

TENDENCIAS DEL CONSTITUCIONALISMO
EN IBEROAMÉRICA

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 514

Coordinadora académica: Elvia Lucía Flores Ávalos
Coordinadora editorial: Karla Beatriz Templos Núñez
Edición y formación en computadora: Margarita García Castillo

TENDENCIAS DEL CONSTITUCIONALISMO EN IBEROAMÉRICA

Miguel CARBONELL
Jorge CARPIZO
Daniel ZOVATTO
Coordinadores



aecid
Agencia Española
de Cooperación
Internacional
para el Desarrollo



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA DEMOCRACIA
Y LA ASISTENCIA ELECTORAL
AGENCIA ESPAÑOLA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL
PARA EL DESARROLLO
INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL
MÉXICO, 2009

Primera edición: 28 de agosto de 2009

DR © 2009. Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral

Strömsborg SE-103-34
Estocolmo, Suecia

Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

DR © 2009. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Mtro. Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-0799-0

CONTENIDO

Presentación	XIII
Discurso inaugural.	XVII
Jorge CARPIZO	
Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano	1
Jorge CARPIZO	

DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales en América Latina: apuntes para una discusión	35
Miguel CARBONELL	
La libertad en tiempos adversos. Los derechos fundamentales y los estados de excepción. Experiencia del constitucionalismo colom- biano	43
Néstor OSUNA PATIÑO	
Derechos humanos en América del Sur (1978-2008): tendencias y desafíos	65
Gonzalo AGUILAR CAVALLO	
Nuevas tendencias del constitucionalismo en América Latina . . .	143
Héctor GROS ESPIELL	
Aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones priva- das	151
Iván ESCOBAR FORNOS	

SISTEMA ELECTORAL, SISTEMA DE PARTIDOS Y DEMOCRACIA DIRECTA

- Nuevas tendencias sobre sistema electoral, sistema de partidos y mecanismos de democracia directa en América Latina. 227
J. Jesús OROZCO HENRÍQUEZ
- Las evoluciones de los sistemas de partidos, el sistema electoral y las instituciones de la democracia directa en América Latina . . . 243
Julio César ORTIZ GUTIÉRREZ
- Sistema electoral, sistema de partidos y mecanismos de democracia directa en Centroamérica, Panamá y República Dominicana. 285
Salvador SÁNCHEZ
- Consideraciones en torno a la democracia representativa y al referéndum en México 317
Javier PATIÑO CAMARENA

SISTEMA DE GOBIERNO: RELACIONES EJECUTIVO-LEGISLATIVO

- Las relaciones Ejecutivo-Legislativo y la gobernabilidad democrática 349
Lorenzo CÓRDOVA VIANELLO
- El régimen presidencial “atenuado” en el Perú y su particular incidencia en las relaciones entre gobierno y Congreso 357
Francisco José EGUIGUREN PRAELI
- Evolución del Estado de derecho en la República de Honduras en las últimas tres décadas 389
José Oswaldo RAMOS SOTO
- Influencia del constitucionalismo español en el constitucionalismo iberoamericano 419
Javier PÉREZ ROYO

PODER JUDICIAL

- El Tribunal Constitucional chileno reformado en 2005: sus competencias y algunos hitos jurisprudenciales trascendentes 433
Humberto NOGUEIRA ALCALÁ
- Experiencia de América Central sobre el Poder Judicial 519
José Luis LOVO CASTELAR

EL PAPEL DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

- El papel del Estado en la economía 547
Daniel A. BARCELÓ ROJAS
- La aplicación constitucional de “el análisis económico del derecho (AED)”: ¿nada menos y nada más que un “enfoque”? 555
Jorge Reinaldo VANOSI
- Papel del Estado en la economía 645
Mario FUENTES DESTARAC
- El papel del Estado en la economía 663
Alberto Ricardo DALLA VIA

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

- Interpretación constitucional por el Supremo Tribunal Federal de Brasil 707
Marcelo FIGUEIREDO
- La incidencia de la interpretación constitucional en los procesos de democratización en América Latina 737
Jorge SILVERO SALGUEIRO
- La interpretación constitucional en Costa Rica 751
Rubén HERNÁNDEZ VALLE

Diritto costituzionale e diritto pubblico comparato: una convivenza <i>more uxorio</i>	783
Lucio PEGORARO	

VENEZUELA

Presentación de la primera mesa de debate: “Experiencias constitucionales alternativas: Venezuela”.	805
José Ma. SERNA DE LA GARZA	
Modelo de Estado establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (implicaciones)	809
Carlos ESCARRÁ MALAVÉ	

BOLIVIA

Bolivia: la apuesta por el Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario	879
Raúl ÁVILA ORTIZ	
El proceso constituyente boliviano	889
Carlos ROMERO BONIFAZ	

ECUADOR

El nuevo andamiaje constitucional del Ecuador.	939
César ASTUDILLO	
El constitucionalismo ecuatoriano. Breve caracterización de la Constitución de 2008	953
Raúl ÁVILA SANTAMARÍA	
La nueva dogmática constitucional en el Ecuador	981
Hernán SALGADO PESANTES	

EPÍLOGO

Entre la libertad, la justicia y la eficacia en el gobierno: avances y dilemas del Estado constitucional democrático latinoamericano. 1005
Raúl ÁVILA ORTIZ
J. Jesús OROZCO HENRÍQUEZ
Daniel ZOVATTO

PRESENTACIÓN

A lo largo de los últimos treinta años, América Latina ha experimentado profundas y complejas transformaciones en el orden político. Los dieciocho países de la región se han comprometido en procesos de cambio político, de transición y consolidación democrática, y han introducido importantes modificaciones en sus estrategias, instituciones y textos constitucionales para garantizar y afianzar aquellos procesos.

De República Dominicana, a finales de los ochenta, a México en los noventa, y Paraguay, en 2008, los tres decenios recientes han visto el paso de regímenes militares a civiles, de sistemas cerrados o autoritarios a otros más abiertos y flexibles, y de Estados legales a Estados que, mediante diferentes métodos, dinámicas y ritmos, están intentando construir o reconstituir unidades políticas nacionales bajo los principios y reglas de la democracia constitucional.

Si bien esa trayectoria general es evidente y notoria, en modo alguno ha sido lineal y carente de complicaciones y reajustes, en casos específicos, e incluso de desafíos y riesgos que por momentos han puesto en duda su idoneidad o viabilidad, además de que es mucho lo que falta por hacer puesto que los procesos políticos y constitucionales se distinguen por su dinámica y fluidez.

En ese tenor, y como lo vienen haciendo cada año, el Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional) y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ/UNAM), en esta ocasión con la valiosa cooperación del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (IIDC), y la colaboración financiera de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), propiciaron un espacio de reflexión y análisis intelectual y académico de alto nivel para evaluar el proceso general de democratización y cambio constitucional latinoamericano.

Para ello, organizaron, en el mes de marzo de 2009, en las instalaciones del Instituto de Investigaciones Jurídicas, en la Ciudad de México, el seminario internacional “Nuevas tendencias del constitucionalismo en América Latina” cuyo propósito fundamental fue, precisamente, poner en claro cuáles son las principales tendencias comparativas del proceso de cambio constitucional y sus características distintivas en los países de la región.

Esencialmente, se buscó profundizar y enriquecer el conocimiento científico disponible sobre la trayectoria y experiencias constitucionales latinoamericanas en el tiempo de la democratización, y advertir sobre sus oportunidades y riesgos.

No se trataba sólo de aportar descripciones formales sobre textos constitucionales pasados y nuevos. Se intentó, más bien, producir interpretaciones basadas en experiencias constitucionales relevantes al proceso de cambio democrático que dieran cuenta de sus características pero también de sus dilemas y desafíos presentes y futuros.

Para lograr su cometido, las instituciones organizadoras establecieron seis temas de estudio:

- Derechos fundamentales
- Sistemas electorales; sistemas de partidos y democracia semidirecta
- Sistema de gobierno: relaciones entre Ejecutivo y Legislativo
- Poder Judicial
- Papel del Estado en la economía
- Interpretación constitucional

Asimismo, y a la luz de que en algunos países de la región se experimentan estrategias diferentes o alternativas de reconstitución jurídico política, se acordó examinar tres casos nacionales: Venezuela, Bolivia y Ecuador.

En ese entendido, el seminario fue organizado en seis mesas temáticas y tres mesas de casos nacionales, y se coronó y complementó con tres conferencias magistrales y una mesa de reflexiones y conclusiones finales, con la participación de distinguidos especialistas de prácticamente todos los países de la región, así como de conferencistas de España e Italia.

El presente volumen recoge las conferencias, ponencias y textos que se presentaron en el seminario a efecto no sólo de guardar memoria de un ejercicio más de la historia de la ciencia constitucional sino para que en-

riqueza el patrimonio y la comprensión de los estudiosos del fenómeno bajo análisis.

Las instituciones organizadoras expresan nuevamente su agradecimiento a todos los ponentes, quienes empeñaron su valioso esfuerzo al viajar a México y preparar oportuna y profesionalmente sus textos. Huelga decir que la discusión y el intercambio intelectual durante los tres días del Seminario fueron muy fructíferos y enriquecedores, pues fue posible beneficiarse de la acumulación de siglos de experiencia y talento reunido por las tres decenas de profesores e investigadores que en él participaron.

IDEA Internacional y el IIDC agradecen al Instituto de Investigaciones Jurídicas su hospitalidad y generosidad para el desarrollo del evento. Los tres institutos participantes aprecian la contribución de AECID para que el Seminario pudiera tener lugar. Las instituciones coorganizadoras reconocen el esfuerzo de los doctores Miguel Carbonell y Raúl Ávila Ortiz, quienes actuaron como secretarios ejecutivos del Seminario.

Las instituciones organizadoras están convencidas de que la cultura constitucional recibirá un interesante incentivo mediante la difusión de los contenidos del seminario, con lo cual se sentirán plenamente satisfechas.

Doctor Héctor FIX-FIERRO
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas

Doctor Jorge CARPIZO
Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional

Vidar HELGESEN
Secretario General de IDEA Internacional

DISCURSO INAUGURAL

Doctor Héctor Fix-Fierro

Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Doctor Daniel Zovatto

Director regional para América Latina de IDEA Internacional

Doctor Héctor Fix-Zamudio

Presidente honorario y vitalicio del Instituto Iberoamericano
de Derecho Constitucional

Señores ponentes y conferencistas

Señores catedráticos e investigadores

Compañeros estudiantes

Señoras y señores:

Estamos de fiesta con la celebración de este seminario internacional. Sean ustedes, colegas conferencistas y ponentes, bienvenidos.

El Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional se encuentra muy agradecido de haber unido esfuerzos con este ilustre Instituto de Investigaciones Jurídicas y con IDEA Internacional para América Latina, con la finalidad de llevar a cabo este Seminario. Nuestro reconocimiento profundo a los doctores Héctor Fix-Fierro y Daniel Zovatto. Asimismo, debo agradecer, y lo hago de la manera más amplia, el magnífico trabajo de los doctores Miguel Carbonell y Raúl Ávila Ortiz, secretarios ejecutivos del seminario.

Este seminario internacional hunde sus raíces en experiencias de varias décadas. Los dos institutos mencionados organizaron el coloquio sobre la “Evolución de la organización político-constitucional en América Latina: 1950-1975”, que comenzó el 2 de abril de 1976. Dicho coloquio resultó un gran éxito, pero lo más importante fue la publicación de las

ponencias en dos tomos, que son obras de referencia y que se citan con frecuencia en nuestros días.

El año pasado celebramos dos coloquios que son la continuación del de 1976. En septiembre, los dos institutos y el Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca, con la organización espléndida de los profesores Humberto Nogueira Alcalá y Gonzalo Aguilar Cavallo, llevamos a cabo un Coloquio para examinar la evolución político-constitucional en América del Sur de 1975 a 2005. Treinta años claves en nuestro devenir democrático. El coloquio resultó un agasajo académico e intelectual.

Dos meses después, en noviembre, estábamos celebrando un coloquio paralelo al anterior en San Salvador, El Salvador, en relación con Centroamérica y México. Contamos con apoyos de diversas instituciones y con la estupenda y acertada organización a cargo del profesor René Fortín Magaña.

Las memorias de ambos coloquios ya se están terminando de preparar. No abrigo duda alguna de que constituirán referencia obligada sobre este importante y apasionante tema como lo son sus antecesoras del mencionado coloquio de 1976.

Al terminarse el coloquio de Chile, el Comité Directivo y los presidentes de las secciones nacionales del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, el instituto de todos nosotros, nos reunimos para intercambiar opiniones respecto de una agenda previamente distribuida. Uno de los acuerdos de dicha reunión fue que este tipo de coloquios y seminarios de información y evaluación de nuestras democracias y su evolución político-constitucional deben celebrarse a lo menos cada diez años y no treinta, como aconteció en esa ocasión.

Menos de seis meses después, nos encontramos reunidos, una vez más, para examinar las nuevas tendencias del constitucionalismo en América Latina, con los especialistas más connotados de la región y la presencia invaluable de dos grandes expertos europeos: Javier Pérez Royo y Lucio Pegoraro. Ambos constitucionalistas y latinoamericanistas de verdad.

Las instituciones organizadoras de este seminario internacional editaremos la memoria del mismo, con lo cual sus alcances y beneficios se entenderán en el espacio y en el tiempo.

Estamos prontos y ansiosos por escuchar a los señores participantes, por aprender de ustedes, por discutir ideas y conceptos. Este Seminario internacional va a ser muy exitoso. No existe duda alguna al respecto. Se lleva a cabo con los mejores auspicios y enmarcado en el escudo de esta Universidad Nacional que es sostenido por el águila mexicana y el cóndor sudamericano, y en cuyo centro se encuentra el mapa de la región latinoamericana con su lema: “Por mi raza hablará el espíritu”. La raza de todos nosotros: raza mestiza, raza latina, raza indígena. Y el espíritu que habla por ella no puede ser otro que el de la educación, la cultura, la democracia y la defensa de los derechos humanos de todos los habitantes de la región.

Reitero mi especial agradecimiento a los doctores Fix-Fierro, Zovatto, Carbonell y Ávila, y a ustedes señores ponentes y conferencistas, de nueva cuenta, ¡bienvenidos! Gracias por su asistencia y por sus contribuciones escritas.

Por nuestra raza hablará en este seminario internacional el espíritu de nuestras libertades y nuestro anhelo de que todos los latinoamericanos podamos conducir una existencia de dignidad y solidaridad.

Jorge CARPIZO

TENDENCIAS ACTUALES DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Jorge CARPIZO*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Contenido material de la democracia.* III. *Propuesta de cinco claves.* IV. *Algunos de los principales retos de la democracia en América Latina.* V. *Tres décadas de nuevas tendencias constitucionales.* VI. *Algunos aspectos actuales de la democracia en América Latina.*

I. INTRODUCCIÓN

La amable invitación que se me hizo para participar en este Seminario con una ponencia-conferencia sobre las tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano, me impulsa a ponderar de nuevo sobre este importante aspecto, así como a examinar los acontecimientos de los últimos años en nuestra región, que afectan directamente el desarrollo de la democracia en los diversos países de nuestra América Latina, ya sea para bien o para mal.

La exposición, realizada en este trabajo, es de carácter general; otorga una visión panorámica sobre la democracia y las nuevas tendencias en la parte latina del continente americano. Son las respectivas mesas de trabajo del seminario las que profundizan sobre los temas que nos reúnen en este agasajo académico.

* Investigador emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México, de la cual fue rector, adscrito al Instituto de Investigaciones Jurídicas en el que se desempeñó como su director; presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Divido el ensayo en cuatro grandes apartados, a saber: 1. Un repaso breve del contenido material de la democracia; persigo que esos elementos fundamenten una propuesta para valorar la democracia en América Latina. 2. La exposición de algunos de los principales retos de la democracia en la región. 3. Un repaso sintético a las principales tendencias constitucionales en latinoamérica en las tres últimas décadas: 1978-2008, y 4. Una reflexión sobre algunos de los nuevos aspectos de nuestras democracias, con sus claroscuros; es decir, con sus aspectos positivos y los preocupantes.

II. CONTENIDO MATERIAL DE LA DEMOCRACIA

1. La democracia es fenómeno dinámico y expansivo. Las sociedades actuales se desarrollan a velocidad nunca antes vista, los avances científicos y tecnológicos benefician grandemente y presentan nuevos peligros a las libertades. Problemas que realmente no lo eran unas cuantas décadas o años atrás, ahora hay que enfrentarlos y resolverlos, cuidando el respeto a los derechos de las personas. Los sistemas democráticos, para hacer frente a nuevas realidades, tienen que legislar y precisar cuestiones novedosas, o que no presentaban mayores dificultades con anterioridad, pero que se convirtieron en peligros potenciales para la propia democracia y las libertades de las personas.

Los derechos humanos poseen fuerza expansiva, la democracia goza de esa misma característica y es natural, porque no puede existir democracia donde no se respeten los derechos humanos, y éstos realmente sólo se encuentran salvaguardados y protegidos en un sistema democrático. Así como el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 afirmó que: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”, exactamente lo mismo se puede repetir, sustituyendo el concepto de Constitución por el de democracia; al final de cuentas los conceptos de Constitución, orden jurídico, democracia y Estado de derecho se imbrican y se encuentran estrechamente relacionados entre sí, en virtud de que una Constitución y un Estado de derecho que no son democráticos no son tales, sino instrumentos de opresión.

2. Se puede definir a la democracia como el sistema en el cual los gobernantes son electos periódicamente por los electores; el poder se en-

cuenta distribuido entre varios órganos con competencias propias y con equilibrios y controles entre ellos, así como responsabilidades señaladas en la Constitución con el objeto de asegurar los derechos fundamentales que la propia Constitución reconoce directa o indirectamente.¹

En la definición se encuentran los elementos básicos, o núcleo duro, que constituyen una democracia. No obstante, existen otros y los primeros están estrechamente relacionados con los segundos. En una explicación de los alcances del sistema democrático debe hacerse referencia todos los elementos, y es a lo que me avoco.

3. Orden jurídico, Constitución y Estado de derecho se dan en una democracia, o no son realmente tales. La democracia presupone un orden jurídico, una Constitución y un Estado de derecho que garanticen las libertades y los derechos fundamentales de las personas.

4. El sufragio universal significa que no puede haber exclusiones en el derecho de voto por razones de sexo, raza, religión, educación o renta. Las exclusiones se refieren fundamentalmente a menores de edad e incapacitados mentales.

5. El voto debe ser libre y secreto, sin coacción alguna. Las elecciones deben ser imparciales, objetivas y equitativas. En este aspecto se incluyen temas como la financiación de las elecciones, gastos máximos, topes a las contribuciones privadas, equidad en los tiempos disponibles en los medios electrónicos de comunicación, prohibición de prácticas desleales de autoridades, partidos políticos y candidatos.

6. Las elecciones deben hacerse periódicamente, en los plazos que señala la Constitución o la ley. Nadie debe perpetuarse en el poder; la alternancia se encuentra en la esencia de la propia democracia.

7. La democracia actual es de partidos políticos que son organizaciones de interés público para principalmente agrupar individuos y colaborar en el proceso de las elecciones, seleccionando candidatos, precisando un programa electoral y organizando o auxiliando a sus candidatos en la campaña electoral, así como asumiendo labores de educación cívica.

La democracia no es concebible con la existencia de un solo partido político o de varios, pero en donde únicamente uno tiene posibilidades de obtener el triunfo electoral.

¹ Carpizo, Jorge, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 100.

8. La minoría o minorías políticas tienen que ser protegidas, son la garantía mínima para la existencia de elecciones periódicas, que los ciudadanos tengan la posibilidad de decidir si se convierten en mayoría gobernante, y que los dirigentes hagan el esfuerzo de cumplir con sus promesas electorales, si no ellos o sus partidos pueden ser castigados por los electores en la siguiente elección. Las minorías políticas se convierten en el verdadero control del poder cuando el gobierno cuenta con mayoría en el órgano legislativo.

9. Elegimos representantes o gobernantes para que integren transitoriamente los órganos del Estado que crea la Constitución y ejerzan las facultades que la misma les otorga, siendo la más importante, la esencial, la defensa y protección de los derechos fundamentales que la propia Constitución garantiza, y los reconocidos por el Estado en los tratados, convenios y pactos internacionales que ha suscrito.

10. Entre los derechos humanos, hay dos que se encuentran en el nacimiento y la base del sistema democrático: la igualdad y la libertad. Se ha especulado cuál de los dos derechos es más importante y cuál fue primero en la concepción democrática; con esa finalidad se suele citar a clásicos griegos. Considero que los dos son igualmente importantes y son gemelos y convergentes, porque bien entendida la democracia, uno no puede subsistir sin el otro.

11. La protección de los derechos de las minorías étnicas, religiosas y sexuales y, en general, en contra de cualquier discriminación, ya sea por razones de género, condiciones de salud, ideológicas o de capacidades diferentes.

12. Cada día existe mayor consenso en que la democracia implica necesariamente calidad de vida. Es lo que se denomina democracia social, justicia social o Estado de bienestar.

La democracia social impulsa una forma de desarrollo humano; éste, de acuerdo con los informes del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), es “el aumento de las opciones para que las personas puedan mejorar su vida”. Amartya Sen afirma que desarrollo humano es el proceso de expansión de las libertades reales de las cuales goza un pueblo.²

13. Otra serie de características de la democracia se refieren a aspectos o cuestiones de naturaleza política, diversos de los del voto. En la demo-

² PNUD, *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanos y ciudadanas*, Buenos Aires, Aguilar-Altea-Taurus-Alfaguara, 2004, pp. 16, 38 y 43.

cracia el poder tiene que estar distribuido entre varios órganos. Al contrario, en la autocracia, el poder tiende a su concentración.

De lo anterior surge uno de los grandes temas del constitucionalismo: el control del poder para que no se extralimite en sus competencias constitucionales. Controlar al poder es un acto de poder. Diego Valadés lo explica con gran claridad: no es posible controlar al poder desde fuera de él, ni sin poder o en contra suya. Controlar al poder es una manifestación de poder; sus instrumentos son parte del poder y necesariamente tienen que ser de naturaleza bidireccional, si no, el control del poder constituiría a uno de los órganos en poder sin control y así tendería a convertirse —lo que hay que eludir— en poder único, sin contrapeso y, en consecuencia, arbitrario.

El control del poder únicamente existe en un sistema democrático constitucional, o sea, dentro de un régimen representativo.³

14. El control del poder está estrechamente relacionado con la idea de que todo funcionario público es responsable de sus actos, ya que siempre debe actuar dentro del marco constitucional y legal.

En un sistema democrático, la responsabilidad debe abarcar no sólo a los funcionarios públicos. Toda persona poderosa, ya se trate de empresarios, dirigentes sindicales, religiosos o comunicadores, deben estar obligados a rendir cuenta de sus actos. La irresponsabilidad rompe con la idea misma de la igualdad de todos ante la ley. La impunidad destruye la confianza social en el propio sistema.

15. La democracia es sinónimo de laicismo, debido a que es contraria al fanatismo, al dogmatismo, a la superstición, al pensamiento único y a los valores absolutos que son inaccesibles a la razón humana.

Por el contrario, democracia es sinónimo de tolerancia, del derecho a pensar distinto, del examen de todas las doctrinas, de que éstas son iguales y deben tener la posibilidad de persuadir el intelecto y la voluntad humanos. La democracia es pluralismo y derecho a disentir.

En cambio, la autocracia puede ser cristiana, islámica, hinduista o budista. La democracia es laica o no es democracia.⁴

³ Valadés, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 52 y 53.

⁴ Bovero, Michelangelo, *Una gramática de la democracia contra el gobierno de los peores*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 47 y 48; Kelsen Hans, *Esencia y valor de la democracia*, México, Editora Nacional, 1980, pp. 156 y 157.

16. La democracia es diálogo, discusión y negociación política. El consenso político implica que se está en contra de los gobernantes, no en contra de la forma de gobierno, lo cual es la base misma de la oposición. La democracia se fundamenta en el derecho, no en el temor.

En la democracia el continuo debate político se convierte en condición para la supervivencia de las instituciones libres.⁵

17. En la democracia existe publicidad de los actos de los gobernantes, en contraste con la secrecía de la autocracia.

La democracia implica transparencia en la información, medios de comunicación libres, responsables y comprometidos con la verdad.

18. La democracia se defiende con la fuerza del derecho y con sus propias fortalezas: diálogo, negociación y concertación.

La fuerza armada es recurso último de defensa de la democracia, cuando han fracasado todos los otros medios y no queda otra posibilidad que su utilización para salvaguardar a la propia democracia, a la Constitución y al orden jurídico libremente auto-otorgado por la mayoría de los ciudadanos. El uso de la fuerza armada debe ser únicamente la necesaria para la resolución del problema, o sea, *proporcional* a la solución, y de acuerdo con los mandatos del orden jurídico. Actos ilícitos o extralegales para defender a la democracia no son admisibles. La fuerza de la democracia es la Constitución y el orden jurídico.

19. La democracia implica la existencia de una moral pública, basada en valores laicos, como son el respeto a la dignidad del otro, la verdad, la honestidad, el ánimo de servicio público.

20. Pues bien, si examinamos mi definición de democracia con cuidado, se puede constatar que todas las características principales que he señalado y que circunscriben a la democracia de nuestros días, se encuentran contenidas explícita o implícitamente en la misma.

Así, la democracia se edifica y preserva con reglas, éstas sólo pueden encontrarse en el orden jurídico, libremente construido por los representantes de los ciudadanos o por éstos mismos dentro de los cauces que señala la Constitución.

Reitero que las mencionadas características se encuentran incluidas en mi definición, en virtud de que éstas se imbrican para construir el edifi-

⁵ Vergottini, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, México, UNAM-Secretariado Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche, 2004, p. 279.

cio de la democracia en un determinado país. Si falta una de ellas, el edificio estará mal cimentado y corre el peligro de desmoronarse.

Cuestión diferente es que cada característica adopte diversas modalidades, de acuerdo con tiempo, lugar y singularidades de la nación.

21. El ejercicio de resaltar las características del sistema democrático que he hecho, ha sido efectuado con anterioridad, aunque con diversas perspectivas y enfoques, por varios autores, entre ellos Alf Ross⁶ y Robert A. Dahl.⁷ Mi ejercicio, si algún mérito puede tener, es que trato de ser omnicompreensivo, más amplio y adecuado, a nuestros días. Estoy convencido de que la fuerza expansiva de la democracia proseguirá y, entonces, también mi ejercicio comenzará a ser incompleto.

III. PROPUESTA DE CINCO CLAVES

El repaso hecho al contenido material de la democracia conlleva la preocupación de que los constitucionalistas y científicos sociales de América Latina, al analizar si un sistema es democrático o no, o en qué grado lo es, o lo puede ser, nos alejemos de consideraciones ideológicas, de fobias y filias, para no incurrir en errores del pasado.

