de subordinación o indefensión y el de acto discriminatorio aplican solo cuando se trate de personas, por lo que el ordenamiento jurídico no reconoce la posibilidad de que un animal no humano se encuentre en situación de indefensión o subordinación o sea discriminado.

Un daño grave se produce "ante el detrimento, menoscabo, perjuicio o lesión que una vulneración de derechos genera y que, es de tal magnitud, que produce efectos permanentes, irreversibles e intensos".[52] Así, si la vulneración a los derechos de los animales no humanos produjera un daño grave, es procedente la acción de protección.

Es de resaltar que la acción de protección puede ser interpuesta frente a derechos que no estén amparados por las acciones de *habeas corpus*, acceso a la información pública, *habeas data*, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena. Es decir, en el caso de los derechos de los animales no humanos, la acción de protección puede ser presentada frente a la vulneración de cualquiera de sus derechos, a excepción del derecho a la libertad, el cual puede ser tutelado con la acción de *habeas corpus*.

Conforme lo expuesto, la acción de protección es un mecanismo idóneo para tutelar los derechos de los animales no humanos, a excepción del derecho a la libertad, cuando exista una vulneración por acción u omisión de una autoridad pública no judicial; una política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos; o cuando la vulneración produzca un daño grave.

Conclusiones

Los animales son seres sintientes, que por décadas se han encontrado al servicio de las necesidades humanas y han sido vistos como objetos, bajo una concepción antropocentrista. Sin embargo, ha existido un cambio de paradigma en cuanto al reconocimiento jurídico de los derechos de los animales.

Bajo una concepción antropocentrista y más formalista de la Constitución, el reconocimiento como sujeto de derechos a la naturaleza no alcanzaría a los animales no humanos. Ahora, desde una concepción más garantista, que integra la cosmovisión indígena, el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, incluye a los animales no humanos. Esta disyuntiva fue zanjada en la Sentencia 253-20-JH/22, en la que la Corte Constitucional razonó que los animales sí son sujetos de derechos.

---

[52] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 832-20-JP/21 de 21 de diciembre de 2021, párrafo 12.

Los animales no humanos son sujetos de derechos, que gozan de la titularidad de varios derechos en virtud de sus necesidades y capacidades, mismos que deben ser interpretados a la luz de los principios de interespecie y de interpretación ecológica. Algunos de los derechos de los animales son: el respeto integral de su existencia, el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, y la restauración. Además de esos derechos, los animales no humanos tienen derechos necesarios para su pleno desenvolvimiento, lo cual puede incluir, de manera no taxativa, el derecho a existir, al libre desarrollo de su comportamiento animal, a la libertad, a una alimentación conforme a los requerimientos nutricionales, a vivir en dignidad, a la salud y al hábitat.

Toda vez que el Código Civil trata a los animales como objetos, parte del patrimonio de una persona, se podría generar una dificultad en cuanto a la judicialización de los derechos de los animales no humanos. No obstante, esta dificultad es superada por cuanto las garantías constitucionales son mecanismos idóneos y eficaces para la tutela de los derechos de los animales no humanos.

En particular, la acción de *habeas corpus* puede ser planteada con el fin de recuperar la libertad de los animales no humanos. En este punto, es menester reconocer una divergencia de criterios. Por un lado, bajo una interpretación, con la que este artículo se alinea, no es procedente la acción de *habeas corpus* cuando su finalidad sea la protección de la vida e integridad de los animales no humanos privados de la libertad, porque el artículo 89 de la Constitución es claro al prescribir que el *habeas corpus* procede para proteger la vida e integridad física de las personas, supuesto que excluye a los animales no humanos. Por otro, la Corte Constitucional, sin efectuar una interpretación sobre dicho artículo ni explicar por qué el mismo sería extensible a los animales no humanos, declaró la vulneración de los derechos a la vida e integridad de una mona, por las condiciones de un ambiente inadecuado, que derivaron en la muerte de dicho animal.

La acción de protección es un mecanismo idóneo y eficaz para proteger los demás derechos de los animales no humanos, como el derecho a existir, al libre desarrollo de su comportamiento animal, a la libertad, a una alimentación conforme a los requerimientos nutricionales, a vivir en dignidad, a la salud y al hábitat. Esta acción procedería en contra de una acción u omisión de una autoridad pública no judicial y de políticas públicas que menoscaben derechos de los animales no humanos. También procedería en caso de daño grave a los animales no humanos.

Estas garantías pueden ser presentadas por cualquier persona en defensa de los derechos de los animales no humanos, puesto que se debe considerar que ni la acción de *habeas corpus*, ni la acción de protección requieren de manera expresa que quien las presente sea la víctima directa de la vulneración de derechos. Lo anterior cobra sentido bajo el artículo 71 de la Constitución, que reconoce que cualquier persona exija los derechos de la naturaleza.

Bibliografía

Atupaña Chimbolema, Nelson. *Estado y cosmovisión.* Quito: INREDH, 2017.

Campaña, Farith Simón. *La naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución ecuatoriana: la construcción de una categoría de interculturalidad.* Bogotá: Universidad Libre, 2019.

Epstein, Richard A. "Animals as Objects, or Subjects, of Rights". *University of Chicago Law School Chicago Unbound* (2002).

Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales.* Madrid: Trotta, 2007.

Martínez, Esperanza y Alberto Acosta. "Los derechos de la naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible". *Revista Direito e Práxis* 8, n.º 4 (2017): 2935. https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350954304017.

Méndez, Anahí. "América Latina: movimiento animalista y luchas contra el especismo". *Revista Nueva Sociedad* 288 (2020). https://nuso.org/articulo/america-latina-movimiento-animalista-y-luchas-contra-el-especismo/.

Peters, Anne. "Rights of Human and Nonhuman Animals: Complementing the Universal Declaration of Human Rights". *AJIL Unbound* 112 (2018): 355-360. doi:10.1017/aju.2018.84.

Ramírez Vélez, Pablo. "La naturaleza como sujeto de derechos: materialización de los derechos, mecanismos procesales y la incidencia social en el Ecuador". Tesis de maestría, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales sede Ecuador, 2012. https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/5308/2/TFLACSO-2012PMRV.pdf.

Sichel, Karen. "Los derechos de los otros". *USFQ Law Review*, vol. III (2016): 96.

Stucki, Saskia. "Towards a Theory of Legal Animal Rights: Simple and Fundamental Rights". *Oxford Journal of Legal Studies* 40, n.º 3 (2020).

Valencia Zea, Arturo y Álvaro Ortiz Monsalve. *Derecho civil. Parte general y personas.* Tomo I, decimoquinta edición. Bogotá: Temis, 2000.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-760 de 25 de septiembre de 2007. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 832-20-JP/21 de 21 de diciembre de 2021.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 253-20-JH/22 de 27 de enero de 2022.

Corte IDH. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs*. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012, Fondo y Reparaciones, Serie C, n.º 245.

Corte Suprema de la India. Animal Welfare Board of India v. A. Nagaraja & Ors.

Tribunal Superior de Islamabad 2020. Caso 1155/2019.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXVIII, BOGOTÁ, 2022, PP. 517-542, ISSN 2346-0849

Luis Roel Alva* **(Perú)**
Renzo Díaz Giunta** **(Perú)**

La justicia transicional en el Perú: avances y desafíos a 20 años de la Comisión de la Verdad y Reconciliación

RESUMEN

En materia de justicia transicional, la Comisión de la Verdad y Reconciliación –constituida para investigar y esclarecer los hechos sucedidos durante el periodo de conflicto armado interno y la dictadura civil de Alberto Fujimori Fujimori– tuvo una amplia importancia. Por ello, aquí se analizarán sus aportes en los cuatro componentes esenciales de la justicia transicional: i) la justicia, ii) la verdad, iii) la reparación y iv) la no repetición. Además, se abordará el legado de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, así como los desafíos generados por la gracia presidencial concedida a Alberto Fujimori y la sentencia del Tribunal Constitucional de 2022, que restituye los efectos del indulto para excarcelarlo.

Palabras clave: justicia transicional; derechos humanos; indulto presidencial.

---

* Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú; magister en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú y máster en Derecho Constitucional, Universidad Castilla-La Mancha (España); especialista en Derechos Humanos, American University Washington College of Law (USA). Profesor universitario de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos de pregrado en la Universidad de Lima y en la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo, respectivamente, y de posgrado en diversas universidades. Exsegundo vicepresidente del Congreso de la República; ha sido abogado del Gabinete de Asesores del Tribunal Constitucional y asesor en la Adjuntía de Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo. luis.roelalva@gmail.com / código orcid: 0000-0002-9784-137X.

** Bachiller en Derecho, Universidad de Lima. Director Regional de Lima Metropolitana en la Organización Democrática Mundial por el Desarrollo (ODM); miembro de la International Association of Constitutional Law (Suecia). Ha laborado en el Tribunal Constitucional del Perú; ha realizado una estancia académica en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (Chile); ha sido director general del Círculo de Estudios de Derecho Constitucional de la Universidad de Lima (2021). Actualmente, labora en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. renzod128@gmail.com / código orcid: 0000-0001-7527-2279.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Transitional Justice in Peru: Progress and Challenges 20 Years after the Truth and Reconciliation Commission

ABSTRACT

This article discusses and analyzes the importance, in terms of transitional justice, of the Truth and Reconciliation Commission, which was established to investigate and elucidate the events that occurred during the period of internal armed conflict and the civil dictatorship of Alberto Fujimori Fujimori. It analyzes the Commission's contributions in the following four essential components of transitional justice: i) justice; ii) truth; iii) reparations; and iv) non-repetition. The article also addresses the legacy of the Truth and Reconciliation Commission, as well as the challenges generated by the presidential pardon granted to Alberto Fujimori and the 2022 Constitutional Court decision that restored the effects of the pardon to release him.

Keywords: transitional justice; human rights; presidential pardon.

Die Übergangsjustiz in Peru: Fortschritte und Herausforderungen nach 20 Jahren Kommission für Wahrheit und Versöhnung

ZUSAMMENFASSUNG

Im vorliegenden Beitrag geht es darum darzustellen und zu analysieren, welche Bedeutung die Kommision für Wahrheit und Versöhnung, die zum Zweck der Untersuchung und Aufklärung der im Verlauf des bewaffneten internen Konflikts und der zivilen Diktatur von Alberto Fujimori Fujimori vorgefallenen Ereignisse gebildet wurde, für die Übergangsjustiz hatte. Gegenstand der Analyse sind ihre Beiträge zu den vier wesentlichen Komponenten der Übergangsjustiz: i) Gerechtigkeit; ii) Wahrheit; iii) Wiedergutmachung und iv) Vermeidung von Wiederholungen. Der Artikel befasst sich darüberhinaus mit dem Erbe der Kommission für Wahrheit und Versöhnung sowie den Herausforderungen, die sich aus der Begnadigung Alberto Fujimoris durch den Präsidenten und das Urteil des Verfassungsgerichts von 2022 ergeben, das die Wirkung des Straferlasses wiederherstellt, sodass er aus der Haft entlassen werden konnte.

Schlagwörter: Übergangsjustiz; Menschenrechte; präsidentielle Begnadigung.

Introducción

Luego de la derrota del terrorismo en el Perú y el fin de la dictadura civil de Alberto Fujimori, el gobierno de transición de Valentín Paniagua convocó a destacados miembros de la sociedad civil peruana para conformar la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR). Formalmente, la Comisión fue creada a través de los decretos supremos 065-2001-PCM y 101-2001-PCM.

En el ámbito internacional, conforme el informe elaborado por la experta Diane Orentlicher, las comisiones de la verdad son "órganos oficiales, temporales y de constatación de hechos que no tienen carácter judicial y se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos o el derecho humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años".[1]

El presidente de la CVR, Salomón Lerner Febres, definió a la Comisión en los siguientes términos:

> … una organización estatal independiente, sin atribuciones judiciales, e integrada por doce ciudadanos elegidos sin criterio de representación, que trabajó durante veintiséis meses para cumplir un mandato legal muy complejo y abarcador: investigar los crímenes y violaciones de derechos humanos cometidos entre 1980 y 2000; contribuir a que se haga justicia penal; brindar una explicación de los factores que hicieron posible el conflicto.[2]

Por ende, la labor de la CVR contribuyó a propiciar un contexto de paz en el territorio peruano, a través del esclarecimiento de hechos sobre violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad perpetrados tanto por las organizaciones terroristas Sendero Luminoso y MRTA como por agentes del Estado, que cobraron la vida de cerca de 70.000 víctimas, entre personas muertas y desaparecidas, lo cual aconteció durante el periodo de 1980 a 2000.

En ese sentido, la labor de la CVR fue una pieza fundamental para la reconciliación nacional,[3] puesto que lo descubierto por la Comisión permitió que los deudos de las víctimas conocieran la verdad y que el sistema de justicia penal pudiera establecer responsabilidades por lo acontecido, acabando así con la impunidad que inicialmente se había generado.

Es importante destacar que, durante los juicios a Alberto Fujimori, Vladimiro Montesinos y los otros funcionarios públicos que perpetraron severos crímenes contra los derechos humanos, a los descubrimientos de la CVR y a las conclusiones de

---

[1] ONU, *Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad* (Nueva York: ONU, 2005), 6.