Por ejemplo, me refiero a todos aquellos demócratas latinoamericanos que defendieron, a capa y espada, los regímenes de Stalin y Mao-Tse-Tung, a pesar de que era obvio que en los mismos no existía respeto alguno para los derechos humanos y que no había oposición política, debido a que los opositores reposaban en los cementerios. Algunos estudiosos expusieron argumentos en favor de esos regímenes incluso hasta los días postreros de aquéllos y, sin embargo, el sol no podía ocultarse con un dedo.

Encuentro que, por diversas causas que no es el caso comentar, la discusión actualmente sobre la democracia en América Latina se haya altamente ideologizada, con un sentido maniqueo. Dicha discusión a menudo levanta una cortina de humo sobre las realidades políticas que impiden un examen objetivo de éstas.

Estoy de acuerdo que es difícil ser objetivo en temas que implican diversas concepciones de la existencia y de lo que ésta debe ser. No obstan-

⁶ Ross, Alf, *¿Por qué democracia?*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 140 y 141.

⁷ Dahl, Robert A., *Polyarchy. Participation and Opposition*, New Haven, Yale University Press, 1971, pp. 2 y 4.

te, el científico social, para ser realmente tal, debe buscar la objetividad y ayudar con sus análisis a contemplar la realidad sin distorsiones, analizar los problemas y plantear soluciones a los mismos y, en este tema de la democracia, diseñar propuestas para que todos los países de la región puedan gozar de democracias materiales con todo lo que ellas implican.

Para dicho análisis propongo cinco claves en relación con las democracias en América Latina:

Una de carácter formal, que consiste en la celebración de elecciones libres, objetivas, equitativas y periódicas.

Tres de carácter material, a saber:

- a) El respeto y protección de los derechos humanos, primordialmente de los de carácter civil y político.
- b) La importancia que representa la oposición.
- c) La desconcentración del poder y el equilibrio entre los órganos de éste.

Una última de carácter social, que se refiere a la calidad de vida de los habitantes, tomando en cuenta satisfactores tales como alimentación, educación, protección a la salud, trabajo, vivienda y esparcimiento.

Soy consciente de que esta clave social bien puede quedar incluida en las de carácter material, específicamente en el rubro de los derechos humanos. Sin embargo, la he apartado para darle valor propio y para así resaltar su importancia especial en nuestra región, donde la pobreza y la desigualdad social son enormes y constituyen el reto más importante de nuestros días.

Ignoro si esta propuesta peque de ingenuidad, debido a que en estos asuntos es muy difícil hacer a un lado los aspectos ideológicos y los intereses personales o de grupo, pero hay que intentarlo, con dos finalidades: la primera, de carácter científico: conocer la realidad con veracidad y, la segunda que es la más importante, percatándose de las debilidades del sistema, exponerlas con ánimo constructivo para colaborar a superarlas con los instrumentos que nos son propios: los académicos.

IV. ALGUNOS DE LOS PRINCIPALES RETOS DE LA DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA

1. Me refiero ahora a algunos aspectos de la democracia en América Latina. Pareciera que tanto la democracia como los gobiernos autoritarios en nuestra región responden a ciclos u olas que abarcan a la mayoría de los países. Hay épocas en que proliferan los gobiernos militares, los dictadores y las autocracias en general; otras, en que prevalece cuando menos la democracia electoral. Es probable que en estos ciclos influyan factores políticos y económicos externos, tales como guerras mundiales, guerra fría, caída de los precios de los principales productos —materias primas— en la región, intervenciones armadas de potencias, apoyos externos a los autócratas, golpes de Estado auspiciados o, al menos, con la simpatía de Estados Unidos. A lo anterior, se unen inquietudes internas resultado de la miseria de amplios sectores sociales y la desigualdad social insultante, amén de factores como, , efecto dominó o mal ejemplo, solidaridad y apoyos mutuos entre las autocracias, escasez de divisas extranjeras, explosión demográfica, derroches económicos, falta de cultura cívica y marcado desprecio por el Estado de derecho entre otros. Además, no pueden desconocerse las peculiaridades de cada país de la región, ni que esos factores pesen más en unos que en otros. Dichos factores externos e internos son aprovechados por personas sedientas de poder.

Sea lo que fuere, estos ciclos son un hecho histórico que se puede constatar. A partir del final de la Segunda Guerra Mundial existió una ola democratizadora en la región como consecuencia del triunfo de las potencias aliadas. Sin embargo, a principios de los cincuenta, encontramos un ciclo de autocracia que incluyó a países como Argentina, Venezuela, Guatemala, Colombia, Cuba, Paraguay y Perú.

A partir de la segunda mitad de los años cincuenta, algunos países regresaron a la democracia; se produjeron varios movimientos de masas con idearios de contenido social. No obstante, desde la revolución cubana en 1959, en diversos Estados triunfó la doctrina de la seguridad nacional, lo cual implicó la intervención del ejército en la política, como fue el caso de Perú, varios de los países de Centroamérica: Bolivia, Argentina, Uruguay, Brasil, Chile y Ecuador, preservándose a lo largo de los años setenta regímenes civiles no-dictatoriales en Colombia, Costa Rica, México y Venezuela.

A finales de los setenta paulatinamente comenzaron a restaurarse sistemas constitucionales en República Dominicana, Perú, Ecuador, Argentina, Uruguay y Honduras. Este proceso se aceleró a mediados de la década siguiente y a finales de ella, en que casi todos los países del área calificaban como democracias electorales, ya que los gobiernos eran resultado de elecciones competidas y generalmente objetivas y limpias, aunque en algunos países se presentaron irregularidades de poca monta.⁸ Muchos de los problemas socioeconómicos han subsistido en casi toda la región, con algunas excepciones como Chile, pero incluso en éste existe alto grado de pobreza y desigualdad social, comparado con Europa occidental.

Las democracias electorales, en términos generales, han sido incapaces de enfrentar con éxito la lucha contra esas dos grandes lacras: pobreza e insultante desigualdad social, lo que aunado al desprestigio de los partidos políticos y de la clase política, a la corrupción y a la impunidad, en varios países a finales del siglo XX y principios de este XXI, se presenta un nuevo ciclo, sobre todo en algunos países de América del Sur que tiende a un hiperpresidencialismo, de lo cual me ocupó más adelante.

2. Un reto formidable para la democracia en los países de la región es su indiferencia, cuando no desprecio, por el Estado de derecho. Todos quieren que se aplique la ley al vecino pero no a él ni a su familia y amigos cercanos. Sintomático es que Fernando Henrique Cardoso, distinguido sociólogo y ex-presidente de Brasil, quien en alguna época no consideraba con acierto el valor del orden jurídico en la sociedad, manifiesta que una de las lacras de este continente latino se encuentra en que no se acepta el Estado de derecho ni la ley; afirmó que es una pelea que se tiene que dar.⁹ A Cardoso le asiste la razón.

En el Latinobarómetro 2008, en una escala de 1 a 10, ante pregunta concreta sobre si considera que el Estado no logra que se cumpla ningun-

⁸ Sánchez Agesta, Luis, *La democracia en Hispanoamérica. Un balance histórico*, Madrid, Rialp 1987, p. 17; La Roche, Humberto J., “Veinticinco años de evolución en la organización política y constitucional de Venezuela”, en Gil Valdivia, Gerardo y Chávez Tapia, Jorge A. (coords), *Evolución de la organización político-constitucional en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1979, vol. II, pp. 244 y 245.

⁹ Entrevista a Fernando Enrique Cardoso, *El País*, 8 de octubre de 2006, suplemento dominical, p. 9.

na ley, el promedio de respuestas en la región fue de: 5.2. La escala máxima la ocupó Uruguay con 6.4 y la mínima Paraguay con 4.4.¹⁰

El punto es la democracia de América Latina, en la mayoría de los países, no está consolidada. Preocupa que puedan ocurrir retrocesos incluso en el aspecto electoral, después de que a partir de finales de la década de los ochenta, en general, los procesos electorales han sido limpios.

3. Los Estados mínimos difícilmente podrán conservar las democracias electorales, si no se resuelven otros problemas ingentes, especialmente el de los derechos o la justicia sociales. Para ello, es necesario contar con Estados fuertes. En América Latina, en la época neoliberal, el Estado se ha debilitado y en muchos casos no posee los instrumentos jurídicos y políticos que le permitan, por ejemplo, llevar a cabo una reforma fiscal con la finalidad de obtener recursos suficientes para programas sociales, para luchar contra la pobreza y para comenzar una paulatina distribución de la riqueza, así como medidas que refuercen la protección de los derechos humanos y reformen de raíz el sistema de impartición de justicia.

Hoy en día, por lo ya expuesto, la finalidad de la democracia en América Latina debe ser alcanzar mayores niveles de bienestar para grandes sectores de la población, pero también implica, entre otros aspectos: respeto a movimientos sociales, a demandas económicas y democráticas de los trabajadores industriales y agrarios en sus sindicatos, la producción y distribución de bienes de consumo popular, educación superior pública con excelencia académica¹¹ (11), lucha contra la impunidad y la corrupción.

También el Latinobarómetro 2008 reportó que los encuestados opinaron que las actividades que deben estar mayoritariamente en manos del Estado son, en el orden prioritario en que fueron señaladas: educación básica y primaria (86); salud (85); agua potable (83); universidades (82); pensiones (82); servicios eléctricos (80); petróleo (80); teléfonos (71) y financiamiento a partidos políticos (59).¹²

¹⁰ Corporación Latinobarómetro, *Informe 2008*, Santiago de Chile, Corporación Latinobarómetro, 2008, www.latinobarometro.org, p. 41.

¹¹ González Casanova, Pablo, "La crisis del Estado y la lucha por la democracia en América Latina (problemas y perspectivas)", en González Casanova, Pablo y Roitman Rosenmann, Marcos (coords.), *La democracia en América Latina. Actualidad y perspectivas*, México, UNAM-La Jornada Ediciones, 1995, pp. 34 y 35.

¹² Corporación Latinobarómetro, *op. cit.*, nota 10, p. 38.

4. El PNUD recuerda que de 1980 a 2000, el promedio regional del PIB *per capita* presentó un avance casi irrelevante, y que de 1998 a 2002 el número de habitantes que se situaba por debajo de la línea de pobreza aumentó.¹³ Los datos sobre los niveles de desigualdad son increíbles y, en promedio, la reducción es casi imperceptible a pesar del crecimiento del PIB en los últimos años: 2.1 en 2003; 6.1 en 2004; 4.8 en 2005; 5.6 en 2006, 5.7 en 2007 y aproximadamente 4.5 en 2008. En 2007 la tasa de ocupación tuvo 2.5% de aumento acumulado respecto a 2002. En el mismo año alrededor de 35% de la población se encontraba en situación de pobreza (190 millones) y 12.7% en pobreza extrema.

En estos aspectos, en la región latinoamericana, con algunas excepciones, no se avanza, lo cual es más que preocupante: pone en peligro a la democracia como estilo de vida y resta apoyos sociales que le son indispensables para sobrevivir, fortalecerse y hacer frente a sus antiguos y nuevos enemigos.

5. Otro aspecto preocupante de la democracia en América Latina es el problema de la corrupción, que todo corroe y contamina. El Latinobarómetro 2002 muestra que la percepción de la sociedad es que la corrupción aumenta año con año. En 2002, la respuesta a la correspondiente pregunta fue afirmativa en 86%. Al respecto acertadamente se comenta que:

En los años anteriores, los valores oscilaban entre el 80 y 90%. Respecto a ninguna pregunta hay mayor consenso en América Latina. Es una sensación generalizada, es decir que ella no se confirma por un conocimiento concreto de actos de corrupción. Sólo menos de un tercio de los entrevistados dice que ha sabido, personalmente, de un acto de corrupción. Vale añadir que la gente cree que más de un tercio de los funcionarios públicos son corruptos.

En el Latinobarómetro 2005, los entrevistados en la región consideraron que, en promedio, 68% de los funcionarios públicos son corruptos; tal percepción varía según el país, desde 82% en Ecuador hasta 41% en Uruguay. En 2008, ese promedio fue de 68.6%; desde 80.5% en Honduras hasta 45.6% en Uruguay. Fijémonos que el porcentaje aumentó en este último país.

¹³ PNUD, *op. cit.*, nota 2, pp. 39-41.

En relación con la eficacia en la lucha contra la corrupción sólo dos países sobresalen: Uruguay y Chile, aunque en Colombia y Venezuela, 40% de los ciudadanos expresaron que se está progresando en la mencionada lucha. Empero, estos datos pesimistas encuentran una pequeña brecha de luz: *a)* en promedio, en la región latinoamericana, se pasó de 26% de los ciudadanos en 2004 a 30% en 2005 y a 38% en 2008 en la percepción de que se avanza en la lucha contra la corrupción, y *b)* las personas que aseguraron que han conocido la realización de un acto de corrupción disminuyó de 26% en 2001 a 20% en 2005 y a 15% en 2008.¹⁴

6. La concepción democrática no se encuentra completamente arraigada en América Latina. El Latinobarómetro 2002 tuvo entre sus preguntas las dos siguientes: Si usted tuviera que elegir entre la democracia y el desarrollo económico ¿cuál diría usted que es más importante? y, ¿en general, diría usted que está muy satisfecho, más bien satisfecho o nada satisfecho con el funcionamiento de la democracia en (su país)?

A la primera pregunta 52% respondió que el desarrollo es lo más importante, 25% que la democracia y, 17% que ambos por igual. En 2008, 53% respondió afirmativamente a la pregunta de que no le importaría que un gobierno *no* democrático llegara al poder si pudiera resolver los problemas económicos.¹⁵

A la segunda pregunta, 27% contestó que se encontraba satisfecho con la democracia, 60% que insatisfecho y 8% que no sabía o se calló.

En 2003, a esta última pregunta, 29% contestó que estaba satisfecho con la democracia; en 2004, ese porcentaje no varió; en 2005 aumentó a 31% de los ciudadanos entrevistados.

En 2003, 66% contestó que estaba insatisfecho con la democracia; en 2004, el tanto por ciento disminuyó a 65; en 2005 a 61. A su vez, en 2003, 6% respondió que no sabía o se calló si estaba satisfecho o no con la democracia; en 2004, ese porcentaje aumentó a 7%, y en 2005 a 8%.¹⁶

¹⁴ Corporación Latinobarómetro, obra citada, nota 10, pp. 45-47. Corporación Latinobarómetro, *Informe Latinobarómetro 2005. 1995-2005. Diez años de opinión pública*, Santiago de Chile, 2005, www.latinobarometro.org, pp. 25-28; véase Nohlen Dieter, *El contexto hace la diferencia: reformas institucionales y el enfoque histórico-empírico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003, pp. 147 y 148.

¹⁵ Corporación Latinobarómetro, *op. cit.*, nota 10, p. 83.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 136-138.

En 2008, no estaban contentos con la democracia 37%, pero ya no se señaló el porcentaje de los insatisfechos ni de los que no saben o se callaron. En cambio, el apoyo a la democracia fue de 57%. Contrasta con este otro dato: 70% consideró que se gobernaba en beneficio de unos cuantos grupos poderosos, y sólo 23% afirmó que se gobernaba para el bien de todo el pueblo.

Los datos anteriores son preocupantes, no me agradan, pero los entiendo. Si no se puede ofrecer un nivel digno de existencia a la familia, se prefiere el desarrollo y no la democracia. Considero que en América Latina es claro que desarrollo socioeconómico y democracia tienen que ir de la mano y viceversa. Si no ocurre así, ningún sistema democrático tiene asegurada la estabilidad y la gobernabilidad.

En el Latinobarómetro 2008 se introdujo una nueva pregunta: ¿piensa usted que en su país la democracia funciona mejor o igual o peor que en el resto de América Latina? 44% contestó que igual; 23% que peor y 21% que mejor.¹⁷

Asimismo, Chile es el país en el que funciona mejor la democracia (44%), seguido por Uruguay (43%) y Costa Rica (42%).

7. Ahora bien, un dato consignado en el Latinobarómetro 2008 y que indudablemente es importante: en el año 1997, 41% de los latinoamericanos manifestó que era feliz. En 2001 ese porcentaje, aumentó a 68%, y en el año 2006, al 72%, entonces se estaba en pleno crecimiento y desarrollo. No obstante, en 2008, ese porcentaje bajó a 66%, por la inflación y el comienzo de la crisis económica. Habrá que ver que sucede en 2009 con el estallido de la actual crisis económica global.

La satisfacción de vida, otro indicador de bienestar, aumentó de 65%, en el año 2002, a 71%, en 2008, lo cual puede deberse a que en países de bajos ingresos, incluso pequeños aumentos en la calidad de vida pueden producir percepciones de bienestar y aumento de felicidad.¹⁸

V. TRES DÉCADAS DE NUEVAS TENDENCIAS CONSTITUCIONALES

1. Después de la Segunda Guerra Mundial, varios de los más importantes países de Europa occidental y continental incorporaron en sus Consti-

¹⁷ Corporación Latinobarómetro, *op. cit.*, nota 10, pp. 102-104.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 12 y 13.

tuciones, nuevas o revisadas, instituciones para proteger con eficacia los derechos humanos y para asegurar el sistema democrático. Fue una ola constitucional en Europa de especial trascendencia, después de la catástrofe del fascismo, de la conflagración armada y de la victoria de la democracia. En este sentido, las Constituciones de Alemania Federal e Italia se distinguieron; posteriormente, la de Francia.

2. Digamos en forma panorámica cuáles son *las principales instituciones* aludidas; es decir, no es una lista exhaustiva, y qué países las han aceptado, aunque con modalidades diversas. Es imposible hacer alusión a los antecedentes latinoamericanos de esas instituciones antes del periodo 1978-2008. Como excepción hago referencia únicamente a algunas.

Respecto a la jurisdicción, justicia constitucional o derecho procesal constitucional, como ahora se denomina por varios autores, se han creado tribunales o cortes especializadas en esta materia, aunque en algunos casos el nuevo sistema subsistió con el “americano”. Esta corriente comenzó en Guatemala, con la Constitución de 1965 y la Corte de Constitucionalidad, cuya efectividad fue casi inexistente, en virtud de que resolvió sólo un recurso en cuanto al fondo. El siguiente país que creó un órgano de esa naturaleza fue Chile en 1970, lo suprimió en 1973 y lo restableció en 1980; su funcionamiento no gozó, obviamente, de independencia durante la dictadura militar.

Ecuador estableció, en 1945, un Tribunal de Garantías Constitucionales, pero la decisión última correspondía al poder legislativo; en 1978, creó un tribunal con igual denominación, pero sin facultades decisorias. En su Constitución, expedida veinte años después, estructuró un verdadero Tribunal Constitucional. En Perú, en 1980, se estableció un tribunal de carácter constitucional cuya competencia fue para resolver en última instancia las acciones de *habeas corpus* y de amparo, así como las acciones de inconstitucionalidad; de estas últimas conoció poco, debido a que funcionó durante corto tiempo.

La ola democratizadora, de mediados de los años ochenta, continuó, impulsó y fortaleció la creación de esos órganos constitucionales. En 1985 Guatemala restableció la Corte de Constitucionalidad, con facultades más amplias que su antecesora.

Asimismo, se establecieron salas constitucionales autónomas dentro de las cortes o tribunales supremos en El Salvador en 1983, reformada en 1991; en Costa Rica en 1989; en Paraguay en 1992; en Nicaragua en 1995,

aunque las principales facultades corresponden al pleno de la Corte; en Venezuela en 1999; en Honduras en 2001.¹⁹

3. El *habeas data* es el instrumento que:

Procede para lograr el conocimiento de informaciones relativas al promovente y que consten en registros o bancos de datos pertenecientes a entidades gubernamentales o de carácter público, o bien para obtener la rectificación de datos cuando el afectado prefiera no hacerlo por conducto de un proceso reservado, ya sea judicial o administrativo. Como puede observarse, dicho instrumento tiene por objeto proteger a la persona contra posibles afectaciones realizadas por medio de la información electrónica, que se ha extendido de manera extraordinaria en nuestra época.²⁰

Incorporan el *habeas data* en sus Constituciones: Brasil en 1988, Paraguay en 1992, Perú en 1993, Argentina en 1994, Ecuador en 1998, Bolivia en 2004.

Algunas Constituciones han creado novedosos instrumentos procesales de protección de derechos, como el *mandado de segurança coletivo* en Brasil, o la acción de cumplimiento en Perú, pero aún se trata de casos aislados.

4. El *ombudsman* es la institución sueca que se desarrolló a partir de 1809, la cual fue recogida por las Constituciones de Portugal como Promotor de la Justicia y de España como Defensor del Pueblo, denominación esta última con la cual se ha incorporado a varias leyes fundamentales de América Latina, región en la que se pueden encontrar algunos antecedentes; pero la primera Constitución que la admitió con sus características propias, se encuentra en el mencionado Código Fundamental de Guatemala de 1985; con posterioridad fue aceptada por los órdenes jurídicos de México en 1990, aunque se le incluyó en la Constitución hasta 1992;²¹ de El Salvador en 1991; de Colombia en ese mismo año; de Paraguay y Costa Rica en 1992; de Perú en 1993; de Argentina a nivel federal en 1993 y 1994, porque con anterioridad varias provincias ya con-

¹⁹ Fix-Zamudio, Héctor, "Estudio preliminar", en Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 31-40; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004, pp. 41-48.

²⁰ Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 20, p. 43.

²¹ Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y ombudsman*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, pp. 115-134.

taban con él; de Bolivia y Honduras en el último año señalado; de Nicaragua en 1995; de Ecuador en 1996; de Venezuela en 1999.

Además, existen varios *ombudsmen* a nivel local y municipal, y otros no creados a nivel constitucional como el Defensor de los Habitantes de Costa Rica, en 1992.

5. Se tiende a la *autonomía técnica del ministerio público o fiscal*, desligándolo por completo de la subordinación tradicional que ha tenido respecto al poder ejecutivo.

Debo apuntar que en América Latina el Ministerio Público se encuentra, aunque sea formalmente, como parte del poder judicial en Colombia, Paraguay, El Salvador, Perú y en las provincias argentinas, salvo una; que la autonomía técnica es todavía más un postulado constitucional que una realidad.

En Ecuador se dice que la fiscalía general del Estado es órgano autónomo de la función judicial que goza de autonomía administrativa, económica y financiera.

6. *El equilibrio entre los poderes ejecutivo y legislativo*. Con este propósito se introducen instituciones novedosas.

En América Latina, en quince Constituciones se encuentra la figura de la interpelación: Bolivia, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. En Argentina sólo respecto al jefe de gabinete.

De acuerdo con el artículo 165 de la Constitución de El Salvador, si un ministro, un encargado del despacho o un presidente de institución oficial autónoma no concurre a la Asamblea Legislativa a contestar las interpellaciones que se le hicieren, por ese solo hecho, si no existe causa justa, queda depuesto de su cargo.

7. Elementos parlamentarios se presentan en varios países de la región. Existe la posibilidad de voto de confianza en Perú (artículo 130) y Uruguay (artículos 174 y 175), aunque en la realidad no suelen operar.

8. La institución de la censura se encuentra en doce países de América Latina: Argentina (artículo 101), Bolivia (159.18), Colombia (artículo 135, fracciones 8 y 9), Costa Rica (artículo 121.24), Ecuador (artículo 131), El Salvador (artículo 165), Guatemala (artículo 167), Panamá (artículo 161.7), Paraguay (artículo 194), Perú (artículo 132), Uruguay (artículos 147 y 148) y Venezuela (artículos 240 y 246).

En seis países el efecto jurídico de la censura es la renuncia, en otros tantos se encuentra sujeta a la decisión del presidente de la República, con modalidades diversas.

Veamos algunos ejemplos. En Costa Rica, la Asamblea Legislativa puede “por dos tercios de votos presentes, censurar a los mismos funcionarios (ministros) cuando a juicio de la Asamblea fueren culpables de actos inconstitucionales o ilegales, o de errores graves que hayan causado o puedan causar perjuicio evidente a los intereses públicos”.

Nótese que para dicha “censura” se exige una votación calificada, lo que protege a los ministros; que las causas son más de carácter penal que político; que la Asamblea goza de un amplio margen de discrecionalidad “a su juicio”, y no se especifica nada más, tampoco un procedimiento, pero lo más importante, es que la censura no implica la renuncia del ministro, *sobre la que el presidente de la República decide libremente*.

Las Constituciones de Bolivia de 1878 y 1967 también dejaban los efectos de la censura al criterio del presidente de la República.

Ahora bien, no puede negarse que, aun en estos casos, la censura puede ser importante y tiene efectos políticos de relevancia, ya que el presidente puede verse presionado por la opinión pública y ante la necesidad de preservar buenas relaciones con el Congreso. No obstante, la decisión última de la permanencia del ministro queda en manos del titular del Poder Ejecutivo.

En Guatemala, si el congreso emite un voto de falta de confianza a un ministro, cuando menos por la mayoría absoluta del total de los diputados, el ministro debe renunciar de inmediato. Empero, si se satisfacen algunos requisitos, el ministro puede recurrir la falta de confianza y, después de escucharlo, el congreso vuelve a votar, y para ratificar dicha falta de confianza, se necesita la votación aprobatoria de las dos terceras partes del total de los diputados que integran el Congreso. Si se ratifica el voto de falta de confianza, el ministro se tiene que separar del cargo de inmediato. En cada caso, el voto de falta de confianza no puede exceder de cuatro ministros.

La Constitución de Argentina, reformada profundamente en 1994, creó la figura de jefe de gabinete, quien es nombrado y removido por el presidente de la República, pero quien es políticamente responsable ante el Congreso, que lo puede remover de su cargo por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara, sin necesidad de expre-

sar causa. No obstante, los demás ministros no son responsables ante el congreso. En la realidad, el jefe de gabinete es un representante del presidente de la República y un “fusible”, si surgen enfrentamientos graves entre los poderes políticos.

Existe un órgano similar al gabinete en Bolivia, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela que recibe la denominación de “Consejo de ministros”. En Panamá tiene la nomenclatura de “Consejo de gabinete”.

En algunos pocos países sudamericanos desde las primeras décadas del siglo XIX se introdujeron matices parlamentarios.

7. En América Latina, debido principalmente a la influencia francesa de la Constitución de 1958, se ha venido aceptando que si en la votación presidencial, ninguno de los candidatos obtiene 50, 45 o 40% de los votos, se realiza una segunda vuelta electoral, generalmente entre los dos candidatos que obtuvieron los mayores porcentajes del sufragio.

Actualmente, regulan la segunda vuelta las Constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Perú, República Dominicana y Uruguay.