[2] Salomón Lerner, 15 de abril de 2022, "Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú", *Portal Jurídico de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 18 de enero de 2010, http://blog.pucp.edu.pe/item/11958/comision-de-la-verdad-y-reconciliacion-del-peru.

[3] Conforme a lo determinado por la CVR en su *Informe Final*, "Dada la información disponible, concluimos que el número total de muertos y desaparecidos causados por el conflicto armado interno peruano se puede estimar en 69.280 personas, dentro de un intervalo de confianza al 95% cuyos límites superior e inferior son 61.007 y 77.552, respectivamente. Las proporciones relativas de las víctimas según los principales actores del conflicto serían: 46% provocadas por el PCP-Sendero Luminoso; 30% provocadas por Agentes del Estado; y 24% provocadas por otros agentes o circunstancias (rondas campesinas, comités de autodefensa, MRTA, grupos paramilitares, agentes no identificados o víctimas ocurridas en enfrentamientos o situaciones de combate armado)" (CVR, *Informe Final, Tomo I* [Lima: CVR, 2003], Anexo 2, 13).

su *Informe Final* les fue otorgado valor probatorio por parte de los jueces, para poder determinar las responsabilidades penales en casos como Barrios Altos y La Cantuta.

Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) precisó, en el emblemático Caso Barrios Altos *vs*. Perú, que se consideran graves violaciones de derechos humanos aquellos actos como "la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos".[4]

Por otro lado, hay que precisar que esta siniestra época de violencia en el Perú fue iniciada por un grupo armado terrorista denominado Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso. Ellos comenzaron una lucha armada contra las fuerzas del orden del Estado peruano y su población civil, a través de una sistemática y generalizada metodología de violencia y terror, ocasionando miles de pérdidas humanas y materiales, y generando una grave violación sistemática de los derechos humanos.

No obstante, conforme lo desarrolla la CVR en su *Informe Final*: "Esta organización terrorista no fue la única protagonista de esta época de violencia interna, puesto que tuvieron un protagonismo menor, en comparación con los dos previamente mencionados, el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, las organizaciones campesinas de autodefensa y pequeños grupos paramilitares".[5]

En mérito de la perturbación de la paz y la barbarie desatada, el Tribunal Constitucional del Perú indicó:

> La acción terrorista en nuestro país se convirtió en la lacra más dañina para la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona y para la consolidación y promoción de los principios y valores que sustentan la vida en democracia. Los execrables actos de violencia terrorista, que han costado irreparables pérdidas de miles de vidas humanas y la significativa depredación de los bienes públicos y privados, expresan la magnitud y el horror sumo que generan las conductas brutalizadas, en su afán de construir, para sí, una sociedad donde se asiente el fanatismo irracional, la exclusión, la intolerancia y la supresión de la dignidad humana como condición básica y elemental para la convivencia dentro de la comunidad.[6]

Además, la finalidad de la CVR giró en torno al análisis y la determinación de las consecuencias de estas décadas de violencia en la población peruana, así como a la entrega –a los representantes del Estado y a la sociedad civil– de un *Informe*

---

[4] Corte IDH, Caso Barrios Altos *vs*. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Fondo, Serie C, n.º 75, párrafo 45.

[5] CVR, *Informe Final, Tomo I,* 53-77.

[6] Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia recaída en el Expediente 00010-2002-AI/TC, f. 1.

Final[7] con conclusiones y recomendaciones, misma que se realizó en agosto de 2003, cumpliendo con su propósito fundacional.

En la actualidad, ciertos sectores políticos rechazan que la CVR haya empleado el término "conflicto armado interno" en su *Informe Final* para definir el periodo de violencia política comprendido entre 1980 y 2000. Según Godoy, "las críticas se centraron en temas difíciles de comprender por la ciudadanía en general, tales como la denominación del periodo como un conflicto armado interno –definición proveniente del derecho internacional humanitario y que no excluye la calificación de las acciones de Sendero Luminoso y del MRTA como terroristas".[8]

En ese sentido, cabe destacar que el uso de la expresión 'conflicto armado interno' tiene un sustento objetivo y razonable, en aplicación del derecho internacional humanitario. Por ello, será empleado en el presente artículo para hacer referencia a aquella época.

Al respecto, la CVR sostiene que emplear la expresión 'conflicto armado interno' tiene por finalidad…

> Impedir que los grupos subversivos pudiesen quedar excluidos de una investigación fundada en los estándares más altos del derecho […] la aplicación de las normas del derecho internacional humanitario, en particular las establecidas en el artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, son de aplicación automática en el caso de un conflicto armado interno, pero su aplicación no entraña de ninguna manera el reconocimiento del estatus de beligerante a los grupos subversivos armados, ni del estatus de combatiente a los integrantes de dichos grupos, ni del de prisioneros políticos o de guerra a quienes resultasen capturados por las fuerzas de seguridad.[9]

Asimismo, en dicho *Informe Final* se establecieron recomendaciones para que el Estado peruano iniciara el proceso de reconciliación nacional. En efecto, la CVR realizó una investigación profunda sobre los crímenes cometidos contra los derechos humanos y encontró una cantidad superlativa de afectaciones a estos derechos, cuyo *Informe Final* tuvo un alto impacto social y político, que coadyuvó a la justicia transicional en el Perú.

---

[7] Como aporte a la justicia transicional en el Perú y para garantizar la no repetición de lo acontecido durante el conflicto armado interno, el *Informe Final* de la CVR también se encuentra disponible en https://www.cverdad.org.pe/ifinal/.

[8] José Godoy, 3 de septiembre de 2022, "CVR y debate público: doce años después", Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 27 de agosto de 2015, https://idehpucp.pucp.edu.pe/opinion_1/cvr-y-debate-publico-doce-anos-despues/.

[9] CVR, *Informe Final, Tomo I*, 24-25.

1. Justicia transicional y aportes de la CVR peruana

Antes de ahondar en un análisis de fondo, se debe conceptualizar la expresión 'justicia transicional'. En una primera instancia, el exsecretario general de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Kofi Annan, en su Informe del año 2004 sobre el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, indicó:

> La noción de "justicia de transición" […] abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por complejo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos.[10]

Asimismo, la Presidenta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Julissa Mantilla, y actual relatora sobre Verdad, Justicia y Memoria, sostiene que la justicia transicional "surge, fundamentalmente, para enfrentar las graves violaciones de derechos humanos que han afrontado las sociedades durante los regímenes dictatoriales o los conflictos armados, violaciones que por su masividad e impacto requieren mecanismos particulares de investigación y medidas de respuesta y dignificación para las víctimas".[11]

Para los fines del presente artículo, se debe entender la justicia transicional como un periodo de transición democrática y de restablecimiento de la paz, en el cual se pretende lograr acciones que permitan llevar ante el sistema de justicia a los perpetradores de crímenes de lesa humanidad, reconociendo la particularidad del caso y las dificultades de la misma.

Incluso, durante este periodo de transición también se proyecta encontrar la verdad de los hechos sucedidos en la época en que se perpetraron delitos graves contra los derechos humanos, así como reparar a las víctimas de estas violaciones y emprender reformas institucionales de carácter estructural que aseguren la no repetición de estas vulneraciones.

De igual forma, se puede afirmar que durante este periodo de búsqueda de justicia y de rendición de cuentas por parte del Estado, no se debe preferir uno sobre otro,

---

[10] ONU, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Informe del Secretario General* (Nueva York: ONU, 2004), 6.

[11] Julissa Mantilla, "La justicia transicional y los derechos de las mujeres: posibilidades y retos", *Revista Ius et Veritas*, n.º 51 (2015): 209.

pues en la justicia transicional no solo basta llevar ante los tribunales a los responsables de estos graves delitos contra la humanidad sino que es necesario cumplir, entre otras cosas, con la búsqueda de la verdad, la reparación de las víctimas, la preservación de la paz y la construcción de la democracia en un Estado de derecho.

En ese orden de ideas, Speidel afirma:

> … si se inicia un proceso de justicia transicional, deben tenerse en cuenta los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad, la reparación y la garantía de no repetición. El restablecimiento de los principios del Estado de derecho en una sociedad en conflicto debe tener como premisa principal la participación activa de las víctimas en todos los mecanismos de la justicia transicional para consultar sus perspectivas y necesidades.[12]

Por tal motivo, es posible indicar que la justicia transicional tiene cuatro pilares o componentes esenciales: i) la justicia, ii) la verdad, iii) la reparación y iv) la no repetición.[13] Estos deben cumplirse conjuntamente, sin otorgar un orden de jerarquía, ni una prelación de relevancia e importancia.

En suma, la Comisión de la Verdad y Reconciliación peruana contribuyó, en diferentes aspectos, al proceso de justicia transicional del Estado peruano, como se detallará a continuación.

1.1. Justicia

Ahora bien, para que el Informe de una Comisión de la Verdad sea exitoso, este debe ser un relato del mayor conocimiento común posible. Por consiguiente, debe ser un procedimiento transparente, público y participativo, de modo que se convierta en un medio para cumplir la obligación del Estado de encontrar la verdad de los hechos acontecidos en la época en que se cometieron las graves violaciones de los derechos humanos.

---

[12] Jana Speidel, 3 de septiembre de 2022, "La relación entre justicia transicional y Estado de derecho", Agenda Estado de Derecho, 24 de enero de 2022, https://agendaestadodederecho.com/la-relacion-entre-justicia-transicional-y-estado-de-derecho/.

[13] En esta misma línea, Pablo de Greiff señala: "Los cuatro componentes del mandato, a saber, la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, constituyen una serie de áreas de acción interrelacionadas que pueden reforzarse mutuamente en el proceso de subsanar las secuelas del abuso y la vulneración masivos de los derechos humanos" (ONU, *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff* [Nueva York: ONU, 2005]). Por otro lado, el profesor Gómez Isa expone que los derechos que deben garantizarse en la justicia transicional son: i) la verdad, ii) la justicia y iii) la reparación; los cuales son tres derechos totalmente interdependientes, pero complementarios entre sí (Felipe Gómez, "El fenómeno de la impunidad: luces y sombras en América Latina", *Revista Pensamiento Iberoamericano*, n.º 2 [2008]: 172).

Sin embargo, no es un órgano jurisdiccional, pues, como desarrolla Méndez, "no puede determinar ni individualizar responsabilidades penales, ya que de suceder ello, se afectaría el derecho al debido proceso de los presuntos responsables".[14]

Por otro lado, Félix Reátegui, desde otra posición, plantea: "Las comisiones también se erigen en plataformas para la demanda de derechos, tratan de establecer responsabilidades penales o de generar los caminos para establecer responsabilidades penales, además de propiciar cambios institucionales y legislativos para afrontar el legado de la violencia".[15]

Entonces, si bien una Comisión de la Verdad no es un órgano jurisdiccional que pueda sancionar a los responsables de crímenes contra la humanidad, su *Informe Final* puede ser utilizado como medio probatorio en un proceso judicial. Un ejemplo de ello es la relevancia que tuvo el *Informe Final* de la CVR peruana con respecto al proceso judicial seguido contra el expresidente Fujimori por los crímenes de La Cantuta y Barrios Altos.[16]

En el citado proceso judicial, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú utilizó la información y el análisis realizado por la CVR en su *Informe Final* para establecer la contextualización de los hechos que se probaron durante el proceso y determinaron la culpabilidad de Fujimori respecto de los crímenes contra los derechos humanos.[17] Así entonces, la Corte Suprema de Justicia determinó que por los delitos de asesinato, lesiones graves y secuestro agravado se

---

[14] Juan Méndez, "La justicia penal internacional, la paz y la reconciliación nacional", en *Homenaje a Emilio F. Mignone*, ed. por Martín Abregú, Javier Mariezcurrena y Juan Méndez (San José y Buenos Aires: IIDH y CELS, 2001), 310.

[15] Félix Reátegui, "Comisiones de la verdad y justicia transicional", en *Judicialización de violaciones de derechos humanos* (Lima: IDEHPUCP, 2010), 33.

[16] Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, Sala Penal Especial, Casos Barrios Altos y La Cantuta, Sentencia de 7 de abril de 2009, Expediente A.V. 19-2001, 379.

[17] Conforme se señala en la Sentencia: "Cuestiones de Hecho planteadas, discutidas y votadas por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República en la causa seguida contra ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI por delitos de asesinato y otros en agravio de Luis Antonio León Borja y otros. Identificación […]. ¿Está probado que, como consecuencia del análisis realizado por diversas organizaciones internacionales y la Comisión de la Verdad y Reconciliación, se hizo saber a la opinión pública, y en el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Amnistía Internacional al gobierno del acusado ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI, que durante los años mil novecientos noventa y uno – mil novecientos noventa y tres continuaba la violación de los derechos humanos en los marcos de la lucha contrasubversiva? Sí lo está". De igual forma, en la misma Sentencia se afirma: "Las características del *Informe Final*, el material que le sirvió de análisis –que recopiló, organizó y comparó– y los métodos utilizados –su carácter interdisciplinario, científico y las contrastaciones que merecieron las fuentes y base de datos que se construyó al efecto, como consecuencia de la tarea impuesta por la norma de creación– permiten otorgarle –esencialmente a la constatación de situaciones fácticas que realizó– valor probatorio calificado, salvo que prueba concreta o información judicial consolidada enerve su valor –lo que no se ha producido en el caso de autos" (Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, Sala Penal Especial, Casos Barrios Altos y La Cantuta, Sentencia de 7 de abril de 2009, Expediente A.V. 19-2001, VI y 138).

le castigaría a Fujimori con la condena a veinticinco (25) años de pena privativa de libertad,[18] logrando cumplir con el componente de justicia, propio de un proceso de justicia transicional.