El artículo 77.3 de Brasil regula lo que se puede denominar la segunda vuelta “clásica”: si ninguno de los candidatos obtiene mayoría absoluta en la primera votación, se hace una segunda, en la cual participan los dos candidatos más votados, y se elige como presidente aquel que obtenga la mayoría de los votos válidos.

En Costa Rica el umbral de la votación no es de 50% sino de 40%. En Argentina ese umbral es de 45% de los votos válidos o 40% si existe una diferencia mayor de diez puntos porcentuales entre el candidato que haya alcanzado más votos y el que le sigue en segundo lugar. En Nicaragua ese umbral se fijó en 45% de los votos.

En un sistema presidencial, la segunda vuelta presenta ventajas y desventajas.²²

8. Existen otras tendencias constitucionales en la región que son *también muy importantes*, como:

a. Los consejos de la Judicatura, cuya función es el gobierno y la administración de los tribunales, integrados mayoritariamente por miembros del poder judicial con la finalidad de hacer efectivo el llamado “autogobierno de la magistratura”.

²² Carpizo, Jorge, *Concepto de..., op. cit.*, nota 1, pp. 167 y 168.

Se afirma que los consejos de la judicatura hacen a un lado el aparato burocrático del Estado para transformarlo en un órgano autónomo e independiente de cualquier otro poder; que es un régimen de autogobierno por el cual se garantiza que la carrera judicial sea una realidad y que la designación, promoción, adscripción y responsabilidad de los jueces respondan a sistemas objetivos de méritos que fortalezcan la independencia de los tribunales.²³

b. El reconocimiento de la supremacía del derecho internacional, primordialmente del convencional, respecto a los preceptos internos, pero no en relación con los constitucionales, como en los casos de Ecuador, Panamá, El Salvador, Costa Rica y Argentina.

En lo relativo a los tratados y convenciones sobre derechos humanos, el énfasis es mayor, como en la Constitución peruana de 1979, no en la actual de 1993, que dispuso que los preceptos de los tratados sobre esa materia tenían jerarquía constitucional y, por tanto, no podían ser modificados, sino por el procedimiento mediante el cual se reforma la norma constitucional.

El artículo 142 de la Constitución de Paraguay de 1992 es rotundo al ordenar que “los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de la Constitución”.

El artículo 75, inciso 22, de la Constitución argentina, reformada en 1994, dispone que los tratados y los concordatos poseen jerarquía superior a las leyes, y que los tratados y convenciones de derechos humanos, que expresamente enuncia, poseen jerarquía constitucional, y sólo pueden ser denunciados por el poder ejecutivo, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara; los demás tratados y convenciones sobre dicha materia gozarán de jerarquía constitucional, si son aprobados por la mencionada mayoría de los legisladores.

²³ Giacobbe, Giovanni, “Autogobierno de la magistratura y la unidad de la jurisdicción en el ordenamiento constitucional de la república italiana”, *Justicia y sociedad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 103. Véase, Fix-Zamudio, Héctor, “Órganos de dirección y administración de los tribunales en los ordenamientos latinoamericanos”, *Memoria de El Colegio Nacional*, 1992, pp. 43 y 44, y *Los problemas contemporáneos del Poder Judicial*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986, pp. 37-40; asimismo, Carpizo, Jorge, *Temas constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 192-206.

El artículo 23 de la Constitución venezolana norma que los tratados, pactos y convenciones ratificados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional y, en consecuencia, prevalecen en el orden interno, en cuanto contengan preceptos más favorables que los establecidos por la ley fundamental, siendo de aplicación inmediata y directa por parte de los tribunales y demás órganos del poder público.

El artículo 417 de la Constitución de Ecuador dispone que en “los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”.

En la región son veintiún países los que reconocen la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Constitución peruana de 1993, en su artículo 205, precisa que agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales de los cuales ese país es parte. Hasta ahora es la única Constitución latinoamericana que contiene un precepto de tal naturaleza. Sin embargo, fue este Estado, el que, en 1999, desconoció unilateralmente y con efecto inmediato la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque en marzo de 2001, el Congreso de ese país decidió su retorno a la jurisdicción de la mencionada Corte.²⁴

c. *La judicialización de los actos y conflictos electorales.* La tendencia es hacia la creación de tribunales especializados en materia electoral en lugar de institutos de carácter político. Estos tribunales gozan generalmente de autonomía plena y en muchas ocasiones constituyen órganos constitucionales autónomos. El proceso comenzó con la Constitución brasileña de 1934. La actual de 1988 establece una amplia jurisdicción electoral con un Tribunal Superior Electoral, Tribunales Regionales Electorales, jueces electorales y juntas de la misma naturaleza.

²⁴ Dichos países son: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Véase, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, nota 20, pp. 155-158; Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, “Nexos entre la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Ars Iuris*, México, núm. 17, 1997, pp. 120-147; García Ramírez, Sergio, *Estudios jurídicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 389-405.

Se han constituido tribunales electorales, autónomos e independientes del Poder Judicial y de cualquier otra institución u organismo del Estado, como en la Constitución de Chile de 1980 con el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales regionales electorales; en la Constitución de Costa Rica de 1949 con el Tribunal Supremo de Elecciones; en la Constitución de Ecuador de 1978 con el Tribunal Supremo Electoral; en la Constitución de Panamá de 1972-1983 con el Tribunal Electoral; en la Constitución de Paraguay de 1992 con el Tribunal Superior de Justicia Electoral.

Guatemala y Honduras cuentan con tribunales electorales, aunque no se encuentran regulados en sus respectivas Constituciones.

En Colombia, El Salvador, Perú y Venezuela existen órganos, que a pesar de que no reúnen las características judiciales, deciden en última instancia respecto a los resultados de la calificación.

d. *Las funciones de fiscalización* se llevan a cabo mediante de un órgano específico, con autonomía técnica, que generalmente se encuentra encuadrado dentro del poder legislativo, cuya función es la fiscalización de las cuentas, de la gestión económica del Estado, del sector público y de los recursos públicos manejados por particulares. Este órgano, como regla general, informa al Congreso de sus labores y determina las probables responsabilidades en que se haya podido incurrir en el manejo de los recursos públicos.

Los miembros de estos órganos deben gozar de garantías de independencia e inamovilidad.

A estos órganos se les suele denominar tribunal o corte de cuentas, entidad superior de fiscalización, cámara de cuentas, auditoría general de la nación, aunque la denominación que prevalece en América Latina es la de Contraloría General de la República o del Estado.

Estos órganos son de singular importancia en una región donde la corrupción representa un gran problema, aunque sus facultades no son amplias en varios de nuestros países, en los cuales, ya sea que se encuentren enmarcados o no dentro del poder legislativo, se les garantiza autonomía funcional y administrativa. Tal es el caso en Colombia, Costa Rica, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. En la actual Constitución de Ecuador le suprimen la autonomía técnica y funcional al órgano correspondiente, misma que se reconocía en la anterior Constitución.

La Constitución argentina señala que es organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional. La de Brasil indica que el control está a cargo del Congreso Nacional con el auxilio del Tribunal de Cuentas. La de El Salvador, que es organismo independiente del presidente de la República. La de Guatemala, que es institución técnica descentralizada. Las de Chile, Nicaragua y Panamá, que son organismos autónomos o independientes.

Al respecto, interesante resultan las disposiciones constitucionales de Argentina, Colombia y Guatemala.

En Argentina, el titular es propuesto por el partido de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso, y es designado por mayoría absoluta de los miembros de cada una de las cámaras legislativas.

En Colombia, el contralor es electo por el Congreso de ternas que integran por partes iguales la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

En Guatemala, el contralor es designado por el Congreso, por mayoría absoluta de todos los diputados, entre seis candidatos propuestos por una comisión integrada por un representante de los rectores de las universidades, los decanos de las facultades de Contabilidad en que se imparte la carrera correspondiente, de la Asamblea General del Colegio de Economistas, Contadores Públicos y Administradores de Empresas.

Por el contrario, el presidente de la República sí interviene en algún grado o forma en esos nombramientos en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Nicaragua, Perú y República Dominicana.²⁵

9. En el contexto de este panorama, un dato para tenerse en cuenta, en virtud de que es trascendente, consiste en que de 1978 a 2008, 18 presidentes no pudieron terminar su periodo en la región, con la consecuente crisis de gobernabilidad, pero ésta se superó por los cauces que marca la Constitución; la sustitución presidencial fue de acuerdo con sus normas. El primer presidente de este ciclo que no concluyó su periodo fue Hernán Siles Suazo de Bolivia en 1985; el último, Eduardo Rodríguez Veltzé del mismo país, en 2006.

²⁵ Los datos anteriores los he tomado principalmente de dos obras: Entidad Fiscalizadora Superior de La India (comp.), *Mandatos de las entidades fiscalizadoras superiores*, Intosai, 3 vols., que contiene la normativa de estos órganos en todo el mundo, tanto a nivel constitucional como legal. El idioma utilizado es el inglés; y de López Guerra, Luis y Aguiar, Luis (eds.), *Las Constituciones de Iberoamérica*, Madrid, Unión Iberoamericana de Colegio de Abogados-Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 2001, 1324 pp.

Todas estas tendencias constitucionales refuerzan a nuestras democracias y otorgan un ánimo optimista, a pesar de que en diversos países las instituciones existen, pero no se desarrollan adecuadamente, debido a causas muy diversas como carencia de total independencia frente a poderes constitucionales y fácticos, personal no idóneo y estructuras débiles, aún sin consolidarse.

Otra perspectiva, pero igualmente optimista, desde la visión electoral, la proporciona Daniel Zovatto quien afirma:

La alternancia en el poder producida por la vía electoral a lo largo de estas tres décadas (1978-2008), unida a la elección de una mujer (Chile y Argentina), de un sindicalista (Brasil) y de un indígena (Bolivia), dan cuenta de la importancia y profundidad del cambio político que se ha venido llevando a cabo en la región. Cabe destacar, asimismo, la alternancia producida en México con la victoria de Fox (2000), después de más de siete décadas de gobiernos del PRI. No menos importante fue la llegada de la izquierda a la presidencia en Uruguay luego de muchas décadas de alternancia entre colorados y blancos. Todos estos cambios ponen de manifiesto que la democracia electoral no sólo goza de buena salud en la región sino, también, que es el mejor camino para producir cambios profundos y pacíficos.

La alternancia ha venido acompañada de nuevos actores políticos que presionan desde el mismo Estado a favor de cambios estructurales. Es la revolución institucional como la ha llamado Evo Morales, originada y liderada desde el Estado. A diferencia de los años 60 del siglo pasado, cuando la revolución era exógena al Estado, ahora su origen es endógeno. Pero los revolucionarios de nuestro tiempo no han llegado al poder mediante la lucha armada sino a través de las urnas y están actuando con reglas democráticas, si bien es cierto tensionándolas, muchas veces, hasta el límite. El plebiscito boliviano del pasado 10 de agosto (de 2008), del cual el presidente Morales resultó ganador indiscutible, representa un ejemplo claro de esta revolución institucional, de un mecanismo dirigido a buscar, por la vía de las urnas, la legitimidad para su gobierno y para el proceso de “revolución democrática y cultural”. En otras palabras, el poder de “la elección” como legitimadora del poder popular. El próximo paso de este proceso de transformación por la vía electoral será el referéndum constituyente previsto para el 25 de enero de 2009.

¿Quién podrá negar que, para ser legítimo, cualquier cambio que se realice en América Latina a partir de ahora tendrá que llevarse a cabo, ne-

cesariamente, por medio de elecciones y respetando las reglas del juego democrático?²⁶

VI. ALGUNOS ASPECTOS ACTUALES DE LA DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA

En la democracia latinoamericana de nuestros días hay cuestiones que debemos tener en cuenta por su singular importancia, y para contar con un panorama más preciso de nuestras democracias y de las tendencias constitucionales en la región, y algunas no son optimistas. Entre ellas destaco las siguientes:

1. Los sistemas pluralistas moderados y extremos, y la falta de confianza hacia los partidos políticos.
2. Los gobiernos divididos y de coalición.
3. Los referendos.
4. La corriente reeleccionista.
5. El poder de la calle o de las movilizaciones.
6. El crimen organizado.
7. La moral pública.

Digamos algo de cada una de estas siete cuestiones:

1. En la región, en 11 países existen 10 o más partidos políticos o movimientos por los cuales la gente votaría. En Venezuela encontramos 85 partidos, 22 en República Dominicana, 14 en Brasil y Guatemala, 13 en Argentina y Ecuador, 12 en Perú, 11 en Bolivia y Costa Rica, 10 en El Salvador y Paraguay, 5 en Honduras y 4 en Uruguay.²⁷

En términos generales, nuestros sistemas de partidos políticos se encuentran en evolución y aún no es posible conocer qué va a resultar al final de cuentas. Permítaseme ejemplificar con México: existen ocho partidos y tenemos un sistema tripartito, en el cual actualmente sólo tres están en posibilidad de obtener la presidencia de la República. No obstante, es un sistema en movimiento, que no termina de asentarse.

La percepción que existe en América Latina de los partidos políticos ha mejorado un poco. Sin embargo, la confianza en ellos continúa siendo

²⁶ Corporación Latinobarómetro, *op. cit.*, nota 10, p. 70.

²⁷ *Ibidem*, p. 10.

baja. En relación con la pregunta de si los partidos políticos lo están haciendo bien o muy bien, la respuesta positiva fue de 30%. Hubo un incremento comparado con 2007, y se regresó al nivel de 2006.

Ante la pregunta en 2008 “¿cuánta confianza tiene en los partidos políticos?”, la respuesta de mucha o algo fue de 21%. En 2003 esa pregunta la respondió positivamente el 11% de los encuestados.

Respecto a si los partidos extremistas debían prohibirse o permitirse, el 52% se manifestó por la permisión y el 36% por la prohibición.²⁸

Existe, entonces, desconfianza hacia los partidos políticos porque: no cumplen con las promesas electorales, se les percibe como únicamente interesados en obtener el poder, la corrupción, los escándalos de toda índole y que la situación socioeconómica de la población cambia muy poco, sea cual fuere el partido que gobierne.

2. Las experiencias de gobiernos divididos o compartidos en América Latina; es decir, cuando el partido del presidente no cuenta con mayoría absoluta en el Congreso, son de lo más disímolas. Las hay muy exitosas, otras no tanto; también encontramos fracasos.

Scott Morgenstern y Pilar Domingo señalan gobiernos democráticos en Sudamérica durante el siglo XX que muchos terminaron en golpes de Estado. De 70 gobiernos de mayoría 12 finalizaron en golpes, o sea, 7%. De 83 gobiernos divididos, 17 acabaron por causa de un golpe; es decir, 21%,²⁹ y a partir de 1978, el presidente fue sustituido, como ya afirmé, dentro de los marcos constitucionales.

El ejemplo de los últimos cinco gobiernos de Brasil es aleccionador. Esos gobiernos fueron divididos, pero mientras Sarney, Collor y Franco no lograron que el Congreso aprobara sus propuestas, el éxito ha coronado las gestiones de Cardoso y Lula. Los factores para ello son múltiples, entre los que podemos mencionar: liderazgo, consenso para la estabilización del país, medidas económicas exitosas, ministros capaces, rumbo definido y habilidad negociadora. El camino no ha sido fácil, se encon-

²⁸ *Ibidem*, pp. 86-89.

²⁹ Morgenstern, Scott y Domingo, Pilar, “The Success of Presidentialism? Breaking Gridlock in Presidential Regimes”, en Valadés, Diego y Serna, José María (coords.), *El gobierno en América Latina ¿Presidencialismo o parlamentarismo?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 101 y 102.

traron escollos y obstáculos, pero los resultados son satisfactorios o muy satisfactorios.³⁰

La existencia de gobiernos divididos lleva de la mano a la de gobiernos de coalición. El sistema presidencial de coalición es una creación de América Latina.

El presidencialismo de coalición presenta fórmulas diversas: electorales, de gobierno, de reformas y de acuerdos legislativos. No es la panacea, obviamente que se presentan problemas,³¹ pero encontramos ejemplos exitosos como los de Brasil, Chile e incluso Bolivia.

En los sistemas de gobierno en los que predomina el pluripartidismo moderado o extremo, contemplo que alguna fórmula de coalición es necesaria. Me inclino por la de gobierno. Visualizo, en parte, nuestro futuro en dicha dirección.

3. Los referendos toman actualidad en América Latina. Las últimas Constituciones, como las de Venezuela, Ecuador y Bolivia han sido aprobadas con este método. En un sistema democrático así debe acontecer.

El proyecto de Constitución que el presidente Chávez propuso en 2007 fue rechazado en un referendo, y su iniciativa de reforma constitucional para la reelección indefinida de las autoridades electas, fue aceptado por otro referendo en este 2009.

Los referendos tampoco son una panacea, pero constituyen el método más acorde con la democracia: que las decisiones más importantes las tome directamente el pueblo. Todos sabemos el peso de los medios electrónicos de comunicación para influir en el votante. En el último referendo venezolano, la oposición se negó, alegando que se vulneraba el artículo 345 de la Constitución que indica: “la iniciativa de reforma que no sea aprobada, no podrá presentarse de nuevo en un mismo periodo constitucional”. El presidente Chávez alegó que el asunto era semántico, en virtud de que no podía presentar la misma iniciativa, pero sí “una reforma, una sencilla enmienda”.³² Para cualquier constitucionalista es claro que

³⁰ Mainwaring, Scott, “Multipartidism, Robust Federalism, and Presidentialism in Brazil”, en Mainwaring, Scott y Shugart, Matthew Soberg (eds.), *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Cambridge, Inglaterra, Cambridge University Press, 1997, pp. 95-105.

³¹ Lanzaro, Jorge, “Tipos de presidencialismo y modos de gobierno en América Latina”, en Lanzaro, Jorge (comp.), *Tipos de presidencialismo y coaliciones políticas en América Latina*, Buenos Aires, CLACSO-ASDI, 2001, p. 32.

³² *El País*, 4 de diciembre de 2008, p. 5.

dicha interpretación no es correcta. El punto más importante en el referendo de 2007 fue precisamente ese: la reelección indefinida del presidente de la República, acompañada y fortalecida en 2009 con la posibilidad de la reelección indefinida de todo funcionario de elección popular.

Asimismo, los referendos revocatorios a nivel nacional comienzan a proliferar en nuestra región.

En 2008, en Bolivia se les preguntó a los ciudadanos “¿usted está de acuerdo con la continuidad del proceso de cambio liderado por el presidente Evo Morales Ayma y el vicepresidente Álvaro García Linera?”. Más que un referendo revocatorio fue un referendo ratificatorio, en el cual a quienes no les fue bien fue a los prefectos de Cochabamba y La Paz, cuyo resultado les fue adverso, con lo cual dejaron de ocupar esos cargos.

En Venezuela, la Constitución acepta el referendo revocatorio para todos los cargos de elección popular; en 2004, el presidente Chávez se sometió a este procedimiento.

El referendo revocatorio existe también a nivel regional y municipal, en algunos países del área.

4. Un principio característico de nuestra región, como regla general, había sido que el presidente de la República no podía reelegirse para el periodo inmediato.

En la actualidad existe una fuerte corriente reeleccionista. El presidente encuentra con frecuencia los medios constitucionales, a veces muy forzados, para perpetuarse en el poder. Ahí está el ejemplo mencionado de Chávez y actualmente en el Congreso de Nicaragua existe un proyecto similar que parece no goza de la simpatía legislativa.

Incluso presidentes, con una trayectoria personal, académica y política de vocación democrática, sucumben al canto de las sirenas al quebrar la regla de la no-reelección inmediata; así ha acontecido y así aconteció en Brasil en 1997. Fernando Enrique Cardoso logró la reforma constitucional para permitir su reelección inmediata por una sola ocasión, la cual incluyó también a los gobernadores y los prefectos. Dicha reforma permitió a Cardoso ocupar el cargo durante dos periodos consecutivos, situación semejante a lo que acontece en la actualidad con el presidente Lula da Silva. Recientemente se oyeron voces de dirigentes del partido más importante en el poder que proponían otra reforma constitucional que permitiera la reelección de Lula para un tercer periodo consecutivo.

Lula expresó su oposición y consideró que una reforma constitucional que permitiera un tercer mandato consecutivo sería “insensatez pura”, “falta de sensibilidad política” y que “no se juega con la democracia”.³³ Lo anterior resalta la figura de Lula como estadista, demócrata, y defensor de las instituciones.

Todo indica que el presidente Uribe de Colombia intentará una reforma constitucional que le permita reelegirse para un tercer periodo consecutivo.³⁴

La norma constitucional se ha doblado ante la fuerza del poder ejecutivo. Argentina, Brasil, Ecuador, Perú y Colombia pasaron de la reelección mediata a permitir la inmediata. Costa Rica ha aceptado, en cambio, la reelección después de transcurrido un mandato presidencial, y sin que se efectuara reforma constitucional alguna, sino mediante la interpretación jurisdiccional.

En República Dominicana, el presidente Fernández Reyna se reeligió en 2008 para un tercer periodo.

Este principio de no reelección debe ser parte de un sistema democrático. Incluso en los regímenes parlamentarios debe existir un límite a la permanencia en el poder del jefe de gobierno: ¿8, 12 o 16 años? La democracia implica también rotación en los cargos.

5. El poder de la calle o de las movilizaciones. Diversos grupos se percatan de que un motor de cambio se encuentra en la protesta y la movilización, a veces debido a que sus intereses no se encuentran representados en el Congreso.

Parece paradójico, aunque no es raro, que las movilizaciones sean auspiciadas desde el gobierno central para presionar al Congreso, tribunales o poderes de hecho.

Los latinoamericanos creemos en un 59% que el *status quo* se puede cambiar mediante el voto; un 16% por medio de las movilizaciones, y 14% que no es posible influir en el cambio.

³³ *El País*, 7 de noviembre de 2007, p. 9.

³⁴ *El País*, 12 de agosto de 2008, p. 8. Véase este mismo periódico del 23 de febrero de 2009, p. 17, en el que se encuentra un interesante artículo de Andrés Oppenheimer sobre esta cuestión.

Las naciones más escépticas al respecto, en virtud de que no consideran que el *status quo* pueda ser cambiado, son Chile con 27%, México con 23% y Honduras con 21%.³⁵

6. En algunos de los Estados de la región el crimen organizado ha tomado tal vigor que desafía al propio Estado y a su monopolio legítimo de la fuerza.

Las cantidades enormes de dinero que el crimen organizado maneja y su poder corruptor carcomen las bases mismas de la organización política y de la sociedad, incluso un problema actual, en algunas naciones, es la existencia del dinero de ese crimen en las elecciones.

El Latinobarómetro 2008 indica que por primera vez, como promedio, aparece la delincuencia como el principal problema de la región con 17%, y en segundo lugar se encuentra el desempleo con 15%. La delincuencia “ocupa las preocupaciones de la mitad, un tercio y un quinto de las poblaciones de siete países de la región. El desempleo, en contraste, sólo es la preocupación principal de otros cinco países, pero en mucha menor medida en cada país”.³⁶

En Venezuela 53% de los encuestados manifestaron haber sido víctimas de un delito y en México 42%. No obstante, en este último país la economía fue señalada como el problema más importante por 24%, a pesar de que el crimen organizado tiene asolada a la nación, como jamás nadie se imaginó que podía acontecer. Un dato adicional, en México, en los últimos ocho años, 130,000 elementos han desertado del ejército, según manifestó el propio presidente de la República, y una buena proporción de ellos fueron reclutados por el crimen organizado, que incluso los invita a unírsele a través de mantas colocadas en sitios claves de varias ciudades del país.

7. Publiqué un ensayo que intitulé: “La moral pública en México” para dejar constancia de mi profunda preocupación sobre este tema.³⁷ La tesis que sostengo consiste en que poder, dinero, corrupción, impunidad y mentiras son la quinteta de la muerte para México, y es el ambiente moral dentro del cual han crecido nuestros niños y jóvenes: es el ejemplo

³⁵ Corporación Latinobarómetro, *op. cit.*, nota 10, pp. 98-101.

³⁶ *Ibidem*, p. 23.

³⁷ Carpizo, Jorge, “La moral pública en México”, *Voz y voto*, México, núm. 181, 2008, pp. 38-45; *Moral pública y libertad de expresión*, México, Jus, Res pública, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla-Fundación para la Libertad de Expresión, 2008, pp. 9-33.

que generaciones de mexicanos les hemos dado, y esto es lo que quieren alcanzar en su existencia a como dé lugar y sin importar los medios.

Pues bien, en varios de los congresos y seminarios latinoamericanos a los que he asistido, diversos participantes me han asegurado, toda proporción guardada y en diversos grados, que la situación en su país es muy parecida a la que describo para México. Entonces, me percaté de que el deterioro de la moral pública es un grave problema en varios países de nuestra región y probablemente en la mayoría de ellos.

Debo puntualizar que después de contemplar algunas de las causas de la actual crisis económica mundial, me atrevo a afirmar, y considero que no me equivoco, que esos problemas de moral pública reinan también en varios de los países más ricos del mundo y en mayor proporción; fraudes de 50,000 y 8,000 millones de dólares cometidos por dos personas, el descuido y el contubernio de los órganos supervisores, rescates de miles de millones de dólares, que pagarán los contribuyentes, para salvar bancos y empresas donde reinó la irresponsabilidad, la incompetencia, la corrupción, las mentiras, las dobles contabilidades, y en donde a algunos de los responsables todavía se les jubiló con cientos de millones de dólares. Todo igual o peor que en algunos países de América Latina, con la sola diferencia del tamaño fenomenal e inmenso de los mismos problemas.

Es hora de finalizar y lo hago expresando una profunda preocupación: que varios de los problemas expuestos en esta última parte de la ponencia-conferencia: la falta de confianza en los partidos políticos, la atomización del sistema de partidos políticos, la corriente reeleccionista, el debilitamiento de los poderes legislativo y judicial, los referendos manipulados y no conducidos conforme a la ley, el problema del crimen organizado y un deterioro en la moral pública, vayan a conducir, a varios o a muchos de nuestros países, a una nueva ola, no de fortalecimiento de la democracia, sino de hiperpresidencialismo, donde los pesos y contrapesos del poder se debilitan y la protección de los derechos humanos palidece.

Además, en América Latina no contemplo ni creo posible una fuerte democracia material si la gran mayoría de la población no conduce una existencia digna, con satisfactores económicos, sociales y culturales suficientes. El reto es enorme. Lo podemos afrontar. De estos treinta años de fortalecimiento democrático y constitucional, no debe darse ningún paso hacia atrás. Ningún retroceso. Al contrario. La ruta es el fortalecimiento y la consolidación de la democracia política y social. Ello es también nuestra responsabilidad y debe ser, asimismo, nuestro compromiso.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN AMÉRICA LATINA: APUNTES PARA UNA DISCUSIÓN

Miguel CARBONELL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Plano normativo*.
III. *Plano teórico*.

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales en América Latina han sufrido un proceso de intensa evolución en los últimos treinta años. Si nos remontamos a la segunda mitad de la década de los setenta del siglo pasado, veremos las grandes diferencias que existen respecto a lo que tenemos hoy en día en materia de derechos. Lo que en otras latitudes tomó dos siglos, en América Latina se ha conseguido, con muchos problemas, defectos y riesgos, en menos de tres décadas.

Desde luego, un análisis responsable debería ser capaz de distinguir al menos tres planos de análisis y observar el desarrollo que se ha producido en cada uno de ellos:

- 1) Un plano normativo, en el que se tuvieran en cuenta los textos constitucionales y los catálogos de derechos previstos en los tratados internacionales, tanto de carácter universal como de alcance regional.
- 2) Un plano teórico, a fin de dar cuenta de la evolución y crecimiento del “discurso” científico sobre los derechos.
- 3) Un plano sociológico, con el objetivo de poner en evidencia la manera en que los derechos se han ido aplicando, con enormes dificultades e incluso con preocupantes retrocesos, en la práctica constitucional de América Latina.

Por razones de tiempo, haremos referencia solamente a los dos primeros niveles.

II. PLANO NORMATIVO

Desde el primer nivel de análisis, se puede observar un proceso siempre creciente y (hasta el día de hoy), en términos generales imparable de expansión de los derechos enunciados por las Constituciones de la región. Un primer momento especialmente importante se observa ya con la Constitución guatemalteca de 1985, la que no solamente nos ofrece un largo catálogo de derechos, sino que también se ocupa de clasificarlos, ofreciendo al lector una primera clave de lectura de gran relevancia (una cuestión que merece ser discutida aparte es si esa clasificación resulta más o menos acertada, más o menos exhaustiva y más o menos comprensible). Pero son sobre todo las Constituciones de Brasil en 1988 y de Colombia en 1991 las que, con base en las experiencias europeas de la Segunda Posguerra, expanden hasta niveles previamente desconocidos los catálogos de derechos. En Brasil el afán clasificatorio de otros documentos no preocupa demasiado a los autores de su texto constitucional, quienes deciden redactar un extenso artículo 5, el cual cuenta con 78 fracciones, muchas de las cuales se dividen en distintos apartados; en el artículo 5 se encuentran tanto cuestiones sustantivas como procedimentales (es decir, tanto derechos como garantías). La misma Constitución brasileña pone aparte los derechos sociales (artículos 6 a 11), el régimen jurídico de la nacionalidad (artículos 12 y 13) y los derechos políticos (artículos 14 a 16).

Una visión más moderna, incluso terminológicamente, se observa en el texto colombiano de 1991, cuyo título II se denomina “De los derechos, garantías y deberes”. En ese título se encuentra una clasificación que separa los derechos fundamentales, los derechos económicos sociales y culturales, los derechos colectivos y del ambiente, y los deberes y obligaciones (una distinción parecida puede observarse en la Constitución peruana de 1993). Es probable que la distinción entre derechos fundamentales y otro tipo de derechos (como los sociales) provenga de la no muy acertada fórmula del artículo 53 de la Constitución Española, que parece distinguir los derechos “plenos”, objeto de protección por todos los tribunales o mediante amparo ante el Tribunal Constitucional, de los

simples principios que sirven para “informar” la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

La Constitución de Argentina, reformada en profundidad en 1994, contiene un capítulo segundo dedicado a “Nuevos derechos y garantías”, dentro del cual se encuentran interesantes desarrollos para su catálogo de derechos, incluyendo medios de tutela oponibles a particulares (como el juicio de amparo, según el artículo 43 párrafo primero de la Constitución). Infortunadamente se trata de un capítulo poco sistemático, ya que mezcla cuestiones no muy homogéneas, lo que probablemente no aporte una adecuada guía de lectura para quienes quieran profundizar en su conocimiento.

La Constitución mexicana ha ido incrementando paulatinamente el espacio dedicado a la regulación de los derechos fundamentales, si bien en es cierto que lo ha hecho con escasa técnica legislativa y sin ningún prurito por salvaguardar una mínima sistemática. De hecho, dentro del capítulo dedicado a los derechos fundamentales (los que, siguiendo la tradición de hace dos siglos, todavía se les llama “garantías individuales”), se pueden encontrar cuestiones relativas a la economía nacional, a la planeación del desarrollo o incluso a los órganos constitucionales autónomos, los cuales deberían haberse previsto dentro de la parte dedicada a la división de poderes. Entre las reformas que han suscitado un mayor debate, podemos señalar una de 2001 por medio de la cual se incluye una extensa regulación de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y otra de junio de 2008 para introducir una detallada regulación de las bases del procedimiento penal.

Las Constituciones más recientes (Venezuela, Ecuador y Bolivia) contemplan amplios catálogos de derechos, contruidos sobre la base de los ya señalados, aunque también expresan ciertas preocupaciones locales, las cuales a veces son resultado de proyectos políticos concretos, de lo que resulta que no cuenten con la aceptación completa de la población, sino que se hayan logrado aprobar luego de intensos debates y de la confrontación de proyectos opuestos.

Cabe apuntar que no todo el contenido de las declaraciones de derechos que se encuentran en el constitucionalismo de América Latina responde a estándares progresistas y respetuosos de la dignidad humana. Hay también, infortunadamente, un “constitucionalismo conservador” en

la región, que ha dejado su huella en las correspondientes secciones que recogen los derechos fundamentales.¹

Aunque los ejemplos podrían multiplicarse, valga la pena ilustrar lo dicho con al menos los siguientes:

A) La Constitución de El Salvador establece, en su artículo 13 párrafo cuarto, lo siguiente: “Por razones de defensa social, podrán ser sometidos a medidas de seguridad reeducativas o de readaptación, los sujetos que por su actividad antisocial, inmoral o dañosa, revelen un estado peligroso y ofrezcan riesgos inminentes para la sociedad o para los individuos”. Parece difícil reunir más ideas retrógradas en un solo párrafo. Se trata de una norma que viola varios de los más esenciales principios de cualquier sistema penal democrático y que refleja ideas del siglo XIX, por decir lo menos. Con normas como esa, se autoriza al Estado a llevar a cabo casi cualquier tipo de represión sobre las personas, no siendo necesario ni siquiera que hayan hecho algo, puesto que se habla en ese precepto de conceptos tan evanescentes como “defensa social”, “actividades antisociales, inmorales o dañosas”, “estado peligroso” y “riesgos inminentes”. Es decir, en ese artículo se contiene un compendio de todo aquello contra lo que lucha el derecho penal garantista.²

La misma Constitución ordena al Estado “fomentar” el matrimonio (artículo 32), y regular las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer (artículo 33). Parece obvio el sesgo conservador de tales preceptos, respecto de los “modelos” de convivencia familiar constitucionalmente aceptados. La idea de fomentar el matrimonio desde el ámbito de actuación de los poderes públicos supone implícitamente minusvalorar otras formas de convivencia, bajo un régimen jurídico no matrimonial. La referencia a las relaciones familiares estables entre un hombre y una mujer conlleva una descalificación poco menos que explícita de las relaciones homosexuales, generando de esa forma una discriminación hacia las personas que toman la decisión de convivir con otra de su mismo sexo.

¹ Las raíces históricas de este fenómeno han sido explicadas por Roberto Gargarella en su libro *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Madrid, Siglo XXI editores, 2005, pp. 85 y ss.

² Expuso de forma insuperada por Luigi Ferrajoli en *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 9a. ed., Madrid, Trotta, 2009.

B) La Constitución de Guatemala deja zanjado el tema de los derechos de la mujer sobre su propio cuerpo al disponer que se protege la vida humana desde su concepción (artículo 3), con lo cual envía un mensaje muy claro al legislador para que tome medidas represivas contra las mujeres que decidan interrumpir voluntariamente su embarazo.

La misma Constitución guatemalteca dispone que se puede imponer la pena de muerte pero no a las mujeres (artículo 18), a la vez que indica que las personas presas “Deben ser tratadas como seres humanos” (artículo 19).³

Llama también la atención el trato preferencial que se le da a la Iglesia Católica, cuya personalidad jurídica se reconoce desde el propio texto constitucional, mientras que las demás iglesias y cultos religiosos reciben un trato diferenciado (artículo 37). El trato favorable se extiende, en el mismo precepto, a las propiedades de la Iglesia católica; las propiedades de las demás congregaciones no son siquiera mencionadas.

Los dos ejemplos anteriores, referidos a El Salvador y a Guatemala, no son los únicos; su cita quiere simplemente ilustrar sobre la existencia de un cierto modo de comprensión de los derechos fundamentales, marcado por su carácter conservador. Obviamente, las Constituciones pueden ser más o menos progresistas, de acuerdo a las condiciones ideológicas y políticas del país en que se escriben y del momento en que son promulgadas. Pero no podemos pasar por alto el hecho evidente de que los derechos fundamentales deben estar al servicio de valores emancipatorios y no anclarse en realidades que mantienen vivos vínculos históricos de sujeción sobre ciertos sujetos o que reconocen primacía a algunos credos religiosos, vulnerando de esa manera la laicidad del Estado y el derecho a la no discriminación por motivos de religión.⁴

Respecto del derecho internacional de los derechos humanos, hemos visto en las últimas décadas el surgimiento muy fecundo de tratados internacionales en la materia, tanto universales como regionales. Dentro de la región destaca la aplicación cada vez más amplia y profunda de la Convención Americana de Derechos Humanos y de sus protocolos (so-

³ Puede uno imaginarse la terrible realidad del sistema penitenciario guatemalteco para que haya sido necesario introducir un mandato tan básico y obvio.

⁴ El significado de los derechos fundamentales como parámetros de emancipación y de lucha contra las discriminaciones históricamente existentes ha sido expuesto por Luigi Ferrajoli en muchas de sus obras; por ejemplo en *Democracia y garantismo*, edición de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2008, pp. 42-59.

bre todo el de San Salvador, referido a los derechos económicos, sociales y culturales). Esa preeminencia de la Convención se ha correspondido por el papel tan relevante y fructífero de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia cada vez es más conocida, discutida y aplicada no solamente en el ámbito internacional, sino también en el de las jurisdicciones domésticas.⁵

Poco a poco, América Latina parece ir comprendiendo que la globalización no solamente significa libertad de comercio y reducción de aranceles, sino también Estado de derecho y respeto por los derechos fundamentales de todas las personas.⁶ Las visiones reduccionistas y pueblerinas se han ido marginando a la par del surgimiento de una corriente intelectual que aboga por la internacionalización de los derechos fundamentales, con base no en posturas ideológicas, sino meramente positivistas: ese derecho internacional ya existe, es obligatorio y por tanto hay que exigir su aplicación sin fisuras ni excusas de ningún tipo.

III. PLANO TEÓRICO

En los últimos años la teoría constitucional referida a los derechos fundamentales también ha ido creciendo de forma significativa, si bien es cierto que todavía nos encontramos por detrás de los desarrollos que se pueden observar en algunos países europeos (sobre todo en Alemania e Italia) o incluso muy por detrás de la teoría constitucional de los Estados Unidos, que tiene entre sus temas favoritos precisamente el de los derechos.

Por esa misma razón, los desarrollos regionales se han visto alimentados (creo que de forma muy positiva) por planteamientos que vienen de otros países. En los últimos años la corriente que se ha ido estableciendo progresivamente es la del neoconstitucionalismo, cuyos autores más conocidos han sido analizados en muchas escuelas y facultades de derecho de América Latina, tanto a nivel de licenciatura como de posgrado. No es

⁵ García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, 2006-2008, 5 tomos.

⁶ Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *La globalización y el orden jurídico: reflexiones contextuales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007. Véanse, sobre todo, los ensayos de Francisco J. Laporta y Marisa Iglesias Vila, incluidos en ese volumen.

extraño que en nuestras aulas cientos de profesores repitan con frecuencia los nombres de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Luigi Ferrajoli, Gustavo Zagrebelsky y el de algún neoconstitucionalista autóctono como Carlos Santiago Nino.⁷ Las posturas de algunos de estos teóricos incluso han servido de guía para la jurisprudencia; por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana se ha inspirado con frecuencia en la teoría de los principios de Robert Alexy o en su comprensión de la manera en que puede hacerse la ponderación de derechos; de la misma forma, la Suprema Corte de México se ha beneficiado de las aportaciones de Luigi Ferrajoli (aunque no siempre lo haya reconocido de forma expresa).

Afortunadamente, luego de unos años de intensas lecturas neoconstitucionalistas, los teóricos de América Latina están comenzando a hacer sus propios planteamientos y a aportar una visión moderna de los derechos fundamentales a la teoría jurídica local.⁸ Los principales desarrollos se observan en Argentina, Brasil, Colombia y México, aunque se está produciendo un movimiento muy importante en el Perú y en Ecuador, países en los que veremos en los próximos años interesantes aportaciones teóricas.

Como sucede en otras latitudes, las bases conceptuales con las que trabajamos el tema de los derechos fundamentales los constitucionalistas, han sido suministradas por teóricos y filósofos del derecho.

Tradicionalmente hemos tomado como fuente de inspiración a la doctrina europea, lo que resulta natural si tomamos en cuenta el alto número de estudiantes de posgrado que han pasado por las aulas de universidades españolas o italianas; esos estudiantes trajeron los referentes de sus maestros europeos, sobre todo a partir de los años setenta del siglo pasado.

En los últimos años, sin embargo, se observa un cambio de tendencia: hemos comenzado a mirar sin traumas históricos ni complejos de inferioridad hacia la teoría constitucional de los Estados Unidos. Las tareas de traducción, intensamente desarrolladas en Argentina, Colombia, México y, en menor medida, en Perú, han sido una puerta de entrada para que nuestros estudiantes se pudieran familiar con autores como John Rawls,

⁷ Un panorama sobre el movimiento del nuevo constitucionalismo puede verse en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2006.

⁸ Algunos planteamientos de importantes teóricos de América Latina se han recogido en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.

Richard Posner, Ronald Dworkin, Owen Fiss, Bruce Ackerman, Duncan Kennedy, etcétera. Desde luego, la mayor parte de las traducciones del inglés se siguen haciendo en España, donde han publicado obras de algunos de los profesores ya mencionados, pero también de Jeremy Waldron, Cass Sunstein, Will Kymlicka, etcétera.

También ha sido notable la influencia de la doctrina alemana, la cual ha aportado —de forma directa e indirecta— ideas muy importantes para el debate latinoamericano sobre los derechos fundamentales y sobre el constitucionalismo democrático en general. Los dos nombres que más se han repetido en la región creo que son los de Robert Alexy y Peter Häberle.⁹

La lectura directa de sus textos ha sido posible gracias a traducciones y publicaciones que han aparecido primero en España, pero luego también en Brasil, Perú, Colombia y México. Pero además, algunos destacados teóricos de América Latina, sobre todo de generaciones más o menos recientes, se han formado en Alemania y han escrito grandes trabajos bajo la influencia de los citados profesores. Tal es el caso, por citar solamente algunos ejemplos, de César Landa de Perú, de Carlos Bernal, Gloria Lopera y Alexei Julio Estrada de Colombia, o de Laura Clérico de Argentina. Algunos de ellos son grandes promesas de la teoría jurídica latinoamericana, quienes con el tiempo deberán ocupar el lugar de los autores ya consagrados como Héctor Fix-Zamudio, Carlos S. Nino, Germán Bidart, Allan Brewer Carías y otros gigantes del pensamiento de nuestra región.

⁹ Antes de ellos, ha sido de gran importancia el pensamiento de Konrad Hesse, que ha llegado hasta los constitucionalistas de América Latina gracias a la traducción que hizo Pedro Cruz Villalón de algunos de sus textos más conocidos, así como del mismo trabajo de traducción de su obra realizado en Brasil (país en el que incluso han traducido más materiales, en comparación con los que fueron en su momento seleccionados por Cruz Villalón). Las referencias son: Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, 2a. ed., Madrid, CEC, 1992; Hesse, Konrad, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre, Sergio Fabris editor, 1998.

LA LIBERTAD EN TIEMPOS ADVERSOS.
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS ESTADOS
DE EXCEPCIÓN. EXPERIENCIA
DEL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO

Néstor OSUNA PATIÑO*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los estados de excepción.* III. *La patológica historia del estado de sitio en Colombia.* IV. *El régimen colombiano vigente de estados de excepción.* V. *Los límites a la suspensión de los derechos. Integración entre el régimen colombiano y la Convención Americana de Derechos Humanos.* VI. *Las restricciones a la libertad en razón de la lucha contra la criminalidad organizadora y el terrorismo.*

I. INTRODUCCIÓN

En el periodo que es objeto de análisis en este encuentro académico (1978-2008) se presentaron notables avances en toda América Latina, en la proclamación, vigencia y garantías de los derechos y libertades de las personas. Además de las conquistas constitucionales de cada país, ha tenido lugar la progresiva internacionalización del régimen de las libertades, en especial por la creciente importancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se ha venido integrando a la cultura jurídica continental. Sin embargo, también en estos lustros nuestras sociedades han padecido fenómenos de criminalidad organizada que han llegado a tener evidente poder desestabilizador, así como sucesivas crisis sociales y, en los años más recientes, actos de terrorismo, fenómenos estos que han traído como respuesta institucional el diseño de políticas públicas

* Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad Externado de Colombia.

que suponen un recorte muy significativo a ese régimen de derechos y libertades que se ha construido en medio de tantas dificultades. En Colombia hemos padecido, además, un conflicto armado interno que aún no ha podido ser conjurado de modo definitivo y que también ha tenido efectos nocivos sobre el espectro de las libertades fundamentales.

Estas circunstancias de la vida contemporánea son una permanente amenaza al régimen constitucional de los derechos y libertades, y frente a ellas se acepta, tal vez sin beneficio de inventario, que es procedente la suspensión o restricción de los derechos fundamentales y sus garantías frente a los fenómenos que afligen a la población, porque se ha propagado con enorme éxito el dilema falso de contraposición entre seguridad y libertad. Ciertamente muchas de las medidas con las que hoy se enfrentan el terrorismo y la delincuencia organizada tienen como efecto difundir en la opinión pública una especie de *cultura del miedo*, que lleva a la población a renunciar a sus derechos con resignación, aunque no se logre el efecto prometido de erradicar los factores perturbadores que se han invocado para restringir las libertades.

Como precaución frente a lo anterior el derecho constitucional y el derecho internacional prevén cada vez con mayor grado de detalle los *estados o regímenes de excepción*, y al respecto se presentan avances que se deben destacar, pero pareciera también que esta figura comienza a resultar inadecuada para proteger las libertades en tiempos de crisis, como quiera que, cada vez con mayor frecuencia, aunque se omite la declaratoria de un estado de excepción, se expiden leyes que formalmente son ordinarias, o se diseñan políticas públicas con vocación de permanencia, cuyo contenido restringe fuertemente algunas libertades, y que se aceptan, aunque sean contrarias a la letra o al espíritu de las Constituciones y de los tratados de derechos humanos, por cuanto vienen presentadas con esa especie de patente de corso en la que se ha convertido el lema de lucha contra el terrorismo.

En ese marco, este escrito analiza los límites que en virtud de las provisiones constitucionales y del derecho internacional tiene la potestad estatal de limitar o suspender los derechos y libertades en las situaciones que se han enunciado. El estudio se hace en perspectiva histórica y con referencias a varios ordenamientos latinoamericanos, aunque su objeto específico es el constitucionalismo colombiano y el régimen interamericano de protección de derechos humanos.

II. LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

Ya desde hace un siglo el constitucionalismo tiene precisadas las premisas básicas de los estados de excepción del siguiente modo: en primer lugar, la defensa del Estado y de la seguridad pública sólo es compatible con el Estado constitucional en la medida en que ello esté previsto en la Constitución y no abandonado a la discrecionalidad de quien tiene atribuciones de mando para enfrentar las crisis; en segundo lugar, se rechaza la idea de una simple suspensión de la Constitución, por los enormes riesgos que ello entraña, pero paradójicamente se ha justificado siempre la posibilidad de restringir, limitar o suspender temporalmente el ejercicio de algunos derechos fundamentales, como medida necesaria para enfrentar las situaciones de anormalidad; por último, no se requiere una regulación pormenorizada del régimen de excepción en la Constitución, pues es válida una remisión a la ley para que allí se establezca el detalle de los casos que ameritan la declaratoria de emergencia y las medidas que se pueden adoptar en tales circunstancias.¹ Cabe agregar que en la segunda mitad del siglo XX, la determinación de los límites de los estados de excepción ha sido también materia de regulación en instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos, en especial en la Convención Americana de Derechos Humanos (1966) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966, aunque entró en vigor en 1976).

La doctrina del derecho constitucional admite, en ese orden de ideas, que es deseable que las Constituciones consagren y definan los presupuestos de los estados de excepción, para evitar que se acuda a principios de necesidad extra o supraconstitucionales, susceptibles de manipulación en favor de una cualquiera razón de estado, de seguridad, o de orden público, invocada por quienes tienen capacidad de mando en el momento de la crisis (la idea clásica de *dictator* se asocia precisamente a situaciones de necesidad), sin ninguna protección constitucional frente a ello para los ciudadanos. En este sentido, se puede acoger la afirmación de Klaus Stern, según la cual cuanto

¹ Gomes Canotilho, J. J., *Dereito constitucional e teoria da constituicao*, 3a ed., Coimbra, Almedina, 1999, pp. 1013-1017. Véase también Cruz Villalón, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984; Zovatto, Daniel, *Los estados de excepción y los derechos humanos en la América Latina*, Caracas/San José, Editorial Jurídica Venezolana-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.

más un Estado se torna constitucional, tanto más se impone la regulación constitucional del derecho de necesidad.

El derecho comparado ofrece diversas técnicas de regulación constitucional de los estados de anormalidad, que pueden clasificarse, siguiendo a Gomes Canotilho, en los sistemas de poderes implícitos, la cláusula de plenos poderes, el *Indemnity bill* y los estados de excepción propiamente dichos.

Existen poderes implícitos cuando la Constitución apenas se refiere a las situaciones de excepción, o cuando tan solo señala la competencia para declarar la anormalidad. Ejemplo de ello es el régimen de los Estados Unidos, en donde la mayor parte de las situaciones de emergencia se enfrentan con los llamados *implied and inherent powers*, o en la cláusula general de los poderes de guerra. Por el contrario, existe una cláusula de plenos poderes cuando se autoriza a una autoridad, normalmente el jefe del Estado o del gobierno, para tomar *todas las medidas que se consideren necesarias para enfrentar la crisis*, lo cual, ciertamente, es un forma de dictadura. Esa es, por cierto, la técnica que emplea la Constitución francesa de 1958. El *Indemnity bill*, que puede traducirse como una patente de inmunidad, típico de Inglaterra, consiste en una especie de absolución posterior, en virtud de la cual el parlamento “legaliza” las actuaciones del gobierno consideradas ilícitas en el momento de su práctica, y así exime de responsabilidad penal o civil a los miembros del gobierno cuando, en casos de emergencia, hayan violado las Constituciones o las leyes.²

Los estados de excepción, propiamente dichos, consisten en el mantenimiento del orden constitucional incluso en situaciones de crisis, si bien con la previsión de una serie de competencias extraordinarias, taxativamente enumeradas, que suponen la suspensión algunos de los términos de la propia Constitución. De este modo, la doctrina suele mencionar como elementos integrantes del derecho de excepción:

1. La definición de la situación de emergencia.
2. La determinación de la competencia para apreciar la presencia de dicha situación y, consiguientemente, la facultad para *declarar* el estado excepcional, es decir, para decidir el recurso a las medidas previstas en el derecho de excepción.
3. La determinación de estas mismas medidas, taxativamente enumeradas.
4. Eventualmente, una serie de garantías adicionales previstas frente a la hi-

² Gomes Canotilho, *op., cit.*, pp. 1020 y 1021.

pótesis de una utilización abusiva de las competencias extraordinarias derivadas del derecho de excepción.³

Por lo que se refiere al constitucionalismo latinoamericano, es necesario aceptar que si bien en la actualidad se presenta una tendencia consagración de estados de excepción detallados en las Constituciones, la tradición constitucional indica que también han tenido reconocimiento constitucional en nuestro continente las figuras del estado de sitio y de los poderes o facultades extraordinarios, que apuntarían más hacia los regímenes con cláusulas de poderes implícitos o de plenos poderes. Dentro de esta línea se encuentran las dos Constituciones de más larga data dentro del contexto latinoamericano: la argentina y la mexicana. La primera se limita a consagrar la institución del estado de sitio, mientras que la segunda faculta al presidente para adoptar medidas excepcionales para hacer frente a diversas situaciones originadas por invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquiera otra que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, sin entrar a denominar o calificar estado de excepción algúnum. El constitucionalismo colombiano anterior a la Constitución de 1991 también conoció la figura del estado de sitio, que fue incorporado desde finales del siglo XIX, y al cual se le añadió, desde 1968, otra figura de excepción que aún se conserva, denominada *emergencia económica*.

Sin embargo, los textos constitucionales más recientes establecen, con obvias diferencias nacionales, sistemas genuinos de estados de excepción y, en cierta forma, permiten una gradación entre ellos de acuerdo con la naturaleza de la amenaza. Siete constituciones latinoamericanas consagran más de un estado de excepción. Son las de Brasil, Colombia, Chile, Guatemala, Perú, República Dominicana y Venezuela. Las circunstancias que se reconocen como causantes de la puesta en marcha de las diversas instituciones de excepción están localizadas en problemas de orden bélico, netamente políticos, o en hechos de naturaleza física o económica. Así, de acuerdo a la mayor o menor gravedad de los acontecimientos excepcionales a los que han de enfrentarse, tenemos el llamado estado de guerra (Colombia, Brasil, Guatemala, Chile), que tienen como denominador común activarse en casos de conflicto armado internacional o como respuesta a la invasión del territorio nacional o a una agresión extranjera. Para enfrentar hechos extraordinarios de naturaleza interna tenemos

³ Cruz Villalón, P., *op. cit.*, pp. 32 y 33.

el estado de sitio (Brasil, Chile, Guatemala, Perú, República Dominicana) y el de conmoción interior (Colombia, Venezuela). Para los casos en que catástrofes o calamidades naturales sean las causas detonantes, el estado de defensa en Brasil; de catástrofe en Chile; los de alarma y emergencia en Venezuela; el de calamidad pública en Guatemala; o el de emergencia en Colombia y Perú.⁴ En Colombia y en Venezuela el estado de emergencia se prevé también para coyunturas económicas que no puedan enfrentarse con los mecanismos institucionales ordinarios.