Al respecto, Diane Orentlicher señala:

> La inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas.[19]

Por tal motivo, tanto la justicia como la verdad durante los procesos de justicia transicional son derechos "no derogables"[20] y, en ese sentido, la CVR hizo un aporte esencial para procesar y condenar a uno de los principales actores de estos graves delitos en el periodo de violencia interna sucedida en el Perú, así como a Vladimiro Montesinos, el Grupo Colina, antiguos altos mandos militares y políticos, entre otros.[21]

1.2. Derecho a la verdad

Uno de los componentes de la justicia transicional es la búsqueda de la verdad, también denominado derecho a la verdad, que, para Méndez, "es inseparable del derecho a la justicia de un contenido más general y que implica obligaciones por parte del Estado".[22]

Al respecto, en 1988, la Corte IDH, en el Caso Velásquez Rodríguez *vs*. Honduras, ha señalado:

> El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la

---

[18] Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, Sala Penal Especial, Casos Barrios Altos y La Cantuta, Sentencia de 7 de abril de 2009, Expediente A.V. 19-2001, 667-672.

[19] ONU, *Informe de Diane Orentlicher…*, 6.

[20] Juan Méndez, "El derecho a la verdad frente a las graves violaciones de los derechos humanos", en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, ed. por Martín Abregú y Cristian Courtis (Buenos Aires: CELS y Ediciones del Puerto, 1997), 524 y 530.

[21] Luis Vargas, "Algunos apuntes sobre la prueba en el proceso penal", en *Judicialización de violaciones de derechos humanos* (Lima: IDEHPUCP, 2010), 117.

[22] Méndez, "El derecho a la verdad frente a las graves violaciones de los derechos humanos", 527.

> víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance.[23]

Este criterio se ha mantenido a lo largo de la línea jurisprudencial de la Corte IDH que, en 2017, en el Caso Vásquez Durand y otros *vs*. Ecuador, sostuvo:

> La obligación de investigar violaciones de derechos humanos es una de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención. Así, desde su primera sentencia esta Corte ha destacado la importancia del deber estatal de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos, el cual adquiere particular importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados.[24]

También, en 2019, la Corte IDH fue enfática en mencionar:

> La investigación debe ser seria, objetiva y efectiva, y estar orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, y eventual enjuiciamiento y castigo de los autores de los hechos. Además la obligación de investigar se mantiene cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado.[25]

En ese orden de ideas, la CIDH considera que "toda sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de que esos hechos no vuelvan a ocurrir en el futuro".[26] Además, las obligaciones de los Estados, con respecto a su deber de investigar diligentemente los casos de desapariciones forzadas para alcanzar la búsqueda de la verdad, se encuentran reforzadas por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada.

En efecto, el derecho a la verdad encierra doble dimensión o naturaleza, puesto que tiene una dimensión individual, de la víctima y sus familiares, y una dimensión social que implica a la sociedad en su conjunto.[27] Es así como el Estado tiene un

---

[23] Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez *vs*. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo, Serie C, n.º 4, párrafo 181.

[24] Corte IDH, Caso Vásquez Durand y otros *vs*. Ecuador, Sentencia de 15 febrero de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 332, párrafo 141.

[25] Corte IDH, Caso Gómez Virula y otros *vs*. Guatemala, Sentencia de 21 de noviembre de 2019, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 393, párrafo 65.

[26] CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1985-1986* (Washington, D. C.: CIDH, 1986), 205.

[27] Al respecto, Diane Orentlicher señala: "Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con

deber de crear memoria colectiva respecto a los hechos y graves afectaciones de los derechos humanos, por lo que debe establecer las condiciones que permitan que los individuos y la sociedad desarrollen este proceso social de creación y recreación del pasado,[28] con el objetivo de evitar el riesgo de que se repitan las mismas vulneraciones en el futuro.

Ahora bien, la CVR peruana realizó una investigación profunda respecto de los crímenes contra la humanidad sucedidos entre 1980 y 2000, la cual tuvo un impacto social y político importante, puesto que sus conclusiones visibilizaron, ante toda la sociedad, la barbarie acontecida durante aquel periodo, perpetrada por las organizaciones terroristas y los agentes del Estado.[29]

Según Salomón Lerner Febres, presidente de la CVR, la Comisión de la Verdad y Reconciliación

> … tomó la palabra de las víctimas como la fuente principal de su investigación. No se trató solamente de una decisión pragmática, ante la imposibilidad de citar judicialmente a los victimarios a rendir declaraciones; fue una decisión principalmente ética: ese ejercicio nacional de búsqueda de la verdad, que sería inédito y tal vez irrepetible, tenía que ser una instancia para escuchar la voz de los silenciados, de quienes por lo general no tienen acceso a la palabra pública. Una verdad construida con la palabra de las víctimas y, al mismo tiempo ajustada a rigurosos criterios de validez desde el saber jurídico e histórico-social, tendría no solamente autoridad científica sino también una fuerte autoridad moral.[30]

En efecto, se puede afirmar que la labor que desarrolló la CVR peruana fue trascendental, puesto que su *Informe Final* permitió determinar actores, perpetradores, víctimas, contexto social, entre otros factores, que conformaron el denominado periodo de violencia interna en el Estado peruano, que luego dio lugar a las respectivas investigaciones fiscales y a la instauración de procesos judiciales contra los responsables de la gran cantidad de afectaciones a los derechos humanos, establecimiento

---

la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones" (ONU, *Informe de Diane Orentlicher…*, 7).

[28] Gómez, "El fenómeno de la impunidad: luces y sombras en América Latina", 168.

[29] Citando el *Informe* de la CVR: "Más allá de los argumentos científicos y de la rigurosidad de los métodos utilizados en este análisis estadístico, si consideramos donde y a quiénes afectó principalmente el conflicto armado interno (las zonas rurales, campesinas, pobres y culturalmente más distantes del mundo occidental peruano), no resulta inverosímil que tantos ciudadanos de ese Perú hayan perecido ante la indiferencia o desconocimiento del país oficial, moderno u occidental" (Anexo 2, 22).

[30] Lerner, "Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú".

de medidas de reparación para las víctimas y determinación de las denominadas acciones de no repetición.

Por otro lado, la CVR es criticada, porque su conformación no contó con representantes de las fuerzas armadas y/o del partido político del dictador civil Fujimori, y, en consecuencia, su *Informe Final* no contiene todas las perspectivas de los actores e intervinientes durante el periodo analizado por la Comisión, aunque esta detracción no es compartida por la mayoría de la población.

Entonces, a pesar de que la composición de la CVR reflejaba pluralidad política y de que esta realizó una ardua labor de investigación, conforme analiza Reátegui,

> … las críticas vinieron de muchos lados: desde las fuerzas políticas que habían sido gobierno en esos años (Acción Popular, el APRA y el fujimorismo), desde las Fuerzas Armadas que se consideraban deshonradas en el INFORME FINAL y desde cierto sector de la opinión pública que interpretó esta comisión como un intento de "reabrir heridas", contribuir al disenso o alimentar odios.[31]

También, es reprochable que el Estado peruano no se haya comprometido con una adecuada difusión del *Informe Final* de la CVR en la sociedad durante los años posteriores a su promulgación. Es evidente que ello afecta la formación de la memoria colectiva respecto a los hechos y las afectaciones de los derechos humanos sucedidos entre los años de 1980 y 2000. En ese sentido, la visibilización de la barbarie acontecida es una forma de garantizar la no repetición de estos actos en un futuro.

1.3. Reparaciones para las víctimas

La obligación que tiene el Estado de reparar las graves violaciones de los derechos fundamentales nace de la doctrina del derecho internacional que indica que todo Estado que afecte un mandato que garantice la protección de estos derechos debe ser sancionado y pagar las reparaciones a las víctimas que ameriten.[32]

Al respecto, la Corte IDH ha establecido:

> La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación. De no ser esto posible […] el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados. Las reparaciones tienen el objeto

---

[31] Ricardo Reátegui, 3 de septiembre de 2022, "Verdades que duelen", Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 27 de julio de 2011, https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/a-diez-anos-de-la-creacion-de-la-cvr/.

[32] Corte IDH, Caso Castro Castro *vs*. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 160, párrafos. 421-429, 423-433 y 435-454.

adicional, aunque no menos fundamental, de evitar y refrenar futuras violaciones.[33]

Lamentablemente, estas reparaciones son difíciles de conseguir a través de los procesos judiciales, contraviniendo el principio de universalidad de las reparaciones. En relación con esto, las Comisiones de la Verdad ya no tienen como única finalidad encontrar la verdad de los hechos que acontecieron en la época de afectaciones de los derechos humanos, sino que desempeñan labores y roles que están dirigidos a garantizar la reparación de las víctimas.[34]

Como consecuencia del *Informe Final* de la CVR peruana, se emitió la Ley 28592, que crea el Plan Integral de Reparaciones (PIR), a efectos de reparar, a través de diferentes medios, a las víctimas de la violencia ocurrida durante el periodo de 1980 a 2000, conforme a las conclusiones y recomendaciones de la CVR.[35] Dicha ley, en su Primera Disposición Complementaria y Transitoria, encarga a la Comisión Multisectorial de Alto Nivel (CMAN) el seguimiento de las acciones y políticas del Estado en los ámbitos de la paz, la reparación colectiva y la reconciliación nacional, así como el diseño de la organización y el funcionamiento de un Consejo de Reparaciones (CR) que se hará cargo del Registro Único de Víctimas (RUV).[36]

Desde su creación hasta la actualidad, la CMAN ha ejecutado los programas de reparaciones que se encuentran establecidos en el PIR y que, en gran medida, responden a lo señalado por la CVR. En esta línea, las reparaciones a las que hace referencia el PIR son tanto de índole económica como acciones en favor de las víctimas,[37] y van dirigidas a reparaciones simbólicas, como las disculpas públicas, la

---

[33] La Corte IDH ha establecido este concepto en diferentes sentencias: Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri *vs*. Perú, Sentencia de 8 de julio de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 110, párrafo 189; Caso "19 Comerciantes" *vs*. Colombia, Sentencia de 5 de julio de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 109, párrafo 221; Caso Molina Theissen *vs*. Guatemala, Sentencia de 3 de julio de 2004, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 108, párrafo 42; Caso Salvador Chiriboga *vs*. Ecuador, Sentencia de 6 de mayo de 2008, Excepción Preliminar y Fondo, Serie C, n.º 179, párrafo 116.

[34] Gómez, "El fenómeno de la impunidad: luces y sombras en América Latina", 172.

[35] CRV, *Informe Final, Tomo IX*, 139.

[36] A través del Decreto Supremo 082-2005-PCM, se ordena el traslado de la CMAN al Ministerio de Justicia. En ese contexto, se dicta el Reglamento de la Ley 28592, el Decreto Supremo 015-2006-JUS y sus modificatorias. Luego, mediante Decreto Supremo 102-2011-PCM, se adscribe la CMAN al nuevo Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

[37] La totalidad de programas de reparaciones que ejecuta la CMAN en el marco del PIR son: i) Programa de Restitución de Derechos Ciudadanos: se regulariza la situación jurídica de las personas desaparecidas, indocumentadas o indebidamente requisitoriadas; ii) Programa de Reparaciones en Educación: se otorgan becas integrales, se realizan programas de educación para adultos; iii) Programa de Reparaciones en Salud: comprende la capacitación del personal especializado, campañas de atención de salud mental; iv) Programa de Reparaciones Colectivas: comprende el saneamiento legal de comunidades, la recuperación de infraestructuras, el apoyo al repoblamiento; v) Programa de Reparaciones Simbólicas: se

construcción de monumentos que recuerden a las víctimas, museos de la memoria, entre otros,[38] con la finalidad de preservar la memoria de los hechos y garantizar que estos delitos contra la humanidad no se repitan en un futuro.[39]

En aquel entonces existió una contradicción en el PIR, puesto que, por razones de índole política, se dispuso el cierre del periodo de identificación y determinación de los beneficiarios del Programa de Reparaciones Económicas del PIR, a través del Decreto Supremo 051-2011-PCM.[40] Aquella decisión resultó una contradicción con los principios de universalidad de las reparaciones a las víctimas y con el principio de la igualdad y no discriminación de la persona, pues con dicha medida se discrimina a un grupo de personas que poseen un derecho adquirido mediante la citada Ley 28592 y su Reglamento,[41] contraviniendo la misma concepción de reparación a las víctimas, que exige que estas sean universales y no discriminatorias.[42]

Otra controversia generada por el PIR en materia de reparaciones es el monto y la forma de reparación individual, puesto que al revisar el precitado Decreto Supremo 051- 2011-PCM, el monto de la reparación asciende a un máximo de 10.000.00 nuevos soles, sin que se le permita el acceso a una cantidad superior en relación con la afectación de su derecho; es decir, no se está individualizando el daño de las víctimas.