III. LA PATOLÓGICA HISTORIA DEL ESTADO DE SITIO EN COLOMBIA

Tal como acaba de enunciarse, en el constitucionalismo tradicional colombiano, y con ello me refiero al régimen vigente desde finales del siglo XIX hasta el 1991, dos hechos tan disímiles como la guerra exterior y la “conmoción interna” recibían igual tratamiento por la Constitución, el cual se denominaba “estado de sitio”, y podía ser declarado por el presidente de la República, si estimaba que existían circunstancias que lo ameritaban. La Constitución otorgaba un enorme margen de discrecionalidad al presidente para determinar los hechos que ameritaban la declaratoria del “estado de sitio”, el cual, por lo demás, regía hasta cuando el propio presidente considerara que se había restablecido la normalidad.

Ello condujo a que la noción de conmoción interior fuese entendida en un sentido extremadamente amplio, lo que llevó a una expansión abusiva de las competencias del Ejecutivo bajo estados de excepción. En efecto, Colombia vivió en el siglo XX una situación de utilización permanente del estado de sitio, a tal punto que, al menos en la segunda mitad del siglo, fueron más los años de excepción que los de normalidad (37 de 50 años bajo estado de sitio), y para constreñirnos al lapso que es objeto de análisis en este congreso académico, es decir, entre 1978 y 2008, si se hace un corte al momento de la expedición de la Constitución de 1991, se tiene que en los trece años que van de 1978 a 1991 el estado de sitio

⁴ Delfino, Ma. de los Ángeles, “El desarrollo de los estados de excepción en las Constituciones de América Latina”, *Constitución y constitucionalismo hoy: cincuentenario del derecho constitucional comparado de Manuel García Pelayo*, Caracas, Fundación García Pelayo, 2000, pp. 515-517.

rigió durante más de doce,⁵ es decir, prácticamente de modo permanente, lo cual significa que en Colombia se vivió una suspensión permanente de los derechos fundamentales, que quedaban supeditados a las decisiones presidenciales, en especial ante la inocuidad de los controles previstos y los excesos autoritarios en los que siempre incurrió el ejecutivo cuando invocaba esas facultades de excepción. No en vano el ilustre constitucionalista colombiano Carlos Restrepo Piedrahita calificó al estado de sitio como un genuino foco de necrosis constitucional.⁶

Es cierto que la Constitución establecía un mecanismo de control parlamentario en estos casos, pero ello se limitó siempre, en la práctica, a un visto bueno otorgado *a posteriori* por las cámaras, frente a la actuación del ejecutivo. En cuanto al control judicial de constitucionalidad de los decretos de estado de sitio, que le correspondía a la Corte Suprema de Justicia, el mismo se restringió también, con unas pocas excepciones, a una mera comprobación del cumplimiento de las formalidades propias de tales decretos.

Así pues, con el propósito manifiesto de conjurar leves o incluso hipotéticas amenazas al orden público interno, los sucesivos gobiernos recurrieron al expediente de las facultades extraordinarias que les acordaba la Constitución para tiempos de anormalidad, lo que condujo a que de modo paulatino pero cierto se desdibujaran las diferencias entre regla y excepción, normalidad y anormalidad, temporalidad y permanencia.⁷

Tales medidas autoritarias de excepción, que crearon un ambiente de minusvaloración y hasta de demonización de las reivindicaciones de derechos humanos, nunca fueron útiles, sin embargo, para frenar el progresivo proceso de deterioro de las instituciones políticas y de las pautas más elementales de convivencia que operó en el último medio siglo, y

⁵ Cfr. García Villegas, Mauricio, “Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997”, en Sousa Santos, Boaventura de, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis socio-jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre editores, 2001, t. I, pp. 327-329.

⁶ Restrepo Piedrahita, Carlos, *Las facultades extraordinarias, historia de una transfiguración*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1974.

⁷ Ramelli, Alejandro, capítulo VII, titulado “La calificación jurídico-política de una situación de violencia interna por los órganos políticos del Estado”, de su obra *La Constitución colombiana y el derecho internacional humanitario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 419-473.

que a partir de mediados de los años ochenta significaron una afrenta a la supervivencia misma de la sociedad y de las instituciones.

Así pues, no es de extrañar que existan diversos estudios y clasificaciones sobre las perversidades del estado de sitio. Entre ellas, debe resaltar la elaborada por el sociólogo del derecho Mauricio García Villegas, quien propone, para la segunda mitad del siglo veinte, tres periodos diferenciados sobre las finalidades y estrategias del estado de sitio. El primero de ellos se inicia en 1957 y va hasta 1978. Durante este tiempo aumentaron progresivamente las protestas ciudadanas y creció la apatía política en amplios sectores de la población. Inicialmente el estado de sitio fue utilizado en las ciudades para reprimir las manifestaciones de descontento, así como para resolver problemas derivados de la crisis económica heredada de la época denominada “de la Violencia”. En el campo se vivía una situación de guerra contra la subversión guerrillera naciente y contra los pocos reductos de esa “violencia”. Mientras en las ciudades se restringían los derechos ciudadanos con el fin de contrarrestar las manifestaciones políticas, en las zonas rurales se utilizaban las facultades para reprimir a la subversión. De otra parte, la intervención de los entes encargados del control —tanto constitucional como político— fue prácticamente nula.

El segundo periodo se inicia en 1978 y termina en 1990. En estos años la excepción perdió fuerza como instrumento de control social —en parte por la disminución de las manifestaciones políticas de estudiantes y obreros— y ganó importancia como instrumento de represión de las actividades ilegales del narcotráfico y la subversión. En esta época se introdujeron algunos límites, por vía jurisprudencial, a las facultades policivas y judiciales del ejecutivo, como lo fue la prohibición de juzgamiento de civiles por tribunales militares. En esta época, en general, se hizo visible la ineficacia creciente del aparato represivo para controlar al narcotráfico y a la subversión.

El tercer periodo se inicia con la promulgación de la Constitución de 1991 y se extiende hasta la actualidad, (en el escrito de García Villegas, al menos hasta la fecha de su publicación). Desde los últimos años de la década de los ochenta los movimientos populares se debilitaron y disminuyeron las protestas organizadas por los sindicatos y los movimientos estudiantiles. El *estado de conmoción* —nuevo nombre del antiguo esta-

do de sitio— perdió su carácter permanente debido a la restricción temporal contenida en el artículo 213 de la nueva Constitución.⁸

Otra señal patológica del estado de sitio colombiano se encuentra en las varias leyes ordinarias mediante las cuales se han incorporado de modo permanente al ordenamiento jurídico las normas expedidas con carácter “transitorio” por los decretos de estado de sitio. Debe resaltarse que partir del año 1991 la situación varió notablemente con la expedición de la actual Constitución, pese a lo cual, el balance general del período es inocultablemente negativo, y así mismo, es fundada la preocupación por la restricción de las libertades para enfrentar a la delincuencia organizada y al terrorismo mediante medidas que ya no se sirven de los estados de excepción, sino que se proponen con carácter permanente y ordinario. Dentro de ellas, cabe mencionar el desafortunado episodio jurídico que tuvo lugar en Colombia entre los años 2003 y 2004, consistente en la aprobación por el Congreso de la República, a iniciativa gubernamental, de nada menos que una enmienda constitucional que restringía de modo notable los derechos a la libertad física, a la intimidad y a la locomoción de todos los colombianos con el pretexto de enfrentar la criminalidad organizada.⁹ Tal reforma alcanzó a regir por algunos meses, pero fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional en el año 2004, y así se volvió al texto original de la Constitución en estas materias.¹⁰

IV. EL RÉGIMEN COLOMBIANO VIGENTE DE ESTADOS DE EXCEPCIÓN

La Constitución colombiana actual contiene una verdadera réplica al estado de cosas que se acaba de describir. Establece tres tipos de estados de excepción, denominados “guerra exterior”, “conmoción interior” y “emergencia” (esta última puede ser económica, ecológica, social u ocasionada por una calamidad pública), con alto grado de detalle en su regulación y con límites sustantivos y temporales al uso de las facultades excepcionales del Ejecutivo. Además, establece el control automático de constitucionalidad

⁸ García Villegas, Mauricio, *op. cit.*, pp. 328 y 329.

⁹ Acto Legislativo 2 de 2003, publicado en el *Diario Oficial*, 45.406, del 19 de diciembre de 2003.

¹⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-816 de 2004, del 30 de agosto de 2004.

dad, ante la Corte Constitucional, de todos los decretos que expida el gobierno nacional en uso de estas atribuciones.

La siguiente es una descripción del marco normativo de los actuales estados de excepción:

a) El presidente de la República, en exclusiva, tiene la potestad constitucional de declarar la ocurrencia de cualquiera de los estados de excepción, pero debe contar siempre con la firma de todos los ministros, quienes son responsables, junto con el jefe de Estado, por cualquier abuso en el ejercicio de estas atribuciones.

b) Salvo para el caso de guerra exterior, la Constitución establece límites temporales precisos al empleo de los estados de excepción: en el caso de la conmoción interior ese plazo es de noventa días, prorrogable hasta por dos ocasiones, pero para la segunda prórroga se requiere permiso previo del Senado de la República, y en el caso de la emergencia, sólo se puede decretar tal estado por plazos máximos de treinta días, y nunca por más de noventa días en un año calendario. Las consecuencias de esta restricción temporal son evidentes: en los dieciocho años de vigencia de la Constitución los estados de excepción, por fin, han sido excepcionales. El estado de conmoción interior se ha declarado en cinco ocasiones y prorrogado en cuatro, por periodos que, sumados, no llegan a un año.¹¹ De esos decretos, cuatro han sido declarados inconstitucionales por la Corte Constitucional (dos decretos de declaratoria, dos de prórroga en los cuales el decreto inicial sí había superado el examen de constitucionalidad).¹² En cuanto al estado de emergencia, se ha empleado en ocho ocasiones, contadas tanto las declaratorias como las prórrogas,¹³ y en una de ellas la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de esa emergencia.¹⁴

c) En los estados de guerra y conmoción el presidente de la República puede suspender las leyes que considere contrarias a la situación anormal y en el de emergencia puede proferir decretos con fuerza de ley, lo cual

¹¹ Decretos 1155 de 1992, 1793 de 1992, 874 de 1994, 1370 de 1995, 1900 de 1995, 1837 de 2002, 2555 de 2002, 195 de 2003 y 3929 de 2008.

¹² Sentencias de la Corte Constitucional C-300 de 1994, C-466 de 199, C-327 de 2003, C-70 de 2009.

¹³ Decretos 333 de 1992, 680 de 1992, 1178 de 1994, 80 de 1997, 2330 de 1998, 195 de 1999, 4333 de 2008 y 4704 de 2008.

¹⁴ Sentencia de la Corte Constitucional C-122 de 2007.

parecería enmarcar estas figuras en el tipo de “cláusulas de plenos poderes”, de estrecha cercanía con la dictadura constitucional, por cuanto las facultades extraordinarias no aparecen detalladas y porque la competencia para declarar la excepción corresponde de modo exclusivo al presidente de la República. Sin embargo, la aceptación por Colombia del régimen establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, así como varias normas constitucionales que son comunes a los estados de guerra exterior y de conmoción interior, a lo cual se agregan los límites establecidos legalmente (ley 137 de 1994) y la jurisprudencia interna con la que se cuenta en materia de constitucionalidad de los regímenes de excepción, permiten catalogar la figura como de genuinos estados de excepción.

En efecto, la propia Constitución establece los principios de subsidiariedad, necesidad y proporcionalidad en los regímenes de excepción, y prohíbe la suspensión de los derechos humanos, a la vez que impone, en todo caso, el respeto de las reglas del derecho internacional humanitario.

De igual modo, la Constitución establece que los estados de excepción no interrumpen el normal funcionamiento de las ramas del poder público, que tan pronto como hayan cesado la guerra exterior o las causas que dieron lugar al estado de conmoción interior, el gobierno declarará restablecido el orden público y levantará el estado de excepción.

La dinámica de los estados de excepción en estos 18 años de vigencia de la Constitución indica que el presidente de la República sigue siendo efectivamente quien tiene, en exclusiva, la facultad para apreciar los hechos y circunstancias de anormalidad que se presenten y para decidir si ello amerita la declaratoria de alguno de los estados de excepción. Esa facultad de apreciación de los hechos por parte del Ejecutivo lleva en sí misma una dosis de discrecionalidad, máxime cuando la Constitución utiliza conceptos indeterminados en su descripción de los estados de excepción. Sin embargo, como expresa una sentencia de la Corte Constitucional colombiana, el ejecutivo no puede “ignorar la existencia real de los hechos que dan base a sus calificaciones, ni sustraerse al escrutinio lógico y racional del nexo de probabilidad que pueda enlazarse a sus manifestaciones y previsiones, así como de la misma congruencia de su argumentación a la luz de las circunstancias cuya existencia proclama”.

Así mismo, el control judicial sobre los decretos que el presidente expide en el curso de los estados de excepción y que compete examinar a la Corte Constitucional, representa otro límite a la discrecionalidad presi-

dencial.¹⁵ Según lo ha afirmado la Corte en diversas sentencias, el gobierno no puede arbitrariamente definir cualquier circunstancia como sobreviniente y gravemente perturbadora del orden. La inclusión en la Constitución de una cláusula general, o de un concepto jurídico indeterminado, o de una fórmula abierta, no inhibe a la Corte Constitucional para efectuar el correspondiente juicio sobre la adecuación del acto bajo su control con respecto a los parámetros constitucionales.¹⁶

En efecto, la Corte Constitucional tiene en cuenta que un juicio de existencia sobre el presupuesto objetivo de una eventual declaratoria, en cuanto está ligado a conceptos complejos que envuelven criterios de valoración no estrictamente técnicos, como gravedad, inminencia, o amenaza, debe necesariamente representar un margen de discreta apreciación por parte del presidente que, de todas maneras, no es en todo discrecional, pues no puede ignorar la existencia real de los hechos que dan base a sus calificaciones, ni sustraerse a un escrutinio lógico y racional del nexo de probabilidad que pueda enlazarse a sus manifestaciones y previsiones, así como de la misma congruencia de su argumentación a la luz de las circunstancias cuya existencia se proclama. Se deduce de lo anterior, la necesidad perentoria de motivar adecuadamente los decretos que declaren la emergencia y acreditar, por parte del presidente, la efectiva ocurrencia de las causales que se alegan para la misma. La Corte, por su parte, acudirá a todos los medios a su alcance para ilustrar su juicio sobre la efectiva ocurrencia de las causales y motivos aducidos por el gobierno para declarar cualquier estado de excepción.¹⁷

En otros términos, la Corte Constitucional ha entendido que la Constitución establece exigencias materiales para que pueda ser declarado un estado de excepción. La valoración de las mismas es dejada a la apreciación razonable del Ejecutivo pero sujeta a la verificación de la Corte Constitucional —para efectos del control material de la declaratoria— y del Congreso de la República —para efectos del control político—.¹⁸ Esa consideración le ha permitido en cinco ocasiones, declarar la inconstitu-

¹⁵ Véase Reales Gutiérrez, Clara, “El control de los decretos declaratorios de los estados de excepción”, *Teoría constitucional y políticas públicas: bases críticas para una discusión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 615-713.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-004 de 1992.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 1994.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-366 de 1994.

cionalidad de decretos que declaraban la conmoción interior o la emergencia económica, o sus prórrogas. La declaración de inconstitucionalidad se motivó en que los hechos señalados por el presidente no tenían las características de intempestivos o suficientemente graves como para justificar las medidas de excepción, aunque ciertamente los hechos aducidos por el gobierno sí eran ciertos.

Al respecto, también debe hacerse mención de que la Corte Constitucional ha entendido que de la Constitución y de la ley surge la regla de la subsidiariedad, en virtud de la cual la utilización de los estados de excepción se supedita a la imposibilidad o insuperable insuficiencia de las instituciones de la normalidad para resolver los problemas y crisis que afecten o amenacen a la sociedad. Así, por ejemplo, en alguna ocasión, en el año 1997, la Corte declaró la inconstitucionalidad de una declaratoria de emergencia económica por cuanto consideró que:

un hecho puede parecer a una sociedad extraordinario y sorprenderla sin conocimientos o instrumentos adecuados para evitar, corregir o morigerar sus efectos perniciosos. Sin embargo, si en su interior su riqueza institucional le brinda mecanismos para captar y adaptarse a la novedad, ésta difícilmente podrá considerarse en sí misma extraordinaria.

Y en otra ocasión, entre las motivaciones para declarar la inconstitucionalidad de una declaratoria de conmoción interior, en 1995, consideró lo siguiente:

No le queda duda a la Corte de que la existencia de fenómenos delincuenciales de ocurrencia diaria, tales como los atracos callejeros, el hurto de vehículos, la piratería terrestre, los abusos sexuales; o de ocurrencia frecuente como las “masacres”, los ataques de grupos subversivos y paramilitares contra personal civil y la fuerza pública, la toma de poblaciones, el secuestro, el narcotráfico, etc., son hechos notorios que vienen azotando a la sociedad, desde tiempo atrás, causando intranquilidad, zozobra y desconcierto entre la ciudadanía, sin que hasta la fecha estos acontecimientos se hayan podido contrarrestar con acciones eficaces, ni el gobierno haya hecho uso de los mecanismos ordinarios de que dispone, para atender al progresivo deterioro de la situación de orden público, como si su actitud debiera consistir en esperar que la acumulación de males se hiciera insostenible, para tratarlos con medidas de excepción, bajo la vigencia de un régimen restrictivo de libertades. Los hechos narrados no tienen el carácter

de coyunturales, transitorios ni excepcionales, que deban ser conjurados mediante medidas de excepción, sino que constituyen patologías arraigadas que merecen tratamiento distinto por medio de los mecanismos ordinarios con que cuenta el Estado para sortear problemas funcionales y estructurales normales.¹⁹

En la actualidad la Corte Constitucional colombiana controla la constitucionalidad, tanto de los decretos que declaran el estado de excepción, como de las medidas que se toman en desarrollo de tales estados excepcionales. Este control tiene carácter automático, es decir, no se requiere de ninguna demanda para que la Corte asuma el juzgamiento del decreto. Se prevé la posibilidad de participación de cualquier ciudadano en el trámite ante la Corte, para defender o impugnar la constitucionalidad de los decretos de excepción.

El control de constitucionalidad de los estados de excepción se ha fortalecido significativamente desde que entró en vigencia la Constitución de 1991. Cinco declaratorias de excepción o de prórroga han sido declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional. Ciertamente, la presencia de estos límites jurídico-racionales a los poderes de excepción es tanto más necesaria en cuanto aumenta la intensidad del factor perturbador, ya que aquellos constituyen, a no dudarlo, verdaderos y necesarios contrapesos que aseguran la supervivencia misma del sistema. En palabras de la propia Corte Constitucional: “la razón de ser de estos mecanismos de control estriba en conciliar la necesaria eficacia de las instituciones de excepción con la máxima preservación posible, en circunstancias excepcionales, de los principios esenciales del ordenamiento amenazado”.

Así pues, en la panorámica de los últimos treinta años (1978-2008) cabe apreciar un notable avance en el diseño constitucional colombiano en materia de los estados de excepción, con incidencia directa en una mejor protección de los derechos fundamentales, que antes de la Constitución de 1991 se suspendían con enorme facilidad al decretar la ocurrencia del “estado de sitio”, pero que, a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución, sólo son limitados en los términos estrictos que ella establece, con el agregado de la plena incorporación, al derecho interno, del régimen internacional de protección de los derechos humanos estableci-

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-466 de 1995.

do en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

V. LOS LÍMITES A LA SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS.
INTEGRACIÓN ENTRE EL RÉGIMEN COLOMBIANO
Y LA CONVENCION AMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS

Puede afirmarse que la utilidad de la suspensión de los derechos fundamentales para superar las crisis es un dogma del derecho constitucional, esto es, una afirmación que no se controvierte pero que tampoco soporta ningún rigor probatorio. Precisamente por ello, los estados de excepción siguen siendo un talón de Aquiles del constitucionalismo contemporáneo. Ante ello, el derecho internacional se ha erigido como última garantía de protección de los derechos humanos en los estados de excepción. La Convención Americana de Derechos Humanos establece que los estados parte, entre los que se encuentra Colombia, pueden suspender los derechos que se han comprometido a respetar por encontrarse en estado de excepción, pero siempre que esta suspensión no traiga consigo ninguna discriminación fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Además, este tratado internacional prohíbe de modo explícito (artículo 27), la suspensión de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, al nombre, a la nacionalidad, así como la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, el principio de legalidad y de retroactividad, las libertades de conciencia y de religión, la protección de la familia, el derecho al nombre, los derechos de los niños, el derecho a la nacionalidad, los derechos políticos y las garantías judiciales indispensables para la protección de todos los anteriores. En armonía con ello, la ley 137 de 1994 establece un catálogo de derechos que no pueden ser suspendidos, así como unos límites para la suspensión de aquellos que sí pueden serlo. Estos derechos constituyen entonces los *derechos absolutos o intangibles*,²⁰ en el entendido de que, a diferencia

²⁰ O'Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004, p. 1004.

de los demás, su ejercicio no puede ser suspendido en ningún caso, por grave que sea la situación que se presente en el Estado parte.

No está claro el criterio que tuvieron los Estados negociadores a la hora de elegir éstos derechos para darles el carácter de *absolutos*.²¹ Sin embargo, la doctrina indica que las razones de su elección parecen ser dos: en primer lugar, “aquellos derechos que son muy básicos, como el derecho a la vida y el derecho a no ser torturado, que son, además, normas imperativas del derecho internacional”.²² En segundo lugar, “los derechos cuya restricción no podría, en principio, tener relevancia en el tratamiento efectivo de la situación de emergencia, como, por ejemplo, el derecho al nombre que se estipula en el artículo 18 de la Convención”.²³ Asimismo, por su cercanía histórica, no se puede descartar la influencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en este tema, pues aunque no son idénticos, ambos instrumentos incluyen en esta categoría el derecho a la vida, a la integridad personal, la prohibición de la esclavitud y servidumbre, el principio de legalidad y retroactividad y la libertad de conciencia y de religión.

La inclusión en ésta lista de los derechos políticos (artículo 23), parece tener como base la experiencia regional. Según la doctrina se debe a

la larga historia de amenazas a la participación política en el continente americano, donde la suspensión de las garantías constitucionales bajo situaciones de emergencia ha resultado frecuentemente en la suspensión de todos los derechos políticos por largos periodos de tiempo.²⁴

El derecho que más ha ocupado la atención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la imposibilidad de suspenderlo es la prohibición de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes, como parte del derecho a la integridad personal. La Corte Interamericana ha sostenido que esta norma tiene carácter de *ius cogens*²⁵ y que

²¹ Medina Quiroga, Cecilia, “Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 263.

²² *Idem*.

²³ *Idem*.

²⁴ Medina Quiroga, *op. cit.*, p. 263.

²⁵ Corte IDH. Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C núm. 123, párrafo 100.

todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana en violación del artículo 5 de la Convención Americana. Las necesidades de la investigación y las dificultades innegables del combate al terrorismo no deben acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona.²⁶

Específicamente, respecto de la proscripción de la tortura, ha indicado:

que está estrictamente prohibida por el derecho internacional de los derechos humanos. La prohibición de la tortura es absoluta e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, “lucha contra el terrorismo” y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas. Se ha conformado un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, régimen que pertenece hoy día al dominio de *ius cogens* internacional.²⁷

Respecto de los derechos políticos (artículo 23), se ha indicado que la imposibilidad de su suspensión puede ser difícil de observar en la práctica, especialmente en el caso de guerra.²⁸ Sin embargo, otra parte de la doctrina ha señalado que:

Sólo la sección b [del artículo 23], que consagra el derecho a votar y a ser elegido, podría plantear un problema, ya que se podría decir que hay muchas circunstancias en la vida de una nación en las que la organiza-

²⁶ Cfr. Corte IDH, Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 30 de mayo de 1999, Serie C Núm. 52, párrafos 196 y 197. En el mismo sentido, Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C núm. 112, párrafo. 157; Corte IDH, Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C núm. 33, párrafos 57 y 58.

²⁷ Cfr. Corte IDH, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 8 de julio de 2004, Serie C núm. 110, párrafo 111. En el mismo sentido, Corte IDH, Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de noviembre de 2003, Serie C núm. 103, párrafo 89; Corte IDH, Caso Cantoral Benavides vs. Perú, Fondo, Sentencia del 18 de agosto de 2000, Serie C núm. 69, párrafo 95.

²⁸ Buergerthal, “The American Convention on Human Rights: Illusion and Hopes”, *Buffalo Law Review*, vol. XXI, 1971-72, pp. 121-136.

ción de una elección puede ser difícil e incluso imposible. Se puede pensar en una catástrofe natural o en una guerra. Para analizar el punto, habría que considerar que se habla de suspensión temporal de un derecho cuando existe la decisión de suspender un derecho que, de no ser por la suspensión, podría materialmente ser ejercido. Podría argumentarse que, en caso de una catástrofe natural o una guerra, existe una imposibilidad de ejercer el derecho a voto causada por eventos más allá del control de las autoridades, y no una suspensión.

Además de los asuntos interpretativos que se acaban de relacionar, sobre el artículo 27.2 de la Convención, existe un importante acervo conceptual y jurisprudencial sobre la prohibición de suspender las garantías de esos derechos, como quiera que allí, más incluso en en la suspensión del derecho sustancial, puede vulnerarse la exigencia del tratado internacional. En este orden de ideas, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha concentrado en mayor medida en determinar cuáles son las garantías que no son susceptibles de suspensión.

El numeral segundo del artículo 27 de la Convención Americana amplía la prohibición a todas aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos que no son susceptibles de suspensión. Así ha quedado dicho en la Opinión Consultiva núm. 8 de 1987:

En condiciones de grave emergencia es lícito suspender temporalmente ciertos derechos y libertades cuyo ejercicio pleno, en condiciones de normalidad, debe ser respetados y garantizados por el Estado pero, como no todos ellos admiten esa suspensión transitoria, es necesario que también subsistan las garantías judiciales indispensables para [su] protección.²⁹

La Convención no señaló, específicamente, cuáles son las *garantías judiciales indispensables* que no se pueden suspender. Por ello, el gobierno de Uruguay sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de opinión consultiva sobre “el alcance de la prohibición de suspender las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos mencionados en el artículo 27.2 de la Convención”,³⁰ con el objetivo de que ésta diera su opinión en cuanto la determinación de esas *garantías judiciales*

²⁹ Cfr. *ibidem*; párrafo 27.