En ese sentido, si bien es difícil poner un precio a la vida, a la integridad física, al daño psicológico de las familias, entre otras, la reparación económica puede ser un medio para mitigar estos daños,[43] por lo que se debe analizar si esta reparación económica que brinda el Estado peruano se encuentra dentro de los estándares del sistema interamericano de derechos humanos.[44]

---

realizan actos de reconocimiento, ceremonias; vi) Programa de Promoción y Facilitación al Acceso Habitacional: se otorgan facilidades por intermedio del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento para el acceso a la vivienda a las víctimas y/o sus familiares que como producto del proceso de violencia perdieron sus viviendas o fueron desplazadas del lugar donde habitaban; y vii) Programa de Reparaciones Económicas: dirigido individualmente a los familiares de las víctimas fallecidas o desaparecidas, a las personas que como resultado de los atentados tienen una discapacidad física o mental permanente, parcial o total (reconocida por la Comisión Nacional de Discapacidad, Conadis) y a aquellas que han sido víctimas de violación sexual (MINJUS, Informe 041-2015-JUS/CMAN-SE-LPA, 2015).

38 El "Lugar de la Memoria, la Tolerancia y la Inclusión Social", de 2014, asume el relato de los hechos investigados y encontrados por la CVR del periodo 1980-2000.

39 Gómez, "El fenómeno de la impunidad: luces y sombras en América Latina", 179.

40 El periodo de identificación y determinación de los beneficiarios del Programa de Reparaciones Económicas del PIR concluyó el 31 de diciembre de 2011.

41 Aprobado mediante Decreto Supremo 015-2006-JUS de diciembre de 2011.

42 Gómez, "El fenómeno de la impunidad: luces y sombras en América Latina", 176.

43 Juan Méndez, "Impunidad y justicia internacional", en *Curso del Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario* (Washington, D. C.: American University Washington College of Law, 2014).

44 Corte IDH, Caso Aloeboetoe y otros *vs.* Surinam, Sentencia de 10 de septiembre de 1993, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 15.

Por consiguiente, en mérito a los diversos cuestionamientos esbozados por sectores de la sociedad civil y el reconocimiento de la problemática por parte de las autoridades, en enero de 2013, luego de un año y medio de emitida la controversial norma, se promulgó la Ley 29979, que estableció como criterio de prelación la fecha de producida la afectación y modificó los requisitos de priorización.

En conclusión, se puede afirmar que el fin que plantea el Estado peruano mediante estas normas es meritorio y busca cumplir las recomendaciones del *Informe Final* de la CVR, toda vez que reconoce su responsabilidad frente a los daños ocasionados en la época del conflicto interno e intenta facilitar la reparación de la gran mayoría de las víctimas.[45] Sin embargo, es trascendental que no se afecte el derecho a una indemnización justa y universal, conforme a los estándares internacionales previamente señalados.

1.4. No repetición

Por último, otro de los componentes de la justicia transicional es la reforma institucional como medida de no repetición, que plantea la descalificación de las personas responsables de las violaciones sistemáticas de derechos humanos, así como otras medidas que tengan como finalidad restablecer la democracia en las instituciones, estableciendo líneas de mando, comités ciudadanos de control y programas educativos en las academias y escuelas policiales y militares, entre otras.

De igual forma, el profesor Méndez expresa:

> …, por razones jurídicas, éticas y políticas, estamos convencidos de que los estados tienen la obligación afirmativa de responder a las herencias de violaciones masivas o sistemáticas de los derechos humanos con medidas concretas de políticas públicas destinadas a restablecer la verdad y la justicia, a ofrecer reparaciones y a depurar los cuerpos de seguridad.[46]

En efecto, las reformas institucionales en los Estados que vuelven a la democracia y a un Estado de derecho deben aspirar a cumplir el requisito de institucionalidad,

---

[45] En ese sentido, conforme lo ha afirmado el viceministro de derechos humanos y acceso a la justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, "desde que ha comenzado a funcionar esta comisión de la CMAN, desde el 2006 hasta el 2013 el Estado ha invertido y con mucho sentido de responsabilidad 388 millones de dólares. […]. De ese monto, las reparaciones económicas individuales, son 126 millones que permite el reconocimiento a 26 mil beneficiarios. En reparaciones colectivas se ha invertido 33 millones, en reparaciones simbólicas 1 millón 100 mil soles. Además, en este gobierno se ha puesto mucho énfasis en el tema de reconocimiento de los familiares a enterrar cristianamente a estas personas que fallecieron y se les ha comenzado a dar ataúdes, cosa que antes no se daba, pero ahora con dignidad estamos haciendo estas reparaciones simbólicas" (IDL, Ministerio de Justicia dialoga con Economía, 2015).

[46] Méndez, "La justicia penal internacional, la paz y la reconciliación nacional", 314.

es decir, que las instituciones funcionan para todos. Esto se logra a través de las reformas institucionales, que exigen que las personas que afectaron derechos a través de la institución sean separadas de la misma, de forma transparente y pública, respetando la privacidad de las personas y el debido proceso.

Los principios para la lucha contra la impunidad, determinados en el Informe de Diane Orentlicher, que pretenden asegurar los componentes de la justicia transicional, entre los que destaca la reforma institucional, solo serán efectivos si los Estados tienen la voluntad política de suprimir la impunidad en todas sus expresiones, incluyendo la erradicación de las personas que han participado de violaciones de los derechos humanos dentro las entidades e instituciones públicas.[47]

Así, una medida de reforma institucional consiste en separar a las personas que son responsables de las violaciones sistemáticas de derechos humanos de los órganos del Estado, respetando las garantías del debido proceso en cada caso.[48] Entonces, respecto de las reformas institucionales, la CVR peruana propuso reformas en el Sistema de Justicia, el cual no cumplió con su rol de protección de los derechos de los ciudadanos durante el periodo de violencia interna.[49]

A través de la Ley 28083, en el año 2003, se creó la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (Ceriajus), con la finalidad de elaborar el Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia, que contuviera una propuesta global y concertada de reforma. Dicho plan fue entregado en 2004, con propuestas en ocho (08) áreas diferentes, pero complementarias, del Sistema de Justicia peruano,[50] entre las que destaca la evolución y separación de los jueces y fiscales involucrados en la dictadura de Fujimori y la afectación de los derechos humanos.

Cabe destacar que, como menciona Pásara, la labor de Ceriajus "ha sido el intento más serio de pensar el problema de la justicia en el país y de formular una propuesta abarcadora de reforma".[51] Lamentablemente, la mayoría de las propuestas realizadas no se han logrado implementar en su totalidad en el Sistema de Justicia peruano. Uno de los factores principales es la falta de voluntad política de las nuevas autoridades, con respecto a la continuidad de las políticas públicas en el sector justicia que fueron elaboradas con base en las propuestas de Ceriajus. Esto se debe a que

---

[47] Gómez, "El fenómeno de la impunidad: luces y sombras en América Latina", 166.

[48] Méndez, "El derecho a la verdad frente a las graves violaciones de los derechos humanos", 526.

[49] CRV, *Informe Final, Tomo IX*, 110.

[50] Estas áreas son: i) acceso a la justicia; 2) políticas anticorrupción, eticidad y transparencia en la administración de justicia; iii) modernización del despacho jurisdiccional y fiscal; iv) recursos humanos; v) gobierno, administración y presupuesto; vi) predictibilidad y jurisprudencia; vii) reforma del sistema penal; y viii) adecuación normativa.

[51] "Entrevista a Luis Pásara: ¿Es posible reformar el sistema de justicia en el Perú?", en *Revista Argumentos* 8, n.º 3 (2014): 5.

muchos de estos actores políticos llegaron al gobierno con diferentes prioridades, por lo que la reforma se dejó de lado.

Asimismo, otro de los factores principales gira en torno a que el contexto político en que se requería realizar estos cambios estructurales ya no era el mismo. Luego del retorno a la democracia a través del gobierno de transición de Valentín Paniagua, accedieron al poder otros gobiernos democráticamente electos que postergaron las reformas por desconocimiento de su importancia y falta de presupuesto para implementarlas. Por ello, durante muchos años quedaron en el olvido.

No obstante, el espíritu de dichas reformas fue acogido por nuevas iniciativas para la reforma del sector justicia. Así, el Acuerdo Nacional por la Justicia, en 2016, buscó constituir un espacio de coordinación entre las entidades del sistema de justicia para que identificaran problemas comunes y emprendieran las acciones para atenderlos.

Adicionalmente, ante la crisis de corrupción del sector justicia en 2018, se convocó a un grupo de expertos para elevar propuestas de mejora. Muchas de ellas tomaron como base la labor de Ceriajus. Destacan las siguientes propuestas elaboradas por esta comisión de reforma del sistema de justicia: la creación de la autoridad de integridad y control del Poder Judicial, y la de la Fiscalía; la reforma constitucional que transforma el Consejo Nacional de la Magistratura en la Junta Nacional de la Justicia; el establecimiento de un concurso público de méritos para la selección de jueces supernumerarios y fiscales provisionales no titulares; la creación de la Fiscalía Suprema Anticorrupción; y la promoción de la probidad en el ejercicio profesional de la abogacía.[52]

Por otro lado, la CVR también planteó reformas generales tanto en las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional y el Servicio de Inteligencia (separación de los actores involucrados en los crímenes contra la humanidad) como en diferentes órganos del Estado, y la creación de otros organismos con el objetivo de evitar nuevamente los hechos ocurridos en la época de violencia interna.[53] Dichas reformas se implementaron de forma esporádica y no permanente como se formuló en las recomendaciones contenidas en el *Informe Final* de la Comisión.

En efecto, en este aspecto se trató de realizar el *vetting* o descalificación,[54] pero, como bien se ha señalado, esto no se logró a cabalidad por falta de seguimiento y compromiso del Estado en la investigación y sanción de las personas que afectaron los derechos humanos a través de sus instituciones.[55]

---

[52] Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia, *Propuesta de política pública de reforma del sistema de justicia* (Lima: Konrad Adenauer Stiftung y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2021), 42.

[53] CVR, *Informe Final, Tomo IX*, 110-112.

[54] ICTJ, 15 de abril de 2022, "¿Qué es la justicia transicional y misión del ICTJ?", 20 de febrero de 2009, http://ictj.org/es/our-work/transitional-justice-issues/reforma-institucional.

[55] A esta misma conclusión llega Sofía Macher, expresidenta del Consejo Nacional de Reparaciones del Estado peruano (en Esteban Cuya, "La justicia transicional en América

2. Desafíos recientes

Si bien la labor que emprendió la Comisión de la Verdad y Reconciliación permitió escuchar a las víctimas y visibilizar sus historias, así como cerrar algunas heridas que dejó el conflicto armado interno, lo cierto es que el Estado peruano no logró emprender la totalidad de reformas constitucionales y del sector justicia, necesarias para asegurar la no repetición de crímenes contra los derechos humanos como los acontecidos.

Se emprendieron reformas importantes, para asegurar, por ejemplo, la autonomía de los jueces, la transparencia y el acceso a la información pública para evitar la corrupción, un sistema de reconocimiento y reparación a las víctimas, entre otras. Sin embargo, la implementación de esta última reforma se dilató sobremanera a través de los años. Afortunadamente, luego de mucho tiempo de desidia, el Perú cuenta en la actualidad con un Programa de Reparaciones Simbólicas y un Registro Único de Víctimas, para garantizar justicia y reparación a los afectados.

Cabe destacar que el *Informe Final* de la CVR no se difundió de forma contundente, para rendirle cuentas a la población y visibilizar la barbarie desatada en el conflicto armado interno. Esto ha implicado que, a pesar del nocivo impacto que estos condenados por violaciones de derechos humanos han tenido en la vida de la nación, siguen obteniendo el apoyo y la simpatía de algunos sectores de la población.

En ese sentido, un ejemplo que refleja que los principales actores del conflicto armado interno siguieron congregando apoyo de algunos sectores de la ciudadanía, a pesar del daño que causaron a la sociedad, se evidencia con lo acontecido en 2009, año en el que se hizo pública la existencia de un grupo de personas denominado Movimiento por la Amnistía y los Derechos Fundamentales (Movadef), cuyo propósito principal era buscar la liberación y amnistía de condenados por violaciones de derechos humanos, incluyendo al terrorista Abimael Guzmán.

Por otro lado, en el último quinquenio, se han dado una serie de situaciones lesivas que, como consecuencia inmediata, han tenido una incidencia negativa, directa, concreta y sin justificación razonable en los derechos de las víctimas.

Un ejemplo de ello es lo acontecido el 24 de diciembre de 2017, cuando Fujimori, condenado por la comisión del delito de asesinato (casos Barrios Altos y La Cantuta), lesiones graves (Caso Barrios Altos) y secuestro agravado (Caso Sótanos SIE), recibió un indulto presidencial por parte de Pedro Pablo Kuczynski, presidente de la República del Perú de aquel entonces.