³⁰ Cfr. Opinión Consultiva OC-9/87; “Garantías judiciales en estados de emergencia”, párrafo 1.

indispensables. La Corte Interamericana dio respuesta a esa solicitud mediante la Opinión Consultiva núm. 9 de 1987. Allí sostuvo que:

deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el artículo 27.2 de la Convención, el hábeas corpus (artículo 7.6), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (artí o tribunales competentes 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención.³¹

En cuanto a los procesos tipo amparo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “la garantía consagrada en el artículo 25 [...] es aplicable a los derechos no susceptibles de suspensión en estado de emergencia”,³² dado que “el artículo 27.2 no vincula esas garantías judiciales a ninguna disposición individualizada de la convención”, siendo lo único importante es que dichos procedimientos judiciales sean indispensables para garantizar esos derechos. Para que una garantía sea indispensable, se requiere que “sea realmente idónea para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”.³³ En este sentido, en palabras de esta Corte, “es violatoria de la Convención toda disposición adoptada por virtud del estado de emergencia, que redunde en la supresión de esas garantías”.³⁴

El *habeas corpus* (numeral 6 del artículo 7 de la Convención), en su sentido clásico, tutela de manera directa la libertad personal o física contra detenciones arbitrarias por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad.³⁵ En este sentido, a primera vista parecería que el *habeas corpus* sería de aquellas garantías que podrían ser susceptibles de suspensión por parte de los Estados, puesto que la libertad personal, derecho protegido con ella, no es uno de aquellos derechos que no se puede suspender al tenor del numeral 2 del artículo 27 de la Convención.

³¹ Cfr. *ibidem*, párrafo 42.

³² Cfr. *op. cit.*, OC-8/87, párrafo 25.

³³ Cfr. *op. cit.*, OC-9/87, párrafo 24.

³⁴ Cfr. *ibidem*, párrafo 26.

³⁵ Cfr. *op. cit.*, OC-8/87, párrafo 33.

Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el *habeas corpus*, al exigir la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada:

Sirve como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.³⁶

Derechos que no son susceptibles de suspensión según el numeral 2 del artículo 27 de la Convención. Por ello, el *habeas corpus* no es susceptible de ser suspendido en ningún caso.

La Corte fundamenta ésta conclusión en la experiencia sufrida por varias poblaciones del hemisferio americano en décadas recientes, particularmente por desapariciones, torturas y asesinatos cometidos o tolerados por algunos gobiernos. En palabras de la Corte, “esa realidad ha demostrado una y otra vez que el derecho a la vida y a la integridad personal son amenazados cuando el hábeas corpus es parcial o totalmente suspendido”.³⁷

Asimismo, a pesar de que el derecho al debido proceso (artículo 8 de la Convención) no está mencionado en el artículo 27.2 como uno de los que no puede ser suspendido, la Corte ha establecido que todas las garantías deberán adecuarse a los requerimientos exigidos por ese derecho. En la Opinión Consultiva núm. 9 de 1987, lo indicó en los siguientes términos:

Relacionado el artículo 8 con los artículos 7.6, 25 y 27.2 de la Convención, se concluye que los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales.³⁸

³⁶ *Cfr. op. cit.*, OC-9/87, párrafo 35.

³⁷ *Ibidem*, párrafo 36.

³⁸ *Cfr. op. cit.*, OC-9/87, párrafo 30.

VI. LAS RESTRICCIONES A LA LIBERTAD EN RAZÓN DE LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y EL TERRORISMO

Desde los espantosos atentados a las torres gemelas de 2001, el mundo entero vive una época de restricción generalizada a las libertades que se sustenta en la necesidad de protegerse contra el terrorismo. Las restricciones impuestas van más allá de lo que prudentemente podría justificarse, al punto que, tal y como recientemente lo ha manifestado la Comisión Internacional de Juristas,³⁹ numerosos Estados han caído en la trampa de responder al terrorismo con medidas que desconocen los valores humanistas y los marcos legales en que se funda el orden mundial contemporáneo, con medidas efectistas de corto plazo que ocasionan, sin embargo, graves resquebrajamientos institucionales y sociales a mediano y largo plazo.

Muchas de las medidas que se vienen tomando para enfrentar el terrorismo resultan absolutamente contrarias a la legalidad internacional, y en ese sentido, el análisis precedente sobre la prohibición de suspensión de derechos en el marco del sistema interamericano de derechos humanos adquiere nueva importancia, ya que lo que se ha afirmando en referencia a los estados de excepción, igualmente resulta aplicable a estos fenómenos de restricción de derechos por causas de criminalidad organizada y terrorismo. Nada justifica la tortura, ni la supresión de la intimidad, ni los tratos crueles, inhumanos o degradantes, y en ese sentido, es pertinente dar todo el relieve institucional posible a la jurisprudencia internacional analizada.

Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que las normas internacionales de derechos humanos hoy vigentes surgieron, precisamente, para regular el comportamiento de los Estados en tiempos de crisis, y que la terrible experiencia de la Segunda Guerra Mundial fue una fuente de inspiración, precisamente, de ese orden internacional basado en el respeto y protección de los derechos humanos. Así pues, las normas internacionales y constitucionales sobre derechos y libertades no pueden considerarse obstáculos para la lucha contra la criminalidad organizada y el terrorismo, pues por el contrario, son las mejores herramientas con las que cuenta el

³⁹ International Commission of Jurists, *Assessing damage, urging action, report of the eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-Terrorism and Human Rights*, Geneva, 2009. www.icj.org.

Estado para enfrentar con legitimidad a tan poderosos enemigos, quienes precisamente pueden señalar como triunfos los recortes que en virtud de sus actuaciones sobrevienen en la vigencia y protección de los derechos humanos. La difusión de la *cultura del miedo* desde ámbitos estatales constituye, en ese orden de ideas, una desafortunada regresión para la vigencia y goce de los derechos humanos.

DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA DEL SUR (1978-2008): TENDENCIAS Y DESAFÍOS

Gonzalo AGUILAR CAVALLO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La identidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas como un elemento distintivo del constitucionalismo americano*. III. *Interacción entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos: hacia un mayor reconocimiento de los DESC*. IV. *La influencia del sistema interamericano de derechos humanos sobre los órdenes nacionales*. V. *Forjamiento de un derecho americano de los derechos humanos*. VI. *Conclusión: dilemas y desafíos*. VII. *Anexos*.

I. INTRODUCCIÓN

Es indudable que durante los últimos 30 años, los países de América del Sur han atravesado muchos acontecimientos que han remecido su historia constitucional y política. Cambios de régimen, procesos democratizadores, innovaciones institucionales, reformas constitucionales y nuevas constituciones, avances y retrocesos en la protección de los derechos humanos y avances y retrocesos en la jurisdicción constitucional. Todos estos son ejemplos patentes de acontecimientos que han informado, enriquecido muchas veces, los procesos políticos constitucionales de los países sudamericanos.

Actualmente, enfrentamos momentos cruciales en los que América del Sur se encuentra en la encrucijada, en búsqueda de consolidación de un

* Doctor en derecho, profesor de Derecho Internacional Público y Derechos Humanos en la Universidad de Talca, Chile.

modelo político constitucional que asegure un Estado de derecho con una democracia verdaderamente representativa y multicultural, amplios espacios de participación ciudadana, el goce efectivo de todos los derechos humanos sin distinción alguna, y un desarrollo sustentable, inclusivo y con rostro humano.

Una de las características más notables del proceso democratizador americano, particularmente, entre los países de dicha región, es la simetría entre el proceso democratizador de los años ochenta y noventa y de normalidad constitucional, y la aceptación por parte de estos países de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH). Esto último resulta de la más alta relevancia ya que el sometimiento de un Estado al escrutinio de un órgano jurisdiccional internacional en cuanto al cumplimiento de los derechos humanos en la jurisdicción de dicho Estado, representa una demostración patente y relevante de la madurez y solidez democrática constitucional de ese Estado. Así, el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos en particular, se erige como un catalizador del nivel de cumplimiento, por parte de los Estados, de los derechos fundamentales garantizados en sus propias Constituciones, las cuales contienen “la ventana por donde ingresa el haz de luz” del derecho internacional de los derechos humanos.

América del Sur ha experimentado interesantes avances y también retrocesos en su evolución política-constitucional de las últimas décadas.¹ Sin embargo, uno de los aspectos que merece mayor atención son los procesos constituyentes que han experimentado Venezuela, Ecuador y Bolivia, y podrían experimentar otros países de la región. Estos procesos han traído como consecuencia, nuevas constituciones con un grado avanzado de reconocimiento y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC), configurándose así, como Constituciones muy progresistas—incluso a nivel mundial— en esta materia.

¹ Sobre este tema, véase Rivera, José Antonio, “La evolución político-institucional en Bolivia entre 1975-2005”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 2, 2008, pp. 173-210; Ortiz Gutiérrez, Julio, “La evolución político-constitucional de la República de Colombia 1976-2005”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 2, 2008, pp. 247-300; Ayala Corao, Carlos y Casal, Jesús María, “La evolución político-institucional de Venezuela 1975-2005”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 2, 2008, pp. 435-499.

Sin embargo, en términos simples, el problema es que mientras en muchos países que han alcanzado un avanzado estado de cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, ello se ha logrado sin necesidad de una reforma a la constitución y muchas veces con simples y escuetas elaboraciones de principios sociales generales contenidos en sus cartas fundamentales, en América del Sur, incluso mediante reformas constitucionales y amplios desarrollos normativos, ni aún así se obtiene que los Estados —en la práctica, en el cotidiano constitucional- cumplan y satisfagan plenamente los DESC. Dicho de otro modo, de manera predominante, en América del Sur, el problema más acuciante es el del goce efectivo de los derechos humanos y, en particular, de los DESC. En este sentido, tal como ha señalado Pérez Luño,

[n]o es tampoco ocioso recordar que el célebre artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, considerada como uno de los textos fundacionales del Estado de derecho, proclamaba: “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes establecida carece de Constitución. El Estado de derecho es, a tenor de ello un Estado constitucional, pero no todo Estado que posee una Constitución es un Estado de derecho.”²

Asimismo, Pérez Luño se refiere a la tipología de las Constituciones desarrollada por Loewenstein, que opone las Constituciones normativas, aquellas que son “efectivamente vividas”, a las Constituciones semánticas, que son una especie de “disfraz” retórico de unas realidades del todo ajenas a las formas normativas constitucionales.³

Chile, por su parte, sufre —en gran medida— los defectos y falencias de una Constitución y de un régimen constitucional, particularmente en materia de derechos fundamentales, heredado del régimen dictatorial. Su aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte IDH, así como en otros países de América del Sur, ha producido avances en el respeto y protección de los derechos humanos en la jurisdicción del Estado, sin embargo, ha arrojado también zonas de penumbra, tales como la falta de cumpli-

² Pérez Luño, Antonio Enrique, “Estado constitucional y generaciones de derechos humanos”, Corte IDH, *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, vol. II, pp. 1241-1264, especialmente, p. 1255.

³ *Idem*; Loewenstein, Kart, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., 4a. reimp., trad. castellana de A. Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1986, pp. 216 y ss.

miento integral de las decisiones de la Corte IDH, lo cual, parece ser también, un dato recurrente, en los Estados constitucionales de América del Sur.

En este trabajo preferiremos el término derechos humanos en lugar de derechos fundamentales debido a que se trata de un término con contenido más amplio que el de derechos fundamentales, sobre todo, si tomamos en consideración a los derechos económicos, sociales y culturales. Además, derechos humanos es un término ampliamente aceptado en la arena internacional y aquel que ha sido incorporado y consagrado por el derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, el DIDH).

Este trabajo se estructura en una primera parte, donde se desarrollarán, desde una perspectiva comparada,⁴ sucintamente el proceso democratizador y los avances en derechos fundamentales, en América del Sur. Luego, se examinará el aspecto cualitativamente distintivo del constitucionalismo americano relativo a la identidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas, el cual actúa, dicho sea de paso, como un agente articulador y de confluencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos. En un tercer apartado, se examinará la interacción e interdependencia entre derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos, especialmente, en términos de derechos económicos, sociales y culturales. En la cuarta sección, se analizará la influencia —y su intensidad— del sistema interamericano en los órdenes constitucionales de los Estados. Finalmente, se esbozarán algunos desafíos presentes y futuros que se le plantean a la región, a la luz del derecho constitucional y del DIDH.

⁴ Un análisis desde el derecho comparado implica una visión transversal de examen de experiencias, regulaciones y soluciones jurídicas proporcionadas por distintos sistemas jurídicos. Grote, Rainer, “Comparative Law and Law Teaching through the Case Method in the Civil Law Tradition-A German Perspective”, en Serna de la Garza, José Ma. (coord.), *Metodología del derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 103-124.

II. PROCESOS DEMOCRATIZADORES Y SU INFLUENCIA EN EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS HUMANOS

En esta sección se examinará brevemente el desarrollo y evolución de los diversos procesos democratizadores, sus puntos de unión y trazos comunes y su impacto en el desarrollo de los derechos humanos. Además, junto con resaltar su bondades, se profundizará en las debilidades que los Estados de la región muestran *vis-à-vis* la evolución expansiva “formal” de los derechos humanos.

1. *Avance democratizador y progreso de los derechos fundamentales*

En la década de los años setenta, muchos Estados de América Latina se encontraban sumergidos en dictaduras militares. Los países de América del Sur no se alejaban de esta dura realidad: Perú, Brasil, Bolivia, Chile, etcétera. Los golpes de estado dieron lugar a la represión y a las persecuciones de grupos opositores y étnicos y ello, dio lugar a violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos.⁵

A fines de los ochenta y en la década de los noventa, se produjo paulatinamente un proceso de regreso a la democracia y a las instituciones constitucionales en los países de la región, manteniendo, en general, las estructuras constitucionales. Este es el caso paradigmático de Chile. Los procesos de transición implicaron reformas y adecuaciones constitucionales, una suerte de democratización de las Constituciones, particularmente en lo que dice relación con los derechos fundamentales y la recepción del DIDH. Sin embargo, estas reformas, a pesar de democratizar las Constituciones, no alteraron —en lo substancial— el orden de las cosas establecido por los regimenes autoritarios, particularmente, en lo que dice relación con la detentación del poder —político y económico— por las fuerzas políticas y grupos de interés y la estructura y distribución socioeconómica entre los distintos estamentos de la sociedad nacional.

Esta suerte de continuidad político-social de una situación existente e impuesta en un periodo de anormalidad constitucional o en periodos de abierto autoritarismo y exclusión en la participación ciudadana, y que se hizo subsistir bajo los ropajes de un estado de normalidad constitucional

⁵ Verdugo, Patricia, *Los zarpazos del puma*, Santiago, Editorial Chile América-CESOC, 1989.

democrática, especialmente en lo que dice relación con la relación de fuerzas políticas y económicas, explica la reacción de algunos Estados, en cuanto a adoptar la decisión de organizar el ejercicio del poder y las estructuras constitucionales directamente a través del pueblo, detentor de la soberanía, mediante la organización de Asambleas Constituyentes. Este es el caso de Colombia en 1990 que dio lugar a la promulgación de la nueva Constitución en 1991. Más recientemente, en Venezuela se convocó a una Asamblea Constituyente en 1999 la que dio lugar a una nueva Constitución en el mismo año. En el caso de Ecuador, la Asamblea Constituyente empezó a funcionar en noviembre de 2007 y entregó un proyecto de Constitución en julio de 2008, el cual fue aprobado, por referéndum, en septiembre de 2008. Finalmente, Bolivia convocó a una Asamblea Constituyente en e 2006, la que entregó un proyecto de Constitución que fue aprobado, por referéndum, en enero de 2009.⁶ Últimamente, se comienza a comentar esta posibilidad en Chile.⁷

Estos nuevos procesos constituyentes contemporáneos han generado —desde el punto de vista de los derechos humanos— un nuevo modelo constitucional, a todas luces, influenciado por la dinámica evolución de la comunidad internacional y la necesidad de aportar rápidamente una respuesta a las necesidades de la sociedad contemporánea desde la perspectiva del DIDH. Es así como podemos explicar la presencia predominante, en estas nuevas Constituciones, de los derechos económicos, sociales y culturales *lato sensu*.

En consecuencia, actualmente, en la región de América del Sur, es posible apreciar, al menos, dos modelos constitucionales diversos. Por un lado, nos encontramos frente a Constituciones clásicas de corte liberal, que contienen un catálogo de derechos humanos, que no incluyen —o que incluyen mínimamente— los DESC, y muchas veces estos DESC son considerados como aspiraciones o disposiciones programáticas, por tanto, desprovistos de tutela judicial efectiva. Por otro lado, nos enfrentamos a nuevos modelos constitucionales, que contienen un importante nivel de reconocimiento constitucional de DESC, pero que no han demostrado aún un grado avanzado de efectividad en el terreno y/o que carecen de una adecuada garantía y tutela judicial.

⁶ La Constitución fue promulgada por el presidente Evo Morales el 7/02/2009.

⁷ Aylwin Azócar, Andrés, “¿Necesita Chile una nueva Constitución?”, *Directo a lo Humano*, núm. 1, noviembre 2008, pp. 13 y 14.

Esta última situación, esto es, la distancia observable empíricamente entre el reconocimiento constitucional de derechos humanos —particularmente de los DESC— y su real goce efectivo, es lo que nosotros podríamos denominar “la brecha de la implementación de los derechos”, y que constituye realmente el verdadero desafío del tercer milenio para el Estado constitucional de América del Sur.

Precisamente, esta brecha en la implementación de los derechos se encuentra relacionada con lo que algunos autores mencionan al referirse a los derechos de papel o derechos traslúcidos. En efecto, esto es lo que Guastini denomina Constituciones que contienen “derechos sobre el papel”⁸ o que Cruz Villalón sugiere como “derechos traslúcidos” al carecer de protección y adecuada tutela judicial.⁹ Esta falta de efectividad o de garantía de los derechos —no obstante su reconocimiento constitucional— lleva a Ansuátegui a estimar que estos derechos no son “verdaderos derechos”.¹⁰ Así, este autor ha señalado que “aunque las disposiciones constitucionales que contienen derechos sociales están formuladas de manera que parece que atribuyen verdaderos derechos, en realidad, no sería así: no confieren ningún derecho, puesto que se limitan a ser normas programáticas dirigidas al legislador que, aunque está obligado a promover unos determinados fines, carece de atadura alguna por lo que se refiere a los medios a emplear, ya que tiene un contenido afectado por un alto grado de indeterminación”.¹¹ Guastini considera que para ser considerados verdaderos derechos, estos deben reunir tres requisitos: “a) son susceptibles de tutela jurisdiccional; b) pueden ser ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado; c) su contenido consiste en una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto que era su titular”.¹² Desde el punto de vista del DIDH todos los derechos humanos,

⁸ Guastini, Ricardo, *Distinguiendo. Estudio de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 186.

⁹ Cruz Villalón, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, núm. 25, 1989, pp. 35-62, especialmente, p. 41.

¹⁰ Ansuátegui, Roig, *Poder, Ordenamiento Jurídico, Derechos*. Cuadernos Bartolomé de Las Casas, vol. 2, Madrid, Instituto Bartolomé de Las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson, 1997, p. 51.

¹¹ *Idem*.

¹² Guastini, Ricardo, “Derechos: una contribución analítica”, en Sauca, J. Ma., *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, cit., pp. 127-141, especialmente, p. 134.

cualquiera sea su naturaleza, incluso los DESC, tienen el carácter pleno de derechos humanos y, por lo tanto, son susceptibles de tutela jurisdiccional, pueden ser ejercitados y reivindicados tanto frente al Estado como a terceros y su contenido consiste en una obligación de conducta bien definida.

Casi todos los países de América del Sur, incluido Chile, han aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹³ Esto ha permitido que en pocas décadas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya desarrollado un abundante cuerpo de jurisprudencia que abarca en profundidad diversos tópicos de los derechos civiles y políticos, proporciona interesantes reglas de interpretación en materia de derechos humanos y dilucida relevantes debates sobre DIDH, tales como las normas que entran dentro del dominio del *ius cogens*. Respecto de este último aspecto, la Corte IDH, en los últimos años, ha dado saltos cualitativos en el desarrollo progresivo de los derechos humanos, afirmando con certeza, en 2003, que el principio básico de la igualdad y no discriminación formaba parte de las normas de *ius cogens*, y, en 2006, que el derecho de acceso a la justicia constituye una norma de tal carácter.¹⁴

¹³ Argentina aceptó la jurisdicción de la Corte IDH en 1984, Bolivia en 1993, Brasil en 1998, Chile en 1990, Colombia en 1985, Ecuador en 1984, Guyana no ha aceptado la jurisdicción, Paraguay en 1993, Perú en 1981, Surinam en 1987, Uruguay en 1985 y Venezuela en 1981. México aceptó la jurisdicción de la Corte IDH en 1998 y el último Estado ha sido República Dominicana en 1999. Se excluyen de este análisis dos Estados de América del Sur, a saber, Guyana (ex colonia Británica) y Surinam (ex colonia Holandesa), debido a que este examen se concentra en países de América Latina. En total, hay 22 Estados de la OEA que han aceptado la jurisdicción de la Corte IDH.

¹⁴ “En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*”. Corte IDH, *condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A, núm. 18, par. 101, p. 117; “El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de derecho internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no

Dentro de estos procesos democratizadores se ha avanzado también en el ámbito de los derechos humanos mediante la creación y fortalecimiento, al nivel estatal, de una institucionalidad de los derechos humanos, tales como, por ejemplo, la creación de instituciones nacionales independientes de derechos humanos, de conformidad con los *Principios de París*.¹⁵ Estas instituciones debieron hacer frente, en un primer momento, a las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante los años de las dictaduras militares y, conforme fue transcurriendo el tiempo, comenzaron a ampliar su radio de acción en cuanto a diversidad de violaciones y de derechos afectados. En el caso de Chile, se han hecho esfuerzos —sin éxito hasta ahora— por aprobar una reforma constitucional que crea el Defensor de las Personas y una iniciativa legal que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos.¹⁶

dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo”. Corte IDH, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 153, par. 131, p. 78.

¹⁵ Véase anexo 5, Instituciones Nacionales Independientes de Derechos Humanos; Principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos, Resolución adoptada por la Asamblea General, doc. A/RES/48/134, 4 de marzo de 1994.

¹⁶ El proyecto de ley que crea el *Instituto Nacional de Derechos Humanos*, se encuentra en la Comisión Mixta, en Tercer trámite constitucional. Boletín 3.878-17, fecha de ingreso 15 de junio de 2005. Inicialmente, se presentó en 2000, un proyecto de reforma constitucional sobre la creación del Defensor del Ciudadano, sin embargo, este proyecto fue reemplazado por otro en 2003, el cual fue rechazado en 2008 y reemplazado por otro Proyecto de Reforma Constitucional que crea la *Defensoría de las Personas*, el cual se encuentra en segundo trámite constitucional, Boletín 6232-07 del 4 de diciembre de 2008; “El Gobierno está empeñado en la creación de un Instituto Nacional de Derechos Humanos, basado en los principios de París, proyecto de ley que actualmente se encuentra en el Congreso Nacional. Recientemente se presentó un nuevo proyecto de reforma a la Constitución para crear una Defensoría de las Personas, el que será votado próximamente. Además, se está elaborando un Plan Nacional de Derechos Humanos, el que estará terminado este año”. Asamblea General: *Informe Nacional presentado de conformidad con el párrafo 15 A) Anexo a la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos*. Doc. N.U. A/HRC/WG.6/5/CHL/1, del 16 de febrero de 2009.

2. *De dulce y de agraz*

América Latina, en general, es una de las regiones del mundo que tiene la tasa más alta de ratificaciones de instrumentos internacionales de derechos humanos, especialmente, en lo que concierne a los tratados considerados fundamentales, por ejemplo, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

Sin embargo, paradójicamente, de acuerdo con el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, América Latina tiene uno de los niveles más altos de desigualdad en el mundo. Según la información proporcionada por el Panorama Social de la CEPAL correspondiente a 2008,

[e]n los últimos años se ha verificado en América Latina una importante reducción de la pobreza y una leve mejoría en la distribución del ingreso. A pesar de estos avances, todavía una cantidad sustancial de hogares no cuenta con recursos suficientes para satisfacer sus necesidades básicas y la inequidad permanece en niveles que sitúan a la región como la más desigual en el mundo.¹⁷

Por su parte, Cansino Montañez señala que “si bien América Latina y el Caribe exhiben un nivel de pobreza moderado con relación al resto de países en desarrollo, este resulta excesivo dado su nivel de desarrollo económico y esto está directamente relacionado al exceso de desigualdad del ingreso de los países de la región”.¹⁸

La persistente desigualdad en ingresos en la región dificulta significativamente el desarrollo y el disfrute pleno de los derechos humanos. Los pueblos indígenas y los grupos afrodescendientes se encuentran entre los más afectados por la pobreza y la exclusión social, resaltando la necesidad imperativa de promover, en el ámbito constitucional, el respeto de los derechos

¹⁷ Cepal: *Panorama Social de América Latina 2008*. CEPAL, Santiago de Chile, 2008, p. 65; véase anexo 11: Cambios en la brecha de ingresos entre los grupos más ricos y los grupos más pobres de América Latina entre 2002 y 2007. Asimismo, véase anexo 12: Evolución de la pobreza y de la indigencia en América Latina entre 1980 y 2008.

¹⁸ Cansino Montañez, Kenya, *La globalización, desigualdad y pobreza en América Latina: Un análisis coyuntural de la última década*. 2007, p. 16. En www.monografias.com/trabajos-pdf/globalizacion-desigualdad-pobreza-america-decada/globalizacion-desigualdad-pobreza-america-decada.pdf [consultado el 20 de marzo de 2009].

económicos, sociales y culturales.¹⁹ De acuerdo con el informe de Latinobarómetro de 2008,

[l]a principal razón de discriminación es la pobreza que alcanza el 31%, de las menciones. La segunda razón más importante para ser discriminado es ser indígena. La discriminación por ser pobre lejos de disminuir con el crecimiento que han experimentado los países, ha aumentado de 28%, en el 2001, a 31%, en el 2008. En Perú y Paraguay el 40%, dice que los pobres son las personas más discriminadas.²⁰

Otros problemas también acuciantes en la región son la impunidad persistente,²¹ defectos o ineficiencias de la administración de justicia,²²

¹⁹ Office of the High Commissioner for Human Rights, *High Commissioner's Strategic Management Plan 2008-2009*. United Nations, Geneva, 2008, p. 91. En <http://www.ohchr.org/Documents/Press/SMP2008-2009.pdf> [consultado el 10 de marzo de 2009]; véase anexo 3: Índice de percepción de la corrupción, y anexo 4: Índice de Desarrollo Humano.

²⁰ Corporación Latinobarómetro, *Informe 2008*. Santiago de Chile, noviembre de 2008, p. 58.

²¹ En materia de impunidad de una desaparición forzada y de ineficiente administración de justicia, véase Corte IDH, *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de noviembre de 2008. Serie C, núm. 191.

²² Respecto de una ineficiente administración de justicia, véase Los dos casos recientes, Corte Corte IDH, *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, núm. 194; Corte IDH, *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de enero de 2009. Serie C, núm. 195; asimismo, sobre situaciones de exceso de poder o abusos cometidos por tribunales militares, Abad Yupanqui ha señalado que “[e]l aporte de las garantías constitucionales al proceso de democratización de la justicia militar que se aprecia en países como España y Colombia, se enfrentó con la lamentable negativa de los tribunales militares del Perú de acatar la orden judicial de hábeas corpus y las recomendaciones de la Defensoría del Pueblo en el caso del Sr. Gustavo Cesti”. Abad Yupanqui, Samuel B.: “Hábeas corpus y libertad individual: su vigencia en una débil democracia”, Corte IDH, *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, vol. I, pp. 265-278, especialmente, p. 266; En este caso ante la Corte IDH se señaló que “[...] la violación de los derechos indicados habría sido resultado de la inclusión del señor Cesti Hurtado en un proceso ante el fuero militar, en cuyo marco fue arrestado, privado de libertad y sentenciado, a pesar de la existencia de una resolución definitiva emitida en un proceso de hábeas corpus, en la cual se ordenó que se apartara a la supuesta víctima del proceso ante el fuero militar y que no se atentara contra su libertad personal”. Corte IDH, *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. Fondo. Sentencia del 29 de septiembre de 1999. Serie C, núm. 56, par. 3.

prolongadas detenciones prejudiciales o ilegales,²³ defectos o dificultades en el ejercicio del derecho a la participación,²⁴ instituciones débiles, elevados niveles de crimen común y organizado, violencia contra la mujer y corrupción.²⁵ El informe de Latinobarómetro 2008, señaló en torno a la percepción ciudadana de corrupción que “[a]umenta la cantidad de 67,9 en 2001 a 68.6 en 2008. Si bien es un aumento no muy significativo, lo que queda claro es que la percepción de la corrupción en vez de disminuir, aumenta en los últimos 3 años”.²⁶ A todo lo anterior, se puede agregar, además, como situaciones de derechos humanos preocupantes respecto de las cuales el orden jurídico constitucional debería hacerse cargo, la explotación económica y sexual comercial de los niños, niñas y adolescentes, y la amplia exclusión social, estigmatización y discriminación de grupos vulnerables, tales como, pobres, indígenas, minorías, mujeres y niños de las calle. En este sentido, el Panorama Social de 2008, señaló que, al preguntárseles a las personas qué debían tener para sentirse incluidos en la sociedad en que viven,

[a]un cuando los encuestados privilegian las cosas necesarias para la autonomía (oficio o profesión e ingresos propios) y el bienestar económico (tenencia de propiedad), que suelen predominar en el discurso de la política pública, también destacan las destrezas relacionadas con la participación

²³ Sobre la existencia en América del Sur, de casos de detenciones ilegales, preventivas o prejudiciales prolongadas, los jueces interamericanos han dicho en el caso Loayza Tamayo que “[...] considera esta Corte que fue ilegal la detención de la señora María Elena Loayza Tamayo con posterioridad a la sentencia final en el proceso militar del 24 de septiembre de 1993 y hasta que se dictó el auto apertorio de instrucción en el fuero ordinario el día 8 de octubre del mismo año”. Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia del 17 de septiembre de 1997. Serie C, núm. 33, par. 54, p. 28; véase Acevedo, Domingo E., “La Decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Enjuiciamiento Penal Múltiple (*Non Bis in Idem*) en el Caso Loayza Tamayo”, en Corte IDH, *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, vol. I, pp. 279-300.

²⁴ Sobre las dificultades nacionales para el ejercicio del derecho de participación política véase el ejemplo de Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C, núm. 127.

²⁵ Office of the High Commissioner for Human Rights, *2007 Report: Activities and Results*. United Nations, Geneva, 2008, pp. 107 y 108. En http://www.ohchr.org/Documents/Press/OHCHR_Report_07_Full.pdf [consultado el 10 de marzo de 2009].

²⁶ Corporación Latinobarómetro, *Informe 2008*, Santiago de Chile, noviembre de 2008, p. 45.

en sociedades basadas en la información y el conocimiento (hablar idioma extranjero, tener educación superior, usar computador), las actividades vinculadas con el ejercicio de la ciudadanía social y política y los lazos sociales básicos para la pertenencia (tener amigos íntimos y un hogar propio).²⁷

Estos problemas en el proceso democrático latinoamericano, no son de nueva aparición, y es así como, por ejemplo, ya habían sido explicitados en 1998 por García Sayán, cuando señalaba que “[l]as grandes amenazas para el ejercicio democrático en el hemisferio podríamos resumirlas en cuatro grandes temas que esquemáticamente menciono: corrupción, debilidad institucional, falta de transparencia en las relaciones cívico-militares y la debilidad del poder ciudadano”.²⁸ En esta línea, parafraseando el Preámbulo de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 y junto con Máximo Pacheco, podemos decir que del desprecio de los derechos humanos surgen los males públicos y los gobiernos corruptos y, a su vez, que los gobiernos corruptos y los males públicos causan el menoscabo y el olvido de los derechos humanos.²⁹ Desde el punto de vista conceptual, García Sayán ha señalado que

[l]a corrupción es el estigma ya detectado por la población de nuestros países como un gran problema que erosiona las instituciones y a la sociedad en general, llámese narcotráfico, venalidad en el dictado de sentencias, comisiones por compra de armamento o privatización de empresas

²⁷ *Panorama social de América Latina 2008*, Santiago de Chile, CEPAL, 2008, p. 68.

²⁸ García-Sayán, Diego, “Respeto de los derechos humanos e integración ¿una concordancia asegurada?”, Corte IDH, *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, vol. I, pp. 743-753, especialmente, p. 752.

²⁹ “Los representantes del pueblo francés, que han formado una Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, la negligencia o el desprecio de los derechos humanos son las únicas causas de calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer en una declaración solemne estos derechos naturales, imprescriptibles e inalienables; para que, estando esta declaración continuamente presente en la mente de los miembros de la corporación social, puedan mostrarse siempre atentos a sus derechos y a sus deberes [...]”. Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; Pacheco Gómez, Máximo, “El concepto de derechos fundamentales de la persona humana”, en Corte IDH, *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, vol. I, pp. 45-58, especialmente, p. 49.

públicas, se trata de un ingrediente permanente que genera que en algunos países el control parlamentario se vea atenuado.³⁰

La presencia cada vez más frecuente de episodios o, incluso, de situaciones permanentes de corrupción y de criminalidad transnacional organizada, ha empujado en la región —en los últimos años— a la diversificación de las instituciones de derechos humanos destinadas, en este caso, al combate de la corrupción y del crimen organizado. Del mismo modo, los Estados de América, en general,³¹ y de América del Sur, en particular, han debido diversificar y enriquecer su arsenal normativo que les permita enfrentar este verdadero flagelo del siglo XXI. Así por ejemplo, en Chile se ha publicado la ley 20.285 sobre acceso a la información pública, del 20 de agosto de 2008, la cual crea el Consejo para la Transparencia.³² En Colombia, el 14 de marzo de 2007, se creó la Unidad de Reacción Inmediata para la Transparencia Electoral a través de la promulgación del Decreto 810. En Ecuador, mediante el Decreto presidencial 1511 del 29 de diciembre de 2008, se creó la Secretaría Nacional de Transparencia de Gestión.³³ En el caso de Uruguay, del 17 de octubre de 2008, el gobierno promulgó la Ley de Acceso a la Infor-

³⁰ García-Sayán, Diego, *op. cit.*, nota 29, pp. 743-753, especialmente, p. 752. Véase anexo 2, sobre índice de corrupción elaborado por Transparency International.

³¹ El artículo 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, previene que el derecho a la información será garantizado por el Estado. Sobre ese derecho el 20 de julio de 2007, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* una reforma constitucional trascendente, se introduce un segundo párrafo al artículo 6 constitucional, en él se establecen los principios fundamentales y bases que dan contenido básico al derecho de acceso a la información pública sobre los cuales se regirán la Federación, los Estados y el Distrito Federal.

³² “Artículo 31. Créase el Consejo para la Transparencia, como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio” y “Artículo 32. El Consejo tiene por objeto promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información”. Ley 20.285 sobre *acceso a la información pública*, del 20 de agosto de 2008.

³³ Esta Secretaría Nacional de Transparencia de Gestión, tiene como función “promover una administración gubernamental transparente, que coadyuve al fortalecimiento de las instituciones a través de un sistema integral de control de la corrupción”. La nueva Secretaría viene a sustituir a la Secretaría Nacional Anticorrupción, que se suprimió después de la aprobación de la nueva Constitución política de Ecuador en septiembre de 2008.

mación Pública —o Ley 18.381—, aprobada por unanimidad en el parlamento a principios de octubre de 2008.

Sin lugar a dudas, que este último es un tema de preocupación común entre los países de la región.³⁴ Así queda en evidencia en la Declaración de Santa Cruz de la Sierra (2008), titulada *La inclusión social, motor del desarrollo de la Comunidad Iberoamericana*, en la cual los jefes de Estado y de Gobierno de Iberoamérica señalaron que

[r]eafirmamos nuestra voluntad de combatir la corrupción en los sectores público y privado y la impunidad, que constituyen una de las mayores amenazas a la gobernabilidad democrática. Reiteramos la importancia de la cooperación internacional incluyendo, en su caso, los procedimientos de extradición, en la efectiva lucha contra la corrupción respetando los procedimientos jurídicos de cada país. El acceso a la información en poder del Estado promueve la transparencia y constituye un elemento esencial para la lucha contra la corrupción y es condición indispensable para la participación ciudadana y el pleno goce de los derechos humanos.³⁵

³⁴ En este sentido, los países de América Latina, entre otros, han declarado expresamente en el Código Iberoamericano de Buen Gobierno que: “*Los firmantes creemos que cualquier sociedad razonablemente ordenada y que busque la justicia como fundamento de su convivencia debe respetar aquellos principios y valores que permiten a todos los afectados por las normas opinar, debatir, argumentar en condiciones de igualdad sobre las bases constitucionales de la convivencia, para impulsar desde el debate modelos de desarrollo que promuevan la participación ciudadana, la eliminación de la pobreza y de todo tipo de exclusión. Ello nos lleva a establecer como fundamento de este Código el principio de la dignidad de la persona humana y como valores esenciales de desarrollo los de la libertad y autonomía del ser humano y su esencial igualdad intrínseca. De ahí que, para garantizar estas opciones esenciales, sea preciso que un buen gobierno reconozca, respete y promueva todos los derechos humanos —cíviles, políticos, sociales, culturales y económicos—, en su naturaleza interdependiente y universalidad*” y, además, han agregado que “*Consideramos inaceptable: 1. Un Gobierno que ampare y facilite la corrupción. 2. Un Gobierno que dificulte el escrutinio público sobre su toma de decisiones. 3. Un Gobierno que no tome en cuenta las necesidades de sus ciudadanos. 4. Un Gobierno irresponsable y que no rinda cuentas*”. Código Iberoamericano de Buen Gobierno, respaldado por la XVI Cumbre Iberoamericana, Uruguay, 2006.

³⁵ “11. Reiteramos nuestro empeño en el fortalecimiento institucional del Estado, en lograr administraciones públicas más eficaces y transparentes y en promover los instrumentos necesarios para una mayor participación de la sociedad civil en el proceso de toma de decisiones. Los Estados Iberoamericanos fortalecerán en sus agendas gubernamentales las políticas de reforma de la Administración Pública. En este marco, expresamos nuestro especial compromiso para avanzar en la profesionalización de la Función Pública, acorde con los principios y orientaciones adoptadas en la “Carta Iberoamericana de la Función Pú-

Por eso es que los Estados intentan desarrollar la normativa y la institucionalidad estatal necesaria para combatir situaciones, que se han visto potenciadas en el inicio de este tercer milenio, y que pueden arrojar o tener por consecuencia graves violaciones a los derechos humanos, tales como la criminalidad organizada, la corrupción y la falta de transparencia pública.³⁶ Todas estas situaciones pueden implicar graves violaciones a los derechos humanos, de individuos y pueblos. Además, la presencia cada vez más intensa en el orden estatal de grandes empresas o multinacionales que actúan sin debido respeto a los derechos humanos, en forma singular, de los derechos económicos, sociales y culturales, plantea un gran desafío al derecho constitucional contemporáneo así como al DIDH.

En efecto, en todos estos casos, no es el Estado quien directamente viola los derechos humanos, sino que se trata de la presencia, en la realidad estatal, de los denominados actores no estatales, quienes, a la sazón, tienen una filiación, explotación y funcionamiento multinacional o transnacional. Este es el punto de partida del problema que plantea, al derecho constitucional, la presencia y operación de estas entidades en el orden estatal, en aquellos casos en que violen derechos humanos. La actividad de estas grandes empresas multinacionales, despreciativa de los derechos humanos, suele afectar a aquellas personas y grupos más vulnerables—respecto de los cuales el Estado, a través del derecho constitucional, debe proporcionar una protección especial por su carácter especialmente vulnerable— tales como pobres, indígenas, minorías, etcétera. Incluso, aplicando las ideas de Fiss, estos grupos deberían gozar de un grado elevado de protección de los tribunales de justicia por su situación de vulnerabilidad y de precariedad ciudadana, que los aleja del acceso al poder político, lo que, frente a estos actores no estatales cada vez más presentes

blica”, aprobada por la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, celebrada el 26 y 27 de junio de 2003 en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia”. Declaración de Santa Cruz de la Sierra, titulada “La inclusión social, motor del desarrollo de la Comunidad Iberoamericana”, adoptada por los jefes de Estado y de Gobierno en la XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, realizada en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 14 y 15 noviembre de 2003, pars. 11 y 12.

³⁶ Comisión Andina de Juristas: “El derecho de acceso a la información pública en los países de la Región Andina”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre de 2003, pp. 1079-1108.

en la sociedad moderna, les daría una mayor posibilidad de defensa³⁷. En este orden de cosas, en su visita a Chile, el *Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios*, señaló que

En relación con la protesta social de las comunidades indígenas por la defensa de sus tierras y derechos medioambientales, le preocupa al Grupo de Trabajo que se confunda la legítima protesta social con actividades delincuentes o terroristas y se acuse o intimide a sus líderes y que en la cesión del uso de la fuerza y de la seguridad por parte del Estado a las empresas de seguridad privadas puedan cometerse ilícitos.³⁸

Este mismo Grupo de Trabajo, en su informe de Perú, señaló que “un fenómeno emergente en América Latina consistente en la relación cada vez más estrecha entre empresas de seguridad privada que protegen sitios geoestratégicos claves de extracción minera, petróleo y fuentes de agua y la represión violenta de la protesta social”.³⁹

³⁷ Fiss, Owen, *Una comunidad de iguales: La protección constitucional de los nuevos ciudadanos*, trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México, Fontanamara, 2008, pp. 43 y 44.

³⁸ “En lo concerniente a la cesión del uso de la fuerza y/o la autoridad a actores no estatales, el Grupo de Trabajo desea señalar la responsabilidad de los Estados en lo referente a la privatización de la seguridad como un bien público y un derecho humano. Al privatizar la seguridad se corre el peligro de quitar un servicio público a quienes no pueden pagarlo, vulnerando así los derechos de equidad, ya que el acceso de los más pobres se encuentra limitado. Asimismo, hay que tener en cuenta que los guardias y los vigilantes privados no defienden el interés y el bien común, sino los intereses particulares de quienes los pagan y los contratan, convirtiendo así la seguridad en una mercancía”. *Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*. Misión a Chile (9 a 13 de julio de 2007). Doc. N.U. A/HRC/7/7/Add.4, del 4 de febrero de 2008, pars. 69-71.

³⁹ “Preocupa al Grupo de Trabajo que se confunda la legítima protesta social de las comunidades por la defensa de sus tierras y derechos medioambientales con actividades delincuenciales o terroristas y se elimine, acuse o intimide a sus líderes y que organismos de inteligencia vigilen a activistas de esa protesta. Le preocupa también que no exista un sistema de protección eficaz para los defensores de derechos humanos. Los autores de esos actos ilícitos gozarían de cierta impunidad dado que en muchas denuncias policiales y judiciales no se determinan cargos a los autores o éstos se encuentran libres”. *Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determina-*

Esto último es muy relevante tanto en cuanto la gran mayoría de las sociedades latinoamericanas son, como se verá a continuación, de carácter multicultural.

II. LA IDENTIDAD CULTURAL Y LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS COMO UN ELEMENTO DISTINTIVO DEL CONSTITUCIONALISMO AMERICANO

Los pueblos indígenas, como colectivo organizado, han irrumpido definitivamente en la escena político-constitucional de América del Sur, y lo han hecho para quedarse. A lo largo de las últimas tres décadas, estos pueblos han dejado sentir la reivindicación de sus derechos específicos y, particularmente, sus derechos a las tierras y territorios. Los pueblos indígenas han sido particularmente exitosos no sólo en el reconocimiento constitucional de su existencia y de sus derechos, sino además, en los litigios ante órganos jurisdiccionales, donde han reivindicado sus derechos.

Fruto de esta movilización, la identidad cultural ha pasado a ser un elemento identificador de las democracias constitucionales comunitarias o multiculturales, donde el individuo no pasa a tener derechos conforme a un patrón de derechos abstracto homogéneamente definidos, sino donde el individuo tiene los derechos fundamentales básicos que la Constitución asegura a todos y además aquellos que le corresponde conforme a su identidad cultural. Así, el individuo se encuentra reconocido como parte integrante de la sociedad estatal en cuanto ciudadano y además, conforme a su identidad cultural.

Además, la democracia constitucional multicultural, implica un reconocimiento de las comunidades y pueblos y de los distintos grupos componentes de la sociedad, tales como los pueblos indígenas, las minorías, los inmigrantes, etcétera, todos los cuales merecen una protección especial, mediante el respectivo reconocimiento constitucional, debido a su particular situación de vulnerabilidad. En este contexto, la democracia constitucional multicultural comprende, además, los derechos humanos colectivos por contraposición a los derechos — eminentemente individuales— del constitucionalismo liberal. En este sentido, es sintomática la

aparición, en las diversas Constituciones de América del Sur, de reconocimientos expresos del multiculturalismo y de derechos colectivos.⁴⁰ De este grupo, sin lugar a dudas, las Constituciones más avanzadas en este sentido son las Constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia, lo cual, sin duda, representa un progreso para el desarrollo humano en dichos Estados, a pesar de las críticas que se puedan hacer al proceso constitucional seguido o al régimen constitucional que dichas reformas pretenden instaurar. Desde el punto de vista chileno, la Constitución Política puede ser destacada como una de las escasas Constituciones de América del Sur que no ha incorporado el reconocimiento del multiculturalismo ni los derechos de los pueblos indígenas, lo que demuestra el carácter claramente refractario de la clase política y de los operadores jurídicos, frente al constitucionalismo incluyente y multicultural del tercer milenio, es decir, un multiculturalismo donde todos tienen cabida, con el reconocimiento y respeto de sus propias especificidades.

A pesar de los avances y progresos logrados en materia de reforma constitucional y de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y de los derechos de los pueblos indígenas, subsiste una cultura de exclusión, racismo y discriminación. Esta cultura fue cimentada por el constitucionalismo liberal que a lo largo de siglos han olvidado a los pueblos indígenas asumiendo como parámetro constitucional la figura del colonizador y enarbolando la bandera, que hoy se ha revelado falaz, de que todas las personas son iguales. En virtud de este principio de igualdad, se ha preterido al indígena, se lo ha aislado y se lo ha excluido y se han cometido grandes violaciones de derechos humanos. En virtud de este principio de igualdad se ha terminado de desposeer al indígena de sus derechos. Esta cultura constitucional forjada en los albores de nuestra vida republicana, subsiste en la actualidad.

Según el DIDH, es deber del Estado diseñar sus políticas públicas e implementar programas con base en las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos a fin de acortar paulatinamente la brecha entre desarrollo normativo y cultura constitucional en el ámbito de la identidad cultural.

⁴⁰ Véase anexo 6: Matriz de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en 15 países latinoamericanos.

III. INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: HACIA UN MAYOR RECONOCIMIENTO DE LOS DESC

Desde 1978 se ha apreciado un notable aumento en la cantidad de ratificaciones de instrumentos internacionales en los países de América del Sur, lo cual se corresponde con la dinámica propia de la comunidad internacional en el periodo posterior a la caída del Muro de Berlín donde también se aprecia, a nivel mundial, un aumento en la ratificación de instrumentos internacionales.⁴¹ En este sentido, quizá vale la pena agregar que también se observa un incremento sostenido en el debate y producción normativa internacional, ya sea a través de la realización de conferencias internacionales especializadas o cumbres regionales o internacionales de Estados.

Por otro lado, los países de América Latina han reiterado en diversas ocasiones su compromiso inequívoco por los derechos humanos y por el respeto y apego irrestricto al derecho internacional. Así, por ejemplo, en la Cumbre de San Salvador de 2008, los jefes de Estado y de Gobierno reiteraron su

compromiso con los principios y propósitos reconocidos en la Carta de Naciones Unidas, los valores esenciales de la democracia, la promoción y el respeto de todos los derechos humanos, el fortalecimiento del multilateralismo, el combate al terrorismo y a la delincuencia transnacional organizada y el rechazo a las medidas coercitivas unilaterales, contrarias al derecho internacional, los cuales constituyen pilares fundamentales para que las y los jóvenes contribuyan como sujetos activos a la construcción de sociedades basadas en la justicia social, la tolerancia y la convivencia pacífica.⁴²

Además, en la *Declaración de Santiago (2007)*, los jefes de Estado y de Gobierno ya habían efectuado el compromiso de trabajar por la cohesión social a través de un pleno respeto de los derechos humanos, cuando señalaron que se comprometen a

⁴¹ Véase anexo 1: Estados de ratificaciones de los principales tratados universales de derechos humanos por países de América del Sur; véase anexo 7: Estado de ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

⁴² Véase Declaración de San Salvador “Juventud y Desarrollo”, efectuada con ocasión de la XVIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, realizada en la ciudad de San Salvador, República de El Salvador, 29-31 de octubre de 2008, par. 4.

colaborar estrechamente para colocar en el núcleo central de la agenda internacional el interés por la cohesión social y la necesidad de alcanzar sociedades más inclusivas con pleno respeto a los derechos humanos, así como la promoción de un entorno internacional favorable a los esfuerzos nacionales e internacionales en materia de protección social y políticas para la superación de la pobreza, la desigualdad y el hambre en el mundo y el cumplimiento de los objetivos de desarrollo del milenio.⁴³

En forma reiterada, las Constituciones de América del Sur han ido incorporando diversas referencias al derecho internacional de los derechos humanos, aun cuando, estas referencias son desiguales o asimétricas entre un Estado y otro. La mayoría de las Constituciones sólo hace esta referencia, restringiéndola a los instrumentos internacionales de derechos humanos, como si los derechos humanos sólo se redujeran a la fuente convencional.⁴⁴ La importancia que han adquirido los derechos humanos en el constitucionalismo de las últimas tres décadas en América del Sur, queda en evidencia a través de los debates y de las reformas constitucionales que han generado. De igual modo, en algunos casos, las Constituciones no se han contentado con referirse a los instrumentos internacionales de derechos humanos, sino que además han hecho referencia a la jerarquía normativa que en el orden interno poseen dichos instrumentos.

Por ejemplo, en la Constitución argentina se señala que

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Con-

⁴³ Además, la Declaración de Santiago agrega, “Fortalecer la promoción y respeto de todos los derechos humanos como un componente indispensable en la adopción y ejecución de las políticas destinadas a lograr la cohesión social”. Véase *Declaración de Santiago*, efectuada en la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, realizada en Chile, 8, 9 y 10 de noviembre de 2007, pars. 3 y 13.

⁴⁴ Véase Anexo 9: Extracto de normas constitucionales sobre la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su rango jerárquico en América del Sur.

vencción sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.⁴⁵

Y, por su parte, en la Constitución de Venezuela, se señala que

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.⁴⁶

En términos generales, actualmente, existe la tendencia a asignarles rango constitucional.

Dentro de los avances que se han producido en estas últimas tres décadas, se encuentra el lento posicionamiento, en un lugar de relevancia en la agenda político-constitucional de los países de la región, de los derechos económicos, sociales y culturales. No es que los Estados de la región hayan superado con éxito todas las exigencias derivadas de la plena satisfacción de los derechos civiles y políticos, y muestra de ello son los defectos que aun subsisten en muchos países en relación con el derecho al debido proceso, pero se ha posicionado, en términos relativamente equivalentes, el debate constitucional en torno a los derechos económicos, sociales y culturales.

El orden internacional, mucho más dinámico que el orden constitucional en esta materia, ha evolucionado progresivamente a través de la adopción de un nuevo *Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, que contempla la posibilidad de aceptar la competencia del Comité de Derechos Económicos, So-

⁴⁵ Artículo 75, Constitución de la República de Argentina, 1994.

⁴⁶ Artículo 23, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999.

ciales y Culturales, para recibir denuncias individuales.⁴⁷ Desde la perspectiva interamericana, el Protocolo de San Salvador, adoptado en 1988 y entrado en vigor en 1999, representa una evolución cualitativa de los derechos económicos, sociales y culturales. Esta normativa representa un paso importante en el respeto y protección de los DESC en el sistema interamericano y viene a complementar la escasa normativa regional ya existente, entre otros instrumentos, la *Carta Internacional Americana de Garantías Sociales* o *Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador*, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, en 1948.⁴⁸ En este sentido, podría afirmarse junto con Cançado Trindade que “[e]n nuestros días, la conciencia jurídica universal ha despertado para reconocer judicialmente el sufrimiento humano y buscar su reparación mediante la garantía del primado de la Justicia en las relaciones humanas”.⁴⁹

La jurisprudencia de la Corte IDH, tímidamente, ha intentado pronunciarse sobre los DESC, en algunos casos contenciosos. Sin embargo, en nuestra opinión, los avances más notables que se han producido en esta materia, en la Corte IDH, han provenido del ejercicio de la competencia

⁴⁷ El Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en ocasión del 60 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el 10 de diciembre de 2008, mediante la resolución A/RES/63/117. En dicha resolución, la Asamblea General recomienda que el Protocolo Facultativo sea abierto a la firma en una ceremonia en 2009; “Artículo 2. Comunicaciones: Las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto. Para presentar una comunicación en nombre de personas o grupos de personas se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar que actúa en su nombre sin tal consentimiento”. *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, adoptado por la Asamblea General mediante resolución A/RES/63/117 adoptada el 10 de diciembre de 2008.

⁴⁸ Véase anexo 8: Estado de ratificación de tratados internacionales e interamericanos sobre derechos económicos, sociales y culturales.