La Resolución Suprema 281-2017-JUS sustentó razones humanitarias como el motivo de la concesión de la gracia presidencial. En la parte considerativa de aquella Resolución se detalla:

Latina: desarrollo, aplicación y desafíos", *Nürnberger Menschenrechtszentrum*, 31 de julio de 2011, (menschenrechte.org).

> … la Comisión de Gracias Presidenciales, ha determinado en el Informe del Expediente N.º 00235-2017-JUS/CGP que, siendo que la exigibilidad de la ejecución completa de las penas impuestas al solicitante Alberto Fujimori Fujimori, a sus 79 años de edad y dada la condición de salud que muestra deterioro y vulnerabilidad, el citado solicitante no significaría un peligro para la sociedad y, por el contrario, dicha exigencia podría representar un daño irreparable a su derecho fundamental a la integridad física o, incluso, a su vida, por lo que, debe primar el principio y derecho a la dignidad humana, sin que ello signifique una aceptación o validación de su accionar o una eliminación de la reprochabilidad moral y social de los delitos; en ese sentido, la citada Comisión recomienda la concesión del indulto y derecho de gracia por razones humanitarias; que hace que esta persona no está en capacidad de recibir sanción.[56]

Lo cierto es que Fujimori contaba con condiciones carcelarias especiales, en mérito de haber sido mandatario. En otras palabras, por la alta investidura que en algún momento tuvo, su situación penitenciaria era más favorable que la del resto de los presos a nivel nacional. Por ende, el argumento del deterioro de su salud, para liberarlo de prisión, no era tanto un reflejo de encontrarse encarcelado sino una consecuencia biológica de su avanzada edad.

No obstante, considerando el daño irreparable que las acciones de Fujimori ocasionaron, así como los derechos de las víctimas y sus deudos, esta salida de prisión, que tuvo una connotación más política que jurídica, fue percibida como un retroceso del Estado peruano en su compromiso con la justicia transicional y sus pilares de justicia, reparación y no repetición.

Esta afirmación se sustenta en lo resuelto por la Corte IDH en el Caso Las Palmeras *vs*. Colombia, donde indica:

> … el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conexión con el artículo 25.1 de la misma, confiere a los familiares de las víctimas el derecho a que la muerte de estas últimas sea efectivamente investigada por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; en su caso se les impongan las sanciones pertinentes, y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido.[57]

Entonces, el derecho de acceso a la justicia se ve vulnerado por situaciones de impunidad, como la del indulto a Alberto Fujimori, donde se le exoneraba de purgar su condena privativa de la libertad.

---

[56] Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Resolución Suprema 281-2017-JUS de 24 de diciembre de 2017, 1.

[57] Corte IDH, Caso Las Palmeras *vs*. Colombia, Sentencia de 6 de diciembre de 2001, Fondo, Serie C, n.º 90, párrafo 65.

En ese sentido, el juez supremo Hugo Núñez Julca acertó al resolver, a través de la Resolución 10 de 3 de octubre de 2018, lo siguiente sobre la controversia suscitada por el indulto concedido a Fujimori:

> Al ser incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos, de la que forma parte el Estado peruano, el acto administrativo que lo concedió carece de efectos jurídicos desde su inicio: en consecuencia, no tiene efectos jurídicos en la ejecución de sentencia del presente caso; por lo que, debe retrotraerse el estado en que se encontraba el cumplimiento de la sentencia en todos sus extremos, debiendo girarse las órdenes de ubicación y captura para su posterior reingreso al establecimiento penitenciario respectivo.[58]

De Belaúnde precisa al respecto:

> … cuando en la Navidad de 2017 los políticos en el poder buscaron volver a normas pasadas de impunidad al conceder un derecho de gracia e indulto al violador de derechos humanos Alberto Fujimori, los tribunales peruanos fueron capaces y quisieron defender la línea de rendición de cuentas de derechos humanos a pesar del entorno hostil. Los argumentos formalistas (deferencia a las atribuciones presidenciales, agotamiento de los recursos internos y falta de competencia para realizar el control de convencionalidad) desentonaron con la nueva cultura jurídica y fueron rechazados.[59]

Luego de unos años, vía proceso *de habeas corpus*, llegó al Tribunal Constitucional peruano una demanda que buscaba la liberación de Alberto Fujimori.

Lo resuelto por el supremo intérprete de la Constitución peruana en la sentencia recaída en el expediente 02010-2020-PHC, ordenó la excarcelación de Alberto Fujimori. La incompatibilidad de aquel fallo con el derecho convencional y los tratados de derechos humanos era evidente. En primer lugar, por contradecir a la Corte IDH, en el caso Barrios Altos *vs*. Perú, con respecto al deber del Estado peruano de garantizar justicia para las víctimas. En segundo lugar, dada la naturaleza de los delitos por los que fue condenado Alberto Fujimori, en el derecho internacional se les considera crímenes de lesa humanidad, por ende, son imprescriptibles. Al respecto, Rodríguez Santander indica:

> El hecho de que a una persona se la considere responsable de la comisión de un crimen de lesa humanidad, a pesar de que los elementos configuradores del crimen no se encuentren incorporados al derecho interno durante la

---

[58] Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria, Sentencia de 3 de octubre de 2018, Expediente 00006-2021-4-5001-SU-PE-01, 221.

[59] Javier de Belaúnde, "En defensa de la justicia: explicando la improbable inaplicación judicial del indulto y derecho de gracia del condenado por graves violaciones a los derechos humanos Alberto Fujimori", *Derecho PUCP*, n.º 85 (2020): 453.

> verificación de los hechos delictivos, no supone una violación del principio de legalidad penal. Por el contrario, razonar de modo distinto implicaría una violación del *ius cogens* internacional. Empero, declarar a una persona responsable de dicha autoría sí genera una serie de consecuencias jurídicas sobre su esfera subjetiva relacionadas con la acción penal en el tiempo y el espacio, y con los efectos punitivos.[60]

En mérito de la supervisión de cumplimiento de la sentencia de los casos Barrios Altos y La Cantuta, así como la solicitud de medidas provisionales, la Corte IDH también sostuvo al respecto:

> La decisión del Tribunal Constitucional no efectuó una ponderación que tomara en cuenta la afectación que tiene el indulto por graves violaciones a los derechos humanos en el derecho de acceso a la justicia de las víctimas y sus familiares. La decisión judicial ni siquiera hace la más mínima referencia a las graves violaciones a derechos humanos por las que fue condenado Alberto Fujimori, a lo cual se agrega que los representantes de las víctimas indicaron que éstas no fueron escuchadas. Además de la situación de salud del condenado, tampoco se tomaron en cuenta otros factores o criterios tales como el hecho de que Alberto Fujimori no ha pagado la reparación civil a las víctimas impuesta en la condena.[61]

Por ende, es posible concluir que, a pesar de todo, la Corte IDH, una vez más, veló por la justicia, la reparación y la no repetición en el marco de los casos Barrios Altos y La Cantuta, puesto que ordenó a las autoridades peruanas abstenerse de implementar la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional del Perú el 17 de marzo de 2022, que restituyó los efectos al indulto concedido a Alberto Fujimori.

Conclusiones

En suma, la Comisión de la Verdad y Reconciliación peruana tuvo un papel predominante en el proceso de justicia transicional del Estado. En efecto, la labor emprendida por la CVR peruana logró concluir, a través de su investigación, que en el periodo de violencia interna durante el periodo de 1980 a 2000, se suscitaron un gran conjunto de delitos contra la humanidad, cuyo *Informe Final* tuvo un gran

---

[60] Roger Rodríguez, "Indulto y crímenes de lesa humanidad: A propósito de la concesión del indulto presidencial a A. Fujimori", *Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional*, n.º 13 (2018): 100.

[61] Corte IDH, Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta *vs.* Perú, Sentencia de 7 de abril de 2022, Solicitud de Medidas Provisionales y Supervisión de Cumplimiento de Sentencias, párrafo 40.

impacto, tanto por su estudio como por sus conclusiones y recomendaciones, el cual coadyuvó a la justicia transicional peruana, en sus diferentes componentes.

En ese sentido, son de suma importancia los aportes orientados a hacer justicia y evitar la impunidad de los delitos perpetrados a través de un relato transparente de los hechos ocurridos, los cuales han permitido a los órganos jurisdiccionales nacionales poder procesar a los responsables. De igual forma, la CVR, a través de su *Informe Final*, contribuyó a garantizar el derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad peruana, quienes desconocían los hechos y violaciones de los derechos humanos durante ese periodo de tiempo.

Aunque hechos recientes, como el indulto concedido a Alberto Fujimori en 2018 y la sentencia del Tribunal Constitucional que restituyó los efectos del indulto, en 2022, ocasionan un retroceso en los avances en materia de justicia transicional generados en el Perú por la labor de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, lo cierto es que la Corte IDH ha demostrado fehacientemente, una y otra vez, su importancia para asegurar justicia para las víctimas, y luchar contra la impunidad de los violadores de derechos humanos.

De igual forma, gracias a la CVR y sus recomendaciones en su *Informe Final*, se ha creado el Plan Integral de Reparaciones que ha tenido como finalidad la reparación de las víctimas en sus diferentes formas y dimensiones. También, a razón de estas recomendaciones se logró hacer las reformas institucionales en los diferentes órganos y poderes del Estado peruano, con el objetivo de fortalecerlos, a través de la separación de los involucrados en los crímenes contra los derechos humanos.

A pesar de los intentos de "perdonar" las violaciones de derechos humanos de Alberto Fujimori, a través de un indulto presidencial supuestamente humanitario o una sentencia con vicios de motivación, debido a la oportuna intervención del sistema interamericano de derechos humanos, esta situación injusta logró revertirse. Considerando la magnitud del daño irreparable ocasionado por los diversos responsables del conflicto armado interno, corresponde que cumplan su condena y que se garantice justicia, verdad, reparación y no repetición para las víctimas y sus familiares.

Cabe destacar la reflexión esbozada por Merino Obregón:

> … aun si es que las víctimas fueran capaces de otorgar su perdón a quien no ha sido capaz de pedirlo, eso no anula la obligación por construir una colectividad en donde los crímenes reciban castigo. Es decir, el perdón otorgado por los individuos no elimina la necesidad de hacer cumplir sus condenas a quienes trasgredieron la ley. Una sociedad justa y con principios mínimamente democráticos debe asegurarse de que cada uno de sus ciudadanos den cuenta

de sus acciones, así como de que el dolor y la necesidad de reparación a las víctimas sean reconocidos.[62]

Por otro lado, el Estado peruano no ha implementado a cabalidad todas las conclusiones y recomendaciones contenidas en el *Informe Final* de la CVR. Ello, en mérito de la falta de voluntad política, del olvido y porque el contexto político y jurídico en que se determinaron ha cambiado. Lo cierto es que es necesario visibilizar ante la ciudadanía el siniestro pasado que aquejó a la nación durante el conflicto armado interno y a los civiles y agentes del Estado responsables. Solo así la sociedad puede evitar que la historia se vuelva a repetir.

Bibliografía

Comisión de la Verdad y Reconciliación. *Informe Final*. Lima: CVR, 2003.

Comisión IDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1985-1986*. Washington, D. C.: CIDH, 1986.

Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia. *Propuesta de Política Pública de Reforma del Sistema de Justicia*. Lima: Konrad Adenauer Stiftung y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2021.

Cuya, Esteban. "La justicia transicional en América Latina: desarrollo, aplicación y desafíos". *Nürnberger Menschenrechtszentrum*, 31 de julio de 2011. (menschenrechte.org).

De Belaúnde, Javier. "En defensa de la justicia: explicando la improbable inaplicación judicial del indulto y derecho de gracia del condenado por graves violaciones a los derechos humanos Alberto Fujimori". *Derecho PUCP*, n.º 85 (2020).

"Entrevista a Luis Pásara: ¿Es posible reformar el sistema de justicia en el Perú?". *Revista Argumentos* 8, n.º 3 (2014).

Godoy, José. 3 de septiembre de 2022. "CVR y debate público: doce años después". Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 27 de agosto de 2015. https://idehpucp.pucp.edu.pe/opinion_1/cvr-y-debate-publico-doce-anos-despues/.

Gómez, Felipe. El fenómeno de la impunidad: luces y sombras en América Latina. *Revista Pensamiento Iberoamericano*, n.º 2 (2008).

Instituto de Defensa Legal, 15 de abril de 2022. "Ministerio de Justicia dialoga con Economía", 20 de febrero de 2015. http://www.ideeleradio.org.pe/web/wNoti.php?idN=7953&tip=.

[62] Rubén Merino, "Fujimori y el perdón", *Pólemos*, 30 de mayo de 2022, https://polemos.pe/fujimori-y-el-perdon/.

Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 27 de agosto de 2015. https://idehpucp.pucp.edu.pe/.

International Center for Transitional Justice (ICTJ), 15 de abril de 2022. "¿Qué es la Justicia Transicional y Misión del ICTJ?", 18 de junio de 2013. http://ictj.org/es/our-work/transitional-justice-issues/reforma-institucional.

Mantilla, Julissa. "La justicia transicional y los derechos de las mujeres: posibilidades y retos". *Revista Ius et Veritas*, n.º 51 (2015).

Méndez, Juan. "El derecho a la verdad frente a las graves violaciones de los derechos humanos". En *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, editado por Martín Abregú y Cristian Courtis. Buenos Aires: CELS y Ediciones del Puerto, 1997.

Méndez, Juan. "La justicia penal internacional la paz y la reconciliación nacional". En *Homenaje a Emilio F. Mignone*, editado por Martín Abregú, Javier Mariezcurrena y Juan Méndez. San José y Buenos Aires: IIDH y CELS, 2001.

Méndez, Juan. "Impunidad y justicia internacional". En *Curso del Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*. Washington, D. C.: American University Washington College of Law, 2014.

Merino, Rubén, 15 de abril de 2022. "Fujimori y el perdón". *Pólemos*, 30 de mayo de 2022. https://polemos.pe/fujimori-y-el-perdon/.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Comisión Multisectorial de Alto Nivel (CMAN)*, http://www.minjus.gob.pe/reparaciones/ (Consultado el 15-04-2022).

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Resolución Suprema 281-2017-JUS de 24 de diciembre de 2017.

Organización de las Naciones Unidades. *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Informe del Secretario General*. Nueva York: ONU, 2004.

Organización de las Naciones Unidades. *Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad*. Nueva York: ONU, 2005.

Organización de las Naciones Unidades. *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff*. Nueva York: ONU, 2005.

Reátegui, Félix. "Comisiones de la verdad y justicia transicional". En *Judicialización de violaciones de derechos humanos*. Lima: IDEHPUCP, 2010.

Reátegui, Ricardo, 3 de septiembre de 2022. "Verdades que duelen". Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 27 de julio de 2011. https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/a-diez-anos-de-la-creacion-de-la-cvr/.

Roel Alva, Luis. "El derecho a la reparación económica del Programa Integral de Reparaciones del Estado. A propósito de los diez años del *Informe Final* de la CVR". *Gaceta Constitucional*, n.º 69 (2013).

Rodríguez, Roger. "Indulto y crímenes de lesa humanidad: A propósito de la concesión del indulto presidencial a A. Fujimori". *Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional*, n.º 13 (2018): 100.

Speidel, Jana, 3 de septiembre de 2022. "La relación entre justicia transicional y Estado de derecho". Agenda Estado de Derecho, 24 de enero de 2022. https://agendaestadodederecho.com/la-relacion-entre-justicia-transicional-y-estado-de-derecho/.

Tantaleán, Romina. "Los estándares internacionales aplicados a los derechos humanos y la teoría de género en los actos de violencia sexual hacia las mujeres como forma de tortura durante el conflicto armado interno peruano (Caso Loayza Tamayo)". Tesis para optar el título de abogada. USMP, 2012.

Tribunal Constitucional. Reglamento Normativo. Lima: TC, 2021.

Vargas, Luis. "Algunos apuntes sobre la prueba en el proceso penal". En *Judicialización de violaciones de derechos humanos*. Lima: IDEHPUCP, 2010.

Jurisprudencia

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo, Serie C, n.º 4.

Corte IDH. Caso Aloeboetoe y otros *vs.* Surinam, Sentencia de 10 de septiembre de 1993, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 15.

Corte IDH. Caso Barrios Altos *vs.* Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Fondo, Serie C, n.º 7 .

Corte IDH. Caso Las Palmeras *vs.* Colombia, Sentencia de 6 de diciembre de 2001, Fondo, Serie C, n.º 90.

Corte IDH. Caso Molina Theissen *vs.* Guatemala, Sentencia del 3 de julio de 2004, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 108.

Corte IDH. Caso "19 Comerciantes" *vs.* Colombia, Sentencia de 5 de julio de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 109.

Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri *vs.* Perú, Sentencia de 08 de julio de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 110.

Corte IDH. Caso Castro Castro *vs.* Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 160.

Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga *vs.* Ecuador, Sentencia de 6 de mayo de 2008, Excepciones Preliminares y Fondo, Serie C, n.º 179.

Corte IDH. Caso Vásquez Durand y otros *vs.* Ecuador, Sentencia de 15 febrero de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 332.

Corte IDH. Caso Gómez Virula y otros *vs.* Guatemala, Sentencia de 21 de noviembre de 2019, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 393.

Corte IDH. Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta *vs.* Perú, Sentencia de 7 de abril de 2022, Solicitud de Medidas Provisionales y Supervisión de Cumplimiento de Sentencias.

Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, Sala Penal Especial. Casos Barrios Altos y La Cantuta, Sentencia de 7 de abril de 2009, Expediente A.V. 19–2001. http://www.justiciaviva.org.pe/especiales/barrios-altos/42.pdf.

Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria. Sentencia de 3 de octubre de 2018, Expediente 00006-2021-4-5001-SU-PE-01.

Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia recaída en el Expediente 00010-2002-AI/TC.

Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia recaída en el Expediente 02010-2020-PHC/TC.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXVIII, BOGOTÁ, 2022, PP. 543-555, ISSN 2346-0849

Iván Carlo Gutiérrez Zapata* **(México)**

El control de constitucionalidad y convencionalidad del derecho al voto de las personas en prisión preventiva

RESUMEN

El presente artículo analiza el control de constitucionalidad y convencionalidad del derecho al voto de las personas en prisión preventiva, en especial, los comentarios vinculados a aquellas personas que cuentan con sentencia definitiva privativa de su condición de libertad. Lo anterior, fundamentalmente a partir de los criterios adoptados por las dos jurisdicciones constitucionales mexicanas de cierre: la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sentencia recaída en la Acción de Inconstitucionalidad 38/2014, y la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en la determinación adoptada en el Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (SUP-JDC-352/2018).

Palabras clave: control de constitucionalidad y convencionalidad; voto; personas en prisión preventiva.

Control of constitutionality and conventionality of the right to vote of people in preventive detention

ABSTRACT

This article analyzes the control of constitutionality and conventionality of the right to vote of people in preventive detention. In particular, it presents comments related to those who have received a final sentence depriving them of liberty, fundamentally based on the criteria adopted by the two final Mexican constitutional jurisdictions, namely, the Supreme Court of Justice of the Nation (hereinafter SCJ) in its decision

* Doctor en Derecho Constitucional, Universidad Pompeu Fabra. Profesor de Derecho Procesal Constitucional y Derecho Constitucional, Universidad La Salle e ITESM. Secretario técnico de mando superior de la Sala Superior del TEPJF. Fue secretario de estudio y cuenta en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Colaboró en la Corte IDH. ivancarlo75@hotmail.com / Código orcid: 0000-0001-9225-6078.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

in Unconstitutionality Action 38/2014; and the Superior Chamber of the Electoral Court of the Judicial Branch of the Federation (hereinafter SS of the TEPJF) in the decision adopted in the Trial for Protection of Political-Electoral Rights of the Citizen SUP-JDC-352/2018.

Keywords: Control of constitutionality and conventionality; vote; people in preventive detention.

Normenkontrolle und Überprüfung der Vertragskonformität des Wahlrechts von Personen in Untersuchungshaft

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Artikel befasst sich mit der Normenkontrolle und der Überprüfung der Vertragskonformität des Wahlrechts von Personen in Untersuchungshaft, kommentiert jedoch insbesondere auch die Situation von Personen, die rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurden. Dabei wird vor allem von den Kriterien ausgegangen, die von den beiden letztinstanzlichen Verfassungsgerichten Mexikos festgelegt wurden: der Oberste Gerichtshof Mexikos (ab jetzt, SCJN) in seinem Urteil über die Verfassungsbeschwerde 38/2014 und die Zweite Kammer des Bundeswahlgerichts (ab jetzt, SS des TEPJF) in ihrer Entscheidung über den Schutz der Wahlrechte der Bürger SUP-JDC-352/2018.

Schlagwörter: Normenkontrolle und Überprüfung der Vertragskonformität; Stimme; Personen in Untersuchungshaft.

Introducción

El voto o sufragio activo de las personas en prisión preventiva es una de las problemáticas en materia constitucional con alto impacto político-electoral que mayor discusión[1] ha generado en las jurisdicciones nacionales y supranacionales. Es decir, no solo las cortes supremas y tribunales constitucionales nacionales al desplegar un control de constitucionalidad en sus países se han enfrentado a esta problemática. También, desde la perspectiva del control de convencionalidad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[2] ha abordado el tema realizando un control del Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo cual, naturalmente, representa un reto para ese órgano jurisdiccional al adoptar una determinación que impacta en un país miembro del Convenio, y, a su vez, un desafío para los jueces y legisladores nacionales,

[1] CIDH, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 46/13, 30 de diciembre de 2013; *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 11, 31 de diciembre de 2011, https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf.

[2] TEDH, Caso Hirst *vs.* United Kingdom (n.º 2) app., n.º 74025/01, 6 de octubre de 2005.

bien para resolver los casos domésticos de forma similar o modificar, en su caso, las leyes nacionales.

Por ello, al ser un mecanismo de control que tiene impacto en las jurisdicciones nacionales, el control de convencionalidad resulta benéfico, ya que propicia la existencia de un reflejo judicial en el actuar de los jueces de los Estados y, desde luego, tiene una amplia incidencia en la labor legislativa, así como en las políticas públicas.

Por ejemplo, en el artículo 62 de la Constitución de Ecuador,[3] así como en el artículo 30 del Código Electoral de Costa Rica,[4] el legislador estableció en sus respectivas legislaciones el reconocimiento del derecho al voto de las personas privadas de la libertad sin sentencia condenatoria.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) estableció que en el caso de las personas privadas de libertad bajo prisión preventiva, el derecho al voto está garantizado por el propio artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ordenamiento vinculante para el Estado mexicano.[5]

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el Caso López Mendoza *vs*. Venezuela,[6] en relación con el artículo 23.2 de la Convención Americana, a partir de una interpretación evolutiva y conforme, sostuvo que la suspensión de derechos políticos no puede entenderse cuando no se cuente con una sentencia ejecutoriada, ya que el hecho de que la persona esté privada de su libertad implica su imposibilidad física para ejercer el derecho a votar, de manera que sí tienen ese derecho.

El caso mexicano abordó el tema desde la perspectiva jurisdiccional. En ese sentido, tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación[7] (SCJN), en su dimensión de tribunal constitucional, como la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF),[8] en su carácter de máxima autoridad en materia electoral y órgano especializado del Poder Judicial de la Federación, en términos del

---

[3] Constitución de Ecuador, "Artículo 62.- Las personas en goce de derechos políticos tienen derecho al voto universal, igual, directo, secreto y escrutado públicamente, de conformidad con las siguientes disposiciones: 1. El voto será obligatorio para las personas mayores de dieciocho años. Ejercerán su derecho al voto las personas privadas de libertad sin sentencia condenatoria ejecutoriada".

[4] Código Electoral de Costa Rica, "Artículo 30.- Las juntas electorales serán juntas cantonales, una en cada cantón, y juntas receptoras de votos, tantas como llegue a establecer el Tribunal para cada elección en cada distrito electoral, de acuerdo con este Código. El Tribunal también reglamentará la instalación de las juntas receptoras de votos, para permitir el sufragio de los privados de libertad y de los ciudadanos costarricenses en el extranjero".

[5] CIDH, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, cit., 104 y 105.

[6] Corte IDH, Caso López Mendoza *vs*. Venezuela, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C.

[7] SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 38/2014 y sus acumuladas 91/2014, 92/2014 y 93/2014, 2 de octubre de 2014.

[8] TEPJF, Sala Superior, SUP-REP-352/2018 y su acumulado 353/2018, 20 de febrero de 2019.

artículo 99 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), se han pronunciado en torno a ello, partiendo de la propia fuerza normativa de la Constitución Federal, así como naturalmente de la jurisprudencia nacional y de tribunales supranacionales.

Para esto, se debe partir de una interrogante que coadyuve a resolver las distintas aristas que ello conlleva y es la siguiente: ¿La imposición de penas accesorias en las que se afecta el derecho al sufragio activo constituye una limitación indebida a los derechos políticos de las personas en prisión preventiva sin sentencia condenatoria? En esas condiciones, los derechos fundamentales en juego, con base en una lectura actualizada de la Constitución Federal se debe realizar desde la perspectiva de hacerla compatible con dos derechos fundamentales: el derecho a votar y el derecho a la presunción de inocencia, a fin de hacer la interpretación más favorable para las personas, en términos del artículo 1º del citado ordenamiento –*principio pro-persona*–, e informada por el principio *in dubio pro reo*, el cual no se puede perder de vista, ya que su vinculación a una posible solución constitucional y convencionalmente plausible está estrechamente ligada a este.

1. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

La SCJN tiene una vasta *línea jurisprudencial*[9] en la que se ha pronunciado con respecto al voto de las personas privadas de su libertad y se encuentran en prisión preventiva. Entre otras consideraciones, concluyó que de una interpretación conforme con la Constitución se advierte que la suspensión del artículo 38, fracción II de la Constitución Federal, no se justifica antes del dictado de una sentencia.

Para arribar a tal determinación, la SCJN partió de tres premisas relativas al artículo 38, fracción II, de la Constitución en las que, en síntesis, determinó:[10]

- El derecho al voto activo de las personas sujetas a prisión preventiva. Se debe interpretar de manera evolutiva y conforme a los principios constitucionales de derecho al voto y presunción de inocencia.[11]

---

[9] Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México) recaídas en las acciones de inconstitucionalidad 33/2009 y sus acumuladas 34/2009 y 35/2009, 28 de mayo de 2009; 38/2014 y sus acumuladas, 2 de octubre de 2014; y 88/2015 y sus acumuladas, 24 de noviembre de 2015; 76/2016 y sus acumuladas, 27 de octubre de 2016; 61/2017 y acumuladas, 29 de agosto de 2017, y 78/2017 y sus acumuladas, 28 de septiembre de 2017, siempre bajo la premisa de que el problema planteado se interpretará de conformidad con la Constitución.

[10] SCJN, acciones de inconstitucionalidad 76/2016 y sus acumuladas, 27 de octubre de 2016; 61/2017 y acumuladas, 29 de agosto de 2017, y 78/2017 y sus acumuladas, 28 de septiembre de 2017.

[11] Véanse, respectivamente, los criterios jurisprudenciales de la SCJN (México), P./J. 43/2014 y P./J. 33/2011, de rubro "Presunción de inocencia. Este principio es aplicable al

- De acuerdo con tales principios, debe interpretarse que solo habrá lugar a la suspensión del derecho a votar cuando se cuente con una sentencia ejecutoriada. Es decir, dicha suspensión no puede entenderse cuando no se cuenta con una sentencia ejecutoriada o firme,[12] como es el caso de personas en prisión preventiva.
- El hecho de que la persona esté privada de su libertad implica su imposibilidad física para ejercer ese derecho.[13]

De lo anterior se puede deducir que las personas en prisión preventiva sí tienen el derecho a votar, aunque naturalmente tienen *una imposibilidad física para ejercitar su derecho al encontrarse recluidas*, lo que no puede traducirse en que el Estado mexicano –o cualquier otro– limite el ejercicio de tal derecho fundamental.

Al respecto, se considera que tal imposibilidad física podría ser superada con la interpretación evolutiva del derecho al sufragio activo, que, en los hechos, consiste fundamentalmente en que las jurisdicciones constitucionales o el legislador determinen o establezcan, respectivamente, la suscripción de acuerdos entre las autoridades electorales y penitenciarias para que en el día de la jornada electoral se puedan eliminar los obstáculos físicos e instalar urnas en áreas específicas para votar dentro de los centros de reclusión.

Sin dejar de tomar en cuenta las distintas situaciones jurídicas y el estatus legal de una persona sujeta a proceso, la imposibilidad física aludida no puede operar como un argumento válido para que el Estado mexicano impida el derecho al voto de las personas en prisión preventiva, ya que tal como aconteció con el voto de los mexicanos residentes en el extranjero, hoy en día, a pesar de esa imposibilidad física, o que pudiésemos denominar geográfica, es obligación del Instituto Nacional Electoral (INE) generar todas las condiciones para que los referidos ciudadanos residentes en el extranjero puedan ejercitar dicho derecho, en términos del artículo 133 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (Legipe).[14]

---

procedimiento administrativo sancionador, con matices o modulaciones" y "Derecho al voto. Se suspende por el dictado del auto de formal prisión o de vinculación a proceso, sólo cuando el procesado esté efectivamente privado de su libertad".

[12] Entendida como la sentencia que ya no admite recurso judicial alguno, y se puede exigir el cumplimiento incidental o iniciar demanda ejecutiva en su caso. Se dice que la causa está "ejecutoriada" cuando ya han terminado todos los trámites legales y produce, además, el efecto jurídico de cosa juzgada.

[13] SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 33/2009 y sus acumuladas 34/2009 y 35/2009, 28 de mayo de 2009.

[14] Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, "Artículo 133.- […] 3. Es obligación del Instituto y de los Organismos Públicos Locales brindar las facilidades necesarias a los ciudadanos mexicanos residentes en el extranjero, para realizar los trámites que les permitan formar parte del Padrón Electoral y de la lista de electores, para las elecciones correspondientes, desde el extranjero".

En el mismo sentido, el 17 de mayo de 2018, se publicó, en el *Diario Oficial de la Federación*,[15] un acuerdo del INE que estableció los lineamientos de operación de casillas especiales para el voto de personas hospitalizadas, familiares o personas a su cuidado y personal de guardia durante la jornada electoral.

Al llevar a cabo dicha prueba, la intención del INE fue verificar la pertinencia de establecer estos centros de recepción de votación en el proceso electoral federal 2020-2021, por lo que en dicho acuerdo i) se garantizó el derecho constitucional del ejercicio del derecho al voto; ii) se evaluó el nivel de participación; y iii) se valoraron las implicaciones técnicas y de logística derivadas de este ejercicio.[16]

Por lo anterior, tal como se mencionó anteriormente, es posible señalar que la imposibilidad física o geográfica, no es un criterio constitucionalmente admisible para impedir que las personas en situación de prisión preventiva no puedan ejercer este derecho político-electoral, ya que ambos impedimentos pueden ser superados.

Es decir, es posible que existan relaciones de coordinación entre los órganos encargados de organizar las elecciones con las autoridades penitenciarias (en cualquier país), para lograr que las personas sujetas a prisión preventiva puedan ejercer su derecho al voto.

En esa línea discursiva, la SCJN, en la Acción de Inconstitucionalidad 38/2014 y sus acumuladas 91/2014, 92/2014 y 93/2014[17] de 2 de octubre de 2014, reiteró que el artículo 38, fracción II, no incluye a las personas que se encuentren en libertad material.

Es decir, en el citado medio de control constitucional, la SCJN realizó una interpretación progresiva, de la cual se desprende que solo habrá lugar a la suspensión del derecho a votar cuando se cuente con una sentencia que haya causado ejecutoria, tomando en cuenta el principio de presunción de inocencia y que el derecho al voto solo se suspende por el dictado del auto de formal prisión o de vinculación a proceso, solo cuando el procesado esté efectivamente privado de su libertad por el dictado de una sentencia definitiva, que no admita recurso alguno.[18]

En consecuencia, por mayoría de votos, reconoció la validez constitucional del artículo 8, fracción III, de la Ley Electoral para el Estado de Nuevo León,[19] que en esa determinación fue, entre otras, la norma objeto de control constitucional.

---

[15] *Diario Oficial de la Federación*, 17 de mayo de 2018.

[16] *Diario Oficial de la Federación*, 17 de mayo de 2018.

[17] Acciones de inconstitucionalidad promovidas por el Partido Verde Ecologista de México, Partido del Trabajo, Movimiento Ciudadano y Partido Acción Nacional.

[18] SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 38/2014 y sus acumuladas 91/2014, 92/2014 y 93/2014, 2 de octubre de 2014.

[19] Ley Electoral para el Estado de Nuevo León, "Artículo 8.- Son impedimentos para ser elector:

[…] III. Estar sujeto a proceso penal por delito que merezca pena privativa de libertad, desde que se dicte el auto de formal prisión".

2. La jurisprudencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Por su parte, la Sala Superior del TEPJF, en el Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano identificado con la clave SUP-JDC-352/2018 y su acumulado 353/2018, resolvió precisamente el planteamiento relativo al voto de las personas que se encuentran en prisión preventiva.

En esa ocasión, se planteó que el Estado, por conducto del INE, había sido omiso en establecer mecanismos tendientes a garantizar el derecho a votar de las personas que se encuentran en prisión, debido a hallarse sujetas a un proceso penal en el que aún no han sido sentenciadas de forma definitiva.

Quienes se autoadscribieron como "tsotsiles"[20] solicitaron que la restricción dispuesta en el artículo 38 constitucional, fracción II, relativa a la suspensión de derechos por estar sujeto a un proceso penal, debía interpretarse de tal forma que coexistan el derecho a votar y el derecho a la presunción de inocencia.[21]

En primer término, la sentencia de la Sala Superior del TEPJF rescató la posición sostenida por la SCJN en la citada Acción de Inconstitucionalidad 38/2014 y acumuladas, donde consideró, además de lo antes señalado, que las hipótesis de suspensión de derechos políticos, por estar sujetos a prisión preventiva, deben interpretarse de manera evolutiva y conforme al principio de presunción de inocencia reconocido en el artículo 20 de la Constitución Federal, por lo que no podrá restringirse el derecho al voto a personas sujetas a proceso penal que no cuenten con sentencia inculpatoria firme, criterios que habían sido adoptados con anterioridad por la Sala Superior del TEPJF, también en una firme doctrina jurisprudencial.[22]

---

[20] El pueblo tsotsil o tzotzil habita en el centro norte del estado de Chiapas, sureste mexicano. Forma parte de la familia mayense, junto con otras etnias de los estados de Tabasco, Yucatán, Campeche, Quintana Roo, y de los países centroamericanos de Guatemala, Belice y Honduras.

[21] TEPJF, Sala Superior, SUP-REP-352/2018 y su acumulado 353/2018, 20 de febrero de 2019, 4. La solicitud de los actores consistió en que se garantizara su derecho a votar, ya que el Consejo General del Instituto Nacional Electoral fue omiso a emitir mecanismos que garantizaran ese derecho, a razón de estar privados de su libertad sin haber sido condenados por delito alguno.

[22] Véanse las sentencias de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación recaídas en los siguientes números de expedientes: SUP-JDC-20/2007, 28 de febrero de 2007, que analizó la viabilidad de expedir la credencial de elector a una persona a la que se le concedió un sustitutivo penal, de un régimen de pena de prisión a prelibertad; SUP-JDC-85/2007, 20 de junio de 2007, donde un ciudadano solicitó su credencial para votar con fotografía, que le fue negada porque estaba suspendido en sus derechos político-electorales, por estar sujeto a un proceso penal derivado del auto formal de prisión, dictado por autoridad jurisdiccional competente; y SUP-JDC-1635/2007, 7 de octubre de 2007, que concluyó que cuando la pena de prisión es sustituida, al derivar de esta las demás sanciones previstas para el tipo penal de que se trate y las establecidas por ministerio de ley, como ocurre con la suspensión de derechos, el mismo efecto de la conmutación alcanza a las últimas, como

En ese orden de ideas, la posición sostenida por la SCJN en aquel asunto no constituyó un criterio aislado, sino que el máximo tribunal ha ido delimitando y perfilando la postura sostenida en la jurisprudencia respecto a la causal de suspensión de derechos dispuesta en la fracción II del artículo 38 de la CPEUM, en la que una de sus premisas fundamentales partió del hecho de considerar que una persona que se encuentre privada de su libertad no implica paralelamente la imposibilidad fáctica para ejercer su derecho.

Y abordar dicha imposibilidad –que se reflejó en una omisión o no actuar del Estado– fue precisamente la cuestión fundamental debatida en la sentencia de la Sala Superior del TEPJF. En esta parte, es necesario precisar que lo demandado por los actores fue que el órgano que incurría en dicha omisión era el INE.

Ello no necesariamente es así y, en su caso, no se limita a dicho órgano constitucional autónomo. En este punto habría que cuestionar hasta dónde podría ser una obligación del legislador constitucional, así como del legislador estatal, establecer normas claras en las que se determinen las condiciones para viabilizar el ejercicio de dicho derecho estando en reclusión, además de tomar en cuenta el ámbito de competencias y despliegue de acciones necesarias por parte de las autoridades penitenciarias.

En la sentencia de la Sala Superior del TEPJF, la solución que se propuso, no entró en conflicto con la posición sostenida por la SCJN, pues atendió, en un caso de control de constitucionalidad concreto, con efectos particulares en la sentencia, a una limitante de carácter fáctico y propuso una solución para procurar el pleno ejercicio del voto de los ciudadanos actores, conforme al criterio que delineó el máximo órgano de interpretación constitucional.

Por ello, se debe partir de una lectura sistemática que supere cualquier posible antinomia entre normas constitucionales, bajo los principios propios de interpretación, como la maximización de los derechos humanos, contenidos en la carta política. Así lo hizo la sentencia de la Sala Superior del TEPJF, pues se apartó de una lectura aislada de un precepto restrictivo, para armonizar su contenido con otro derecho humano también reconocido constitucional y convencionalmente, el de presunción de inocencia, así como el principio *in dubio pro reo*.

El criterio de la Sala Superior del TEPJF sostiene fundamentalmente cuatro premisas, que son las siguientes:

1. De acuerdo con la interpretación del artículo 38, fracción II de la CPEUM, la Sala Superior del TEPJF debe ampliar el alcance y la protección de los derechos humanos en la mayor medida posible hasta lograr su plena efectividad, de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas, como se hace en el proyecto al armonizar el derecho al voto activo con el principio a la

---

forma alterna establecida en la ley para que un sentenciado cumpla con la pretensión punitiva estatal, luego de ser sometido a proceso penal.

presunción de inocencia, conforme a estándares internacionales progresivos de derechos humanos.

2. Se trató de una sentencia que maximizó los derechos humanos y es acorde con el artículo 1º, párrafo tercero de la Constitución Federal, así como con los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte y que generó condiciones que fomentan una democracia integradora, de las personas sujetas a prisión preventiva que no hayan sido declaradas culpables.
3. El criterio que se generó fue consecuente con el principio de *in dubio pro reo*, como parte del derecho a la presunción de inocencia, pues permite que las personas privadas de su libertad puedan ejercer su derecho a votar, hasta tanto no exista una sentencia condenatoria definitiva.
4. Lo anterior, desde el momento en que el INE genere, en los términos precisados en la ejecutoria, las condiciones necesarias para ello a través de la implementación de un programa en un plazo razonable contado a partir de febrero del año 2019, de tal manera que el derecho de las personas en prisión preventiva se garantice para las elecciones del año 2024.[23]

Es decir, de un contraste entre las dos sentencias[24] y los criterios que de ellas se derivan, la SCJN estableció que el principio de progresividad, previsto en el artículo 1º de la CPEUM y en diversos tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano, ordenó ampliar el alcance y la protección de los derechos humanos en la mayor medida posible hasta lograr su plena efectividad *–principio pro persona–*. De acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas,[25] la Sala Superior del TEPJF, de haber llegado a la conclusión contraria, hubiese podido incurrir en un desacato de lo ordenado por el máximo tribunal.

Se debe destacar que la conclusión a la que se arribó en el proyecto de la Sala Superior del TEPJF para dotar de contenido al derecho a votar, los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo* e interpretar la literalidad de la restricción, no solo es producto del ejercicio de confrontación entre preceptos constitucionales y legales, sino que también se apoya en las normas convencionales y orientativamente en precedentes dictados por diversos tribunales constitucionales[26]

---

[23] Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, SUP-REP-352/2018 y su acumulado 353/2018, 20 de febrero de 2019, 43 a 46.

[24] Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia recaída en la Acción de Inconstitucionalidad 38/2014 y sus acumuladas, 2 de octubre de 2014, y sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, SUP-JDC-352/2018 y su acumulado 353/2018, 20 de febrero de 2019.

[25] Véase jurisprudencia de rubro "Principio de progresividad de los derechos humanos. Su concepto y exigencias positivas y negativas", Décima Época, Primera Sala, Jurisprudencia (Constitucional), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 47, octubre de 2017, Tomo I, p. 189, registro 2015305.

[26] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-324/94 de 14 de julio de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

y cortes supremas extranjeras,[27] así como por tribunales supranacionales[28] y diversos órganos internacionales, favoreciendo de esta forma la protección más amplia del derecho al sufragio de la ciudadanía en condiciones de reclusión.

En cuanto a los efectos que la Sala Superior del TEPJF determinó en el SUP-JDC-352/2018 y acumulado, es necesario destacar que se trata de una sentencia con una doble dimensión, ya que, por una parte, es progresiva y, por otra, exhortativa, ya que, como fue señalado, posibilitó que la autoridad administrativa contara con el tiempo suficiente para implementar, a través de ejercicios piloto, el voto de los reclusos, de acuerdo con los resultados y la experiencia obtenida en los mismos, a efecto de posibilitar el ejercicio del derecho humano al voto, sin que ello implicase una labor excesiva o que desnaturalizara las funciones del INE.

Así, con el propósito de materializar los efectos, se dejó en libertad al INE para que implementara el modelo idóneo que permitiese el voto de personas en reclusión, sujetas a proceso penal, para las elecciones que se lleven a cabo en el año 2024. De esta forma, se pueden allegar los conocimientos, la experiencia y los recursos necesarios para la recepción del sufragio en la totalidad, o en una porción de centros de readaptación, correspondientes a cada una de las circunscripciones electorales, atendiendo a condiciones tan particulares como las que involucran los centros penitenciarios.

Conclusiones

En el contexto del tema analizado, el papel de la SCJN, así como el de la Sala Superior del TEPJF, ha sido posibilitar el acceso a la justicia electoral de la ciudadanía, y más cuando se trata de un grupo vulnerable, como en el caso de indígenas sujetos a reclusión penal, sin que ello sea óbice para generar las condiciones para que cualquier persona que se encuentre en prisión preventiva pueda votar, sin pertenecer necesariamente a alguna etnia indígena.

En esa línea argumentativa, los jueces constitucionales deben tener en cuenta la trascendencia e impacto que tienen las resoluciones de órganos jurisdiccionales de cierre (cortes supremas, tribunales constitucionales) en la vida de los justiciables y, otras veces, como lo relatado en este artículo, en la particular situación de un grupo social en estado de vulnerabilidad, como las personas sujetas a reclusión preventiva.

Por otra parte, estamos frente a sentencias exhortativas, pues además de que las resoluciones tanto de la SCJN como de la Sala Superior del TEPJF constituyen un hito respecto a la maximización de derechos políticos de la ciudadanía, serán un referente, toda vez que constituyen una guía para el legislador constitucional

---

[27] Suprema Corte de Canadá, Caso Sauvé *vs.* Canadá (2002 SCC 68), 31 de octubre de 2002.

[28] Corte IDH, Caso López Mendoza *vs*. Venezuela, cit., párrafo 107.

y una petición para que el INE, en el ámbito de sus respectivas atribuciones, realice las modificaciones normativas y la regulación que considere pertinente, así como la implementación y ejecución, respectivamente.

Este tipo de determinaciones jurisdiccionales maximizan los alcances del derecho al voto y del principio de presunción de inocencia, y, sin duda, serán la pauta para generar condiciones en el futuro para que las personas sujetas a prisión preventiva puedan votar.

En síntesis, de los instrumentos normativos constitucionales y legales, nacionales y extranjeros, así como de un robusto conjunto de determinaciones jurisdiccionales nacionales[29-30] y supranacionales[31] que fueron utilizadas tanto por la SCJN como por la Sala Superior del TEPJF –bien como criterios orientativos y en el caso de las emanadas del sistema interamericano de derechos humanos[32] como parámetro de regularidad convencional vinculante para el Estado mexicano–, es posible apreciar una clara tendencia a permitir el sufragio activo de personas privadas de libertad sin sentencia condenatoria, incluso, en algunos países, a personas con sentencia ejecutoriada.

Lo anterior obliga a determinar si resulta razonable que las personas privadas de su libertad por sentencia ejecutoriada o firme no puedan también ejercer el derecho al voto. Es decir, si una de las finalidades de la "pena" y de la "prisión", desde el punto de vista punitivo, es la plena "readaptación" de la persona o reo a la sociedad, ¿no sería deseable que pudieran votar por las candidatas y los candidatos que tomarán decisiones que finalmente van a impactar su vida en reclusión? Mejor aún, ha habido casos de personas que cuando quedan en libertad, los candidatos y las mismas candidatas por quienes no pudieron votar en su momento son las mismas que siguen gobernando y/o legislando. Bajo este breve relato, cabe cuestionarse si resulta constitucional y convencionalmente admisible negarles el derecho al voto a las personas privadas definitivamente de su libertad.

Finalmente, si en efecto existe una interpretación constitucional y convencional que otorga una amplia protección constitucional en favor del reo, en la medida que lo beneficie con mayor amplitud por ser un grupo en condiciones de alta marginalidad

---

[29] Entre otras, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México) recaídas en las acciones de inconstitucionalidad 33/2009 y sus acumuladas 34/2009 y 35/2009, 28 de mayo de 2009; 38/2014 y sus acumuladas, 2 de octubre de 2014; y 88/2015 y sus acumuladas, 24 de noviembre de 2015; 76/2016 y sus acumuladas, 27 de octubre de 2016; 61/2017 y acumuladas, 29 de agosto de 2017, y 78/2017 y sus acumuladas, 28 de septiembre de 2017.

[30] Sentencias de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación recaídas en los siguientes números de expedientes: SUP-JDC-20/2007, 28 de febrero de 2007; SUP-JDC-85/2007, 20 de junio de 2007; y SUP-JDC-1635/2007, 7 de octubre de 2007.

[31] Véanse las sentencias recaídas en los casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Hirst *vs*. Reino Unido, 6 de octubre de 2005; Frodl *vs*. Austria, 8 de abril de 2006; Scoppola *vs*. Italia, 22 de mayo de 2012.

[32] Corte IDH, Caso López Mendoza *vs*. Venezuela, cit., párrafo 233, y Caso Neira Alegría y otros *vs*. Perú, Sentencia de 11 de diciembre de 1991, Excepciones Preliminares, Serie C, n.º 13.

y en múltiples aspectos de desventaja, también debe existir una protección por parte de las jurisdicciones constitucionales tendiente a su verdadera readaptación a la sociedad. En ese sentido, lo menos que el Estado debe hacer es permitirle votar por sus representantes, ya que no se debe perder de vista que lo que hay en muchos de estos casos es el choque perenne entre la democracia y la libertad.

Bibliografía

Filippini, Leonardo y Felicitas Rossi. "Nuevos aportes para el reconocimiento del derecho al voto de las personas condenadas". *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 13, n.º 1 (2012).

CIDH. *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 46/13, 30 de diciembre de 2013.

CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 11, 31 de diciembre de 2011.

Pittman, Jared *et al.* "The rights of pretrial detainees". En *A Jailhouse Lawyer's, Manual*, 11 ed., Nueva York, 2017.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-324/94 de 14 de julio de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte IDH. Caso López Mendoza *vs*. Venezuela, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 233.

Corte IDH. Caso Neira Alegría y otros *vs*. Perú, Sentencia de 11 de diciembre de 1991, Excepciones Preliminares, Serie C, n.º 13.

Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. SUP-JDC-20/2007, 28 de febrero de 2007.

Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. SUP-JDC-85/2007, 20 de junio de 2007.

Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. SUP-JDC-1635/2007, 7 de octubre de 2007.

Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. SUP-REP-352/2018 y su acumulado 353/2018, 20 de febrero de 2019.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acción de Inconstitucionalidad 33/2009 y sus acumuladas 34/2009 y 35/2009, 28 de mayo de 2009.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acción de Inconstitucionalidad 38/2014 y sus acumuladas, 2 de octubre de 2014.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acción de inconstitucionalidad 88/2015 y sus acumuladas, 24 de noviembre de 2015.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acción de Inconstitucionalidad 76/2016 y sus acumuladas, 27 de octubre de 2016.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acción de Inconstitucionalidad 61/2017 y acumuladas, 29 de agosto de 2017.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acción de Inconstitucionalidad 78/2017 y sus acumuladas, 28 de septiembre de 2017.

Suprema Corte de Canadá. Caso Sauvé *vs*. Canadá (2002 SCC 68), 31 de octubre de 2002.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Hirst *vs*. Reino Unido, 6 de octubre de 2005.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Frodl *vs*. Austria, 8 de abril de 2006.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Scoppola *vs*. Italia, 22 de mayo de 2012.

Instrucciones para la presentación de artículos

1. Los artículos estarán escritos en español o portugués. En caso contrario, la posibilidad de traducirlos deberá ser discutida de manera oportuna con el equipo editorial del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.

2. Se acompañarán de un **resumen** de hasta 900 caracteres (espacios incluidos), 150 palabras, y tres **palabras clave**.

3. El equipo editorial del *Anuario* determinará qué material será publicado. La decisión se comunicará oportunamente a cada autor.

4. El material enviado debe ser original e inédito. Si luego de publicado en el *Anuario,* el autor desea reproducirlo en otro medio, deberá dejarse constancia de la primera publicación.

5. Los artículos se enviarán en formato electrónico (archivo de Word o compatible) a iusla@kas.de

6. La extensión de los trabajos, en principio, no superará los 40.000 caracteres (aproximadamente 25 páginas del *Anuario*). El equipo editorial considerará las situaciones excepcionales.

7. La página 1 contendrá la siguiente información:
   a) Nombre del autor* y, entre paréntesis, el país de origen.
   b) En la nota a pie de página correspondiente al * deberá escribir:
      i) Referencia curricular de hasta 30 palabras.
      ii) Dirección electrónica (que se publicará).
      iii) Código orcid.
   d) Título del artículo.
   e) Los agradecimientos, aclaraciones o comentarios sobre el origen del texto se incluirán en nota a pie de página junto al título del artículo.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

8. El autor deberá enviar su dirección postal para la remisión de los ejemplares del *Anuario*, una vez sea publicado.

9. Para los títulos internos se empleará la numeración decimal (1, 1.1, 1.1.1). Es aconsejable que no haya más de *tres* niveles de títulos internos.

10. No es conveniente usar la numeración automática de títulos y apartados porque puede dar lugar a errores en la etapa de diagramación. Por el mismo motivo conviene evitar las referencias cruzadas.

11. Las mayúsculas se emplearán de acuerdo con las normas ortográficas vigentes. En particular, se escribirán con minúscula los nombres de los meses y días de la semana (*noviembre, lunes*), los cargos, títulos y dignidades, excepto cuando aparezcan abreviados (*magistrado, fiscal, doctor*), así como los nombres *genéricos* de entidades de cualquier clase y jerarquía (*un juzgado de primera instancia, los tribunales constitucionales*).

12. Las **referencias y bibliografía** deben seguir, de manera rigurosa, el *Manual de estilo Chicago-Deusto. Guía breve para citas y referencias bibliográficas,* pp. I-VII (Bilbao: Deusto, 2014), http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/otraspub/otraspub07.pdf.

El Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer presenta la vigesimoctava edición del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* que para este año recoge 19 artículos, diez notas y ponencias especiales de autores de más de nueve países de la región. Dichos textos han sido compilados en dos grandes partes: la corrupción y los derechos humanos en el ámbito del derecho constitucional y asuntos en derecho constitucional contemporáneo.