⁴⁹ Corte IDH, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 153. Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, par. 68, p. 23.

consultiva, por ejemplo, en el caso de los *Trabajadores Migrantes Indocumentados*.⁵⁰

En efecto, desde la perspectiva de los derechos económicos, sociales y culturales, la actividad de la Corte IDH ha sido más bien recatada, por la escasez de mención de estos derechos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por la debilidad que plantea el Protocolo de San Salvador, el cual, si bien reconoce esta clase de derechos, sólo contempla la jurisdicción de la Corte IDH y la posibilidad de presentar denuncias individuales, respecto de dos derechos.⁵¹ En efecto, el Protocolo de San Salvador redujo la posibilidad de presentar denuncias individuales a ciertos derechos sindicales y al derecho a la educación.⁵²

⁵⁰ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A, núm. 18.

⁵¹ Todos los países de América del Sur, salvo Chile y Venezuela, han ratificado el Protocolo de San Salvador. “Artículo 19: Medios de Protección: 6. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Protocolo de San Salvador* (suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimotercero periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General). Entrada en vigor: 16 de noviembre de 1999.

⁵² “Artículo 8: Derechos Sindicales: 1. Los Estados partes garantizarán: a. el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente”; “Artículo 13: Derecho a la Educación: 1. Toda persona tiene derecho a la educación. 2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz. 3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación: a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a to-

En consecuencia, desde la perspectiva jurisdiccional, la competencia contenciosa de la Corte en materia de DESC ha sido discreta. Por ejemplo, en el caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú*, la Corte IDH, dentro de la reparación, ordenó al Estado pagar los salarios devengados y demás derechos laborales que correspondan.⁵³ En el caso *Baena Ricardo vs. Panamá*, la Corte IDH condenó la aplicación retroactiva de una ley que acarreó “el despido de un amplio número de dirigentes sindicales, con lo cual se afectó gravemente la organización y la actividad de los sindicatos que agrupaban a los trabajadores, y se vulneró la libertad de asociación sindical”.⁵⁴ Además, en el caso de los trabajadores cesados del Congreso

dos gratuitamente; b. la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; d. se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria; e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales. 4. Conforme con la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente. 5. Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados partes”.

⁵³ “Esta Corte ha manifestado, en relación al daño material en el supuesto de víctimas sobrevivientes, que el cálculo de la indemnización debe tener en cuenta, entre otros factores, el tiempo que éstas permanecieron sin trabajar. La Corte considera que dicho criterio es aplicable en el presente caso, y para tal efecto dispone que el Estado debe pagar los montos correspondientes a los salarios caídos y demás derechos laborales que correspondan a los magistrados destituidos, de acuerdo con su legislación”. Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C, núm. 71, par. 121, p. 54.

⁵⁴ “158. Esta Corte considera que la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el *corpus juris* de los derechos humanos. 159. La libertad de asociación, en materia laboral, en los términos del artículo 16 de la Convención Americana, comprende un derecho y una libertad, a saber: el derecho a formar asociaciones sin restricciones distintas a las permitidas en los incisos 2 y 3 de aquel precepto convencional y la libertad de toda persona de no ser compelida u obligada a asociarse. El Protocolo de San Salvador de 17 de noviembre de 1988, en su artículo 8.3, recoge la misma idea y precisa que, en materia sindical, “[n]adie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato”. Corte IDH, *Caso Baena Ri-*

(Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, la Corte, sin pronunciarse derechamente sobre derechos sociales violados, ordenó, como medida reparatoria, la creación de un órgano independiente e imparcial para que revise los despidos de los trabajadores del Congreso.⁵⁵ Finalmente, en el caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú, la Corte IDH tuvo la gran oportunidad —lamentablemente perdida— de pronunciarse sobre una violación del derecho al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, en lo relativo al derecho a la pensión.⁵⁶ En nuestra opinión, este último caso refleja una cautela excesiva respecto de los DESC.

Sin embargo, la competencia consultiva de la Corte IDH ha constituido una herramienta eficaz para la construcción, en ciernes, de una doctrina jurisprudencial sobre los DESC, en particular, sobre los derechos sociales. En efecto, en su *Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, la Corte IDH tuvo la oportunidad de afirmar que “son numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan los derechos laborales a nivel interno e internacional, la interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme al prin-

cardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Serie C, núm. 72, pars. 158 y 159, p. 101

⁵⁵ “148. Sin embargo, en el presente caso el Tribunal considera que la reparación consecuente con las violaciones declaradas es disponer que el Estado garantice a los lesionados en el goce de sus derechos o libertades conculcados, a través del efectivo acceso a un recurso sencillo, rápido y eficaz, para lo cual deberá constituir a la mayor brevedad un órgano independiente e imparcial que cuente con facultades para decidir en forma vinculante y definitiva si esas personas fueron cesadas regular y justificadamente del Congreso de la República o, en caso contrario, que así lo determine y fije las consecuencias jurídicas correspondientes, inclusive, en su caso, las compensaciones debidas en función de las circunstancias específicas de cada una de esas personas”. Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 158, par. 148, p. 55.

⁵⁶ “Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas¹⁵⁸, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”. Corte IDH, *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98, par. 147, p. 64.

cipio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana, en este caso, al trabajador”.⁵⁷

Asimismo, en nuestra opinión, el tratamiento de los derechos de los pueblos indígenas por la Corte IDH —debiendo necesariamente abordar las relaciones de estas comunidades con su entorno natural—, ha abierto la posibilidad de la consideración de los DESC por parte de la Corte IDH, especialmente, en el ámbito del derecho del medio ambiente.

Paralelamente, en este contexto de una progresiva dinámica internacional, las jurisdicciones nacionales han comenzado a ser más permeables a los derechos económicos, sociales y culturales, particularmente, en el ámbito de los derechos sociales, del derecho a la educación y del derecho a la salud. Podemos citar dos ejemplos notables, uno chileno y otro Costarricense. En primer lugar, el Tribunal Constitucional chileno se pronunció derechamente sobre el derecho a la salud en el caso de Silvia Peña Wasaff, señalando que

es también base constitucional y de orden público del contrato de salud la prevista en el artículo 19, núm. 9, de la Carta Política, cuyo inciso final reconoce el derecho de la requirente a elegir el sistema de salud al que desea acogerse. Acorde con la idea de sistema coherente de valores, principios y preceptos ya expuesta, deviene irrefutable que todas las cláusulas del referido contrato deben orientarse a materializar el goce real y legítimo de dicho derecho, más todavía si el afiliado envejece y, a raíz de ello, sube considerablemente el factor respectivo, lo cual repercute en el mayor costo de su plan de salud. Con ello, lejos de permitir el acceso a las prestaciones correlativas, las dificulta y, en el caso extremo, cuando el afiliado, no puede seguir pagando el nuevo costo del plan, cual sucede en la causa aquí decidida, queda obligado a abandonar el sistema privado de salud que había escogido para incorporarse al equivalente público. Obviamente, el hecho descrito significa que el afectado se halla impedido de ejercer tales de-

⁵⁷ “El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleadortrabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales”. Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A, núm. 18, par. 148, p. 128.

rechos, a pesar de estarle asegurados por la Constitución en cualquier tiempo y circunstancia.⁵⁸

Por su parte, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica se ha pronunciado reiteradas veces sobre el derecho a la seguridad social, apoyándose en instrumentos internacionales de derechos humanos. En efecto, esta Sala señaló que

La seguridad social, esto es, el sistema público de cobertura de necesidades sociales, individuales y de naturaleza económica desarrollado en nuestro país a partir de la acción histórica de la previsión social, estructurada en nuestro país sobre la base de las pensiones y jubilaciones, de la mano de la intervención tutelar del Estado en el ámbito de las relaciones de trabajo ha llegado a convertirse con el tiempo sin la menor reserva, en una de las señas de identidad principales del Estado social o de bienestar.⁵⁹

Además de estos pronunciamientos jurisprudenciales, cabe mencionar las nuevas Constituciones en países como Venezuela con su nueva Constitución en 1999, Ecuador con su nueva Constitución 2008 y Bolivia en 2009, donde los derechos económicos, sociales y culturales, y el derecho al medio ambiente, ocupan un lugar destacado.⁶⁰ A pesar de las críticas que se le puedan formular a los procesos constituyentes de estos países, debe destacarse, sin lugar a dudas, los notables avances y desarrollos que estas Constituciones introducen al modelo constitucional latinoamericano, concretizando y encarnando realmente una transición hacia una de-

⁵⁸ Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de implicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago*. Rol 976-07. Sentencia de fecha 26 de junio de 2008. Considerando 63.

⁵⁹ Caso Exp: 06-009116-0007-CO, Res. 2007017971, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 14:51 hrs., del 12 de diciembre de 2007. Parte IV.

⁶⁰ “[...] el proceso de constitucionalización de algún tipo de derecho en relación con el medio ambiente ha recibido un impulso cada vez mayor a medida que los estados que, saliendo de diversos tipos de experiencias autoritarias o totalitarias, se dotaban de un sistema democrático y constitucional iban redactando sus nuevas cartas magnas de acuerdo con las tendencias de evolución en el reconocimiento de los derechos humanos en el plano internacional”. Vernet, Jaume y Jaria, Jordi, “El derecho a un medio ambiente sano: su reconocimiento en el constitucionalismo comparado y en el derecho internacional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 513-533, especialmente, p. 528.

mocracia constitucional comunitaria, donde el factor social y la preocupación por el ser humano como centro de comunidad, es la principal consideración.⁶¹

IV. LA INFLUENCIA DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LOS ÓRDENES NACIONALES

Uno de los rasgos más significativos de la evolución político constitucional de los Estados de América del Sur, a lo largo de estos últimos 30 años, ha sido su progresiva incorporación y sometimiento voluntario al sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos. Esto último ha implicado la existencia de casos contenciosos ante la Corte IDH que, eventualmente, terminan en la determinación de violaciones de la CADH y de responsabilidad para los Estados. Como se verá a continuación, esta incorporación de los Estados constitucionales al sistema interamericano ha generado interacciones y enriquecedoras dinámicas con los sistemas estatales pero, al mismo tiempo, a veces, ha ocasionado grandes tensiones.

1. *Evolución y relevancia actual del sistema interamericano*

En términos generales, la incorporación de los Estados de América del Sur al sistema interamericano ha ido revelando los problemas heredados de los regímenes autoritarios anteriores, en particular, los problemas derivados de la imposición por esos regímenes de Constituciones de amarre.⁶² Sin duda, ésta es la situación de Chile, en los cuatro casos que, hasta ahora, ha sido condenado ante la Corte IDH, donde se han develado graves problemas en materia de derecho a la libertad de expresión y de información, de excesiva competencia de los tribunales militares, y de la impunidad derivada asimismo de la aplicación de la normativa de amnistía creada por el gobierno militar.⁶³

⁶¹ Véase anexo 10: Ejemplos de reconocimiento expreso de cinco derechos económicos y sociales en las Constituciones de América del Sur.

⁶² Borea O., Alberto: "Nuevas perspectivas para el tratamiento de los Decretos-Leyes de los gobiernos de facto", *Revista del IIDH*, núm. 22, julio-diciembre 1995, pp. 51-63.

⁶³ Corte IDH, *Caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73;

Desde el punto de vista judicial, es posible apreciar que se ha desarrollado una enriquecedora dialéctica entre los jueces interamericanos y los jueces constitucionales de América del Sur. Por ejemplo, en Argentina, la jurisprudencia de la Corte IDH sirvió de sustento a la anulación de las leyes de punto final. En efecto, en el *caso Simón*, en 2005, la Corte Suprema de Justicia argentina examinó la constitucionalidad de las leyes 23.492 denominada de “punto final” y 23.521 denominada de “obediencia debida” que impedía la investigación y persecución de los crímenes cometidos durante la dictadura. Finalmente, la Corte Suprema argentina declaró inconstitucionales dichas leyes y las privó de cualquier efecto jurídico así como a cualquier acto fundado en ellas⁶⁴. En este caso, de modo notable, la Corte Suprema siguió, explícita o implícitamente, las enseñanzas derivadas de la Corte IDH, *inter alia*, en el *caso Barrios Altos contra Perú*, el cual afirmó que:

La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye *per se* una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, la Corte considera que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales.⁶⁵

Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 135; Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 151; Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154.

⁶⁴ Simón, Julio Héctor y otros-Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) -2005-06-14-Fallos: 328:2056.

⁶⁵ El 3 de septiembre de 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en el caso Barrios Altos, respecto de los efectos de las leyes de amnistía, 26.479 y 26.492. El fallo se debió a una solicitud realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en demanda de interpretación del fallo de la Corte del 14 de marzo de 2001 (sentencia de fondo caso Barrios Altos), ya que el Estado peruano consideraba válidas las leyes de amnistía para todos los casos de violaciones de los derechos humanos, con excepción del caso Barrios Altos. La Corte Interamericana resolvió que la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales, siendo nulas de nulidad absoluta las leyes de amnistía 26.479 y 26.492 para todos los crímenes contra la humanidad co-

Además, en este último caso, la Corte IDH reiteró el principio de que

son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales 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.⁶⁶

Esta misma jurisprudencia fue reiterada por la Corte IDH, respecto de Chile, en el *caso Almonacid*, de 2006.⁶⁷ Uno de los efectos en Chile, derivados del *caso Almonacid*, fue que la Corte Suprema de Chile dejó de aplicar, *de facto*, el Decreto Ley 2.191 de 1978, denominado Ley de Amnistía. Sin embargo, aun no se da cumplimiento íntegro a la sentencia de la Corte IDH en cuanto dispone que “el Estado debe dejar sin efecto las citadas resoluciones y sentencias emitidas en el orden interno, y remitir el expediente a la justicia ordinaria, para que dentro de un procedimiento penal se identifique y sancione a todos los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano”.⁶⁸

metidos por el Estado peruano, a través de sus subordinados. La decisión de la Corte Interamericana zanjó así, definitivamente, el tema. Véase Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia del 3 de septiembre de 2001. Serie C, núm. 83, par. 18, p. 6.

⁶⁶ Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia del 14 de marzo de 2001. Serie C, núm. 75, par. 41, p. 15.

⁶⁷ “[...] la Corte estima que los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía”. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, par. 114, p. 50.

⁶⁸ Además, la Corte IDH. dispuso que el “Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y sancionar penalmente a los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano. Chile no podrá volver a aplicar el Decreto Ley 2.191 [...]. Pero además, el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio *ne bis in idem*, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables”. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs.*

Desde el punto de vista de la actividad legislativa, las sentencias de la Corte IDH han generado cambios legislativos e incluso constitucionales en los Estados sujetos a su jurisdicción, como por ejemplo en el caso de *La última tentación de Cristo* de 2001, donde la Corte ordenó al Estado de Chile adecuar su legislación interna a las normas de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (en adelante, la CADH).⁶⁹ De este modo, en 2001, Chile modificó su Constitución en lo relativo a la libertad de expresión, eliminando la posibilidad de la censura previa.⁷⁰ En un caso más reciente, el Estado de Chile dictó la Ley 20.285 del 20 de agosto de 2008 sobre Acceso a la información pública, adecuando su legislación a las disposiciones de la CADH en materia de libertad de informa-

Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, par. 151, p. 60. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, par. 147, p. 59.

⁶⁹ “97. Respecto del artículo 13 de la Convención, la Corte considera que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película “La última tentación de Cristo”, ya que está obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. 98. En relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, las normas de derecho interno chileno que regulan la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica todavía no han sido adaptadas a lo dispuesto por la Convención Americana en el sentido de que no puede haber censura previa. Por ello el Estado continúa incumpliendo los deberes generales a que se refieren aquéllas disposiciones convencionales. En consecuencia, Chile debe adoptar las medidas apropiadas para reformar, en los términos del párrafo anterior, su ordenamiento jurídico interno de manera acorde al respeto y el goce del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en la Convención”. Corte IDH, *Caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73, pars. 97 y 98, p. 38.

⁷⁰ Ley 19.742 Reforma constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el derecho a la libre creación artística, *DO* del 25 de agosto de 2001.

ción y acceso a la información pública, de acuerdo con lo dispuesto por la Corte IDH en el *caso Claude Reyes y otros*, de 2006.⁷¹

Desde el punto de vista del impacto y seguimiento en la jurisprudencia constitucional, las interpretaciones y razonamiento de la Corte IDH son seguidas por los jueces constitucionales sobre una base de aumento progresivo. En efecto, en el caso de Chile, ocasionalmente, el Tribunal Constitucional invoca y se apoya en decisiones de la Corte IDH mientras que, con mayor frecuencia, la jurisprudencia interamericana aparece en los votos disidentes de sus ministros. Desde la perspectiva de los fallos del Tribunal Constitucional chileno, es importante destacar el *Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”*, en donde el Tribunal Constitucional invocó la doctrina establecida por la Corte IDH, en su Opinión Consultiva núm. 5 de 1985, al señalar que “para dilucidar el conflicto constitucional planteado y ante la evidencia de estar estos jueces frente a una duda razonable, ha de acudir a aquellos criterios hermenéuticos desarrollados por la teoría de los derechos fundamentales, por ser ésta la materia comprometida en el presente requerimiento. En tal sentido, parece ineludible tener presente el principio “*pro homine*” o “*favor libertatis*” definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: “*Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...) debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana*”.⁷²

⁷¹ En este fallo, la Corte le reiteró a Chile que “[...] el deber general comprendido en el artículo 2 de la Convención implica la supresión tanto de las normas como de las prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violaciones a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Por ello, Chile debe adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, dentro de las cuales debe garantizar la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, que fije plazos para resolver y entregar la información, y que se encuentre bajo la responsabilidad de funcionarios debidamente capacitados”. Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 151, par. 163, p. 62.

⁷² Tribunal Constitucional: *Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”*, aprobadas por el Decreto Supremo 48, de 2007, del Ministerio de Salud. Rol núm. 740-2007. Sentencia del 18 de abril de 2008. Considerando 66, p. 140; “En consecuencia,

En cuanto a las opiniones disidentes, se pueden mencionar los votos de los Ministros señores Hernán Vodanović Schnake y Jorge Correa Sutil, en el *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Carolina Gajardo Salazar respecto del inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal, en la causa RIT 2015-2005, seguida ante el Juzgado de Garantía de Talcahuano, por cuasidelito de homicidio*, de 2008, quienes estuvieron por acoger el requerimiento sólo en cuanto se inaplica el acápite del inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal que establece lo siguiente: “Tampoco será susceptible de recurso alguno la sentencia que se dictare en el nuevo juicio que se realizare como consecuencia de la resolución que hubiere acogido el recurso de nulidad”. Para resolver aquello, consideraron dentro de su razonamiento la doctrina establecida, en 2004, por la Corte IDH (*Herrera Ulloa con Costa Rica*), al declarar que el derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención,

*no se satisface con la mera existencia de un órgano del grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en los términos de dichos instrumentos internacionales, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto.*⁷³

En el caso de Perú, el seguimiento de las decisiones de la Corte IDH y la adopción de los criterios provenientes del DIDH es muy interesante. Así, podemos mencionar el caso del *Colegio de Abogados del Callao c.*

si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce”. Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A, núm. 5, par. 52, p. 16.

⁷³ Tribunal Constitucional: *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Carolina Gajardo Salazar respecto del inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal, en la causa RIT 2015-2005, seguida ante el Juzgado de Garantía de Talcahuano, por cuasidelito de homicidio*. Rol 1130-2007. Sentencia del 7 de octubre de 2008. Voto disidente de los ministros señores Hernán Vodanović Schnake y Jorge Correa Sutil. Considerando 17, p. 33.

Congreso de la República, de 2007, cuyo fallo se apoya en el Caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*, ante la Corte IDH, de 1999, en cuanto a la “interpretación de los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos y de las decisiones de los tribunales internacionales sobre derechos humanos como derecho interno”, señalando que

El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. (...). De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana.⁷⁴

Asimismo, y de manera notable, la actuación jurisprudencial de la Corte IDH ha sido mucho más dinámica que la Corte Europea de Derechos Humanos, lo cual queda en evidencia en temas tan destacados como la apertura de la Corte Interamericana a abordar la identidad cultural y los derechos humanos de los pueblos indígenas y en el tema de las reparaciones debidas a las víctimas por violaciones a los derechos humanos. En efecto, en la primera situación, la Corte IDH ha conocido de casos sobre derechos indígenas específicos, tales como, por ejemplo, el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad colectiva de la tierra y territo-

⁷⁴ Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C, núm. 71, pars. 68 y 71, pp. 40 y 41.

rios.⁷⁵ Además, la Corte IDH ha conocido de casos que si bien, no abordan violaciones de derechos indígenas específicos, los jueces interamericanos sí consideran el elemento de la identidad cultural, al momento de razonar y resolver el caso, como por ejemplo, en el *caso Aloeboetoe, Escué Zapata o Yatama*.⁷⁶ Toda esta actividad de la Corte IDH ha producido un notable impacto en el orden constitucional de los Estados, donde hoy, son innegables los esfuerzos hacia una mayor tolerancia, pluralismo sociocultural y jurídico y respeto del multiculturalismo.

En la segunda situación, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido fundamental para el desarrollo, por ejemplo, del estudio que elaboró el profesor Theo van Boven sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales y la subsiguiente aprobación de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.⁷⁷

⁷⁵ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79; Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C, núm. 124; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146; Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172.

⁷⁶ Corte IDH, *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Reparaciones y Costas. Sentencia del 10 de septiembre de 1993. Serie C, núm. 15; Corte IDH, *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de julio de 2007. Serie C, núm. 165; Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C, núm. 127.

⁷⁷ Comisión des Droits de L'homme: *Etude concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales*. Rapport final présenté par M. Theo van Boven, Rapporteur spécial. U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, 2 juillet 1993, pars. 87-92; véase *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005.

En el tiempo presente, se aprecia una incorporación del lenguaje de los derechos humanos, especialmente de aquel desarrollado por la Corte IDH y, en general, por el resto del sistema interamericano de protección, en los debates constitucionales y en la normativa constitucional. A su vez, esta incorporación de lenguaje, pero además, del espíritu, de los principios y normas de los derechos humanos en las Constituciones de América del Sur y en la actividad jurisprudencial de sus órganos constitucionales, queda plasmada en el hecho de que la propia Corte IDH cita e invoca las decisiones pronunciadas por diversos tribunales constitucionales o supremos del continente, en materia de derechos humanos, lo que da cuenta de la creciente dinámica de los derechos fundamentales en el seno de los órganos jurisprudenciales constitucionales. Así, por ejemplo,

podemos mencionar al Tribunal Constitucional de Bolivia,⁷⁸ a la Sala Penal Nacional de Perú,⁷⁹ a la Corte Constitucional de Colombia.⁸⁰

⁷⁸ “De otra parte, cabe observar que el Tribunal Constitucional de Bolivia ha sido consistente en declarar que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos son parte del bloque de constitucionalidad, así como la jurisprudencia emanada del sistema interamericano de protección a los derechos humanos es vinculante para la jurisdicción interna de Bolivia. En este sentido, dicho Tribunal Constitucional ha considerado que “la privación ilegal de la libertad [...] es un delito permanente [y] consecuentemente para computar los delitos permanentes se debe empezar a contar desde el día en que cesa la ejecución del delito”. Esta Corte considera que el Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de su obligación de investigar y, en su caso, sancionar penalmente a los responsables de los hechos cometidos en perjuicio del señor Ticona Estrada. En particular, al tratarse de graves violaciones de derechos humanos el Estado no podrá argumentar prescripción o cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables”. Corte IDH, *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de noviembre de 2008. Serie C, núm. 191, par. 147, p. 42; “La jurisprudencia internacional refleja también este entendimiento, al igual que varias Cortes Constitucionales de los Estados Americanos. Por ejemplo, la Sala Penal Nacional del Perú ha declarado que “la expresión ‘desaparición forzada de personas’ no es más que el nomen iuris para la violación sistemática de una multiplicidad de derechos humanos. [...] Se distingue[n] varias etapas en la práctica de la desaparición de personas como [pueden ser] la selección de la víctima, detención de la persona, depósito en un lugar de reclusión, eventual traslado a otro centro de reclusión, interrogatorio, tortura y procesamiento de la información recibida. En muchos casos ocurr[e] la muerte de la víctima y el ocultamiento de sus restos”. Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 12 de agosto de 2008. Serie C, núm. 186, par. 111, p. 31.

⁷⁹ “Por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el derecho penal interno, si se mantiene la conducta delictiva, la nueva ley resulta aplicable. En este mismo sentido se han pronunciado tribunales de la más alta jerarquía de los Estados del continente americano, como lo son, la Sala Penal Nacional de Perú, el Tribunal Constitucional de Perú, la Suprema Corte de Justicia de México, el Tribunal Constitucional de Bolivia, la Corte Suprema de Justicia de Panamá, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela y la Corte Constitucional de Colombia⁹⁹, Estados que, al igual que Guatemala, han ratificado la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada”. Corte IDH, *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2008. Serie C, núm. 190, par. 87, p. 30.

⁸⁰ “Sobre la relación de esta jurisdicción [disciplinaria] con el derecho de acceso a la justicia, la Corte Constitucional de Colombia ha entendido que “si bien la regla general indica que en el derecho disciplinario no existen víctimas por cuanto las faltas remiten a infracciones de deberes funcionales y no a lesiones de derechos, de manera excepcional puede hablarse de víctimas de una falta disciplinaria cuando de la infracción del deber que la constituye surge, de manera inescindible y directa, la violación del derecho inter-

2. *Las zonas de penumbra*

¿Cuál es uno de los problemas que presenta el funcionamiento del sistema interamericano de derechos humanos? El cumplimiento y ejecución en el orden nacional de las sentencias de la Corte IDH. A pesar del grado de evolución importante que han experimentado las Constituciones de los países de América del Sur, y del grado de reconocimiento que ellas le proporcionan al DIDH, todavía en el tercer milenio surgen voces que esgrimen el argumento de la soberanía popular para rechazar el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH. Todo ello a pesar del texto expreso que los propios Estados han aceptado de la CADH en el cual se señala que las sentencias de la Corte IDH son obligatorias y, por lo tanto, ejecutorias.⁸¹ Por lo demás, los países de la región deben tener presente que el record de satisfacción pronta y oportuna de las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos, es un elemento relevante a considerar en el examen periódico universal que realiza el Consejo de Derechos Humanos.⁸²

Digno de destacar es el caso reciente de Venezuela, con la sentencia dictada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que declara inejecutable la sentencia de la Corte IDH y además, dispone que el Estado de Venezuela debe denunciar la CADH. Además, existe el caso de Chile,

nacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario”. Corte IDH, *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 11 de mayo de 2007. Serie C, núm. 163, par. 207, p. 67.

⁸¹ “Artículo 68: 1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

⁸² “Chile mantiene una permanente cooperación con los mecanismos de supervisión del derecho internacional de los derechos humanos, presentando periódicamente sus informes a los órganos de tratados, procurando hacer efectivas sus recomendaciones y adecuando su normativa interna a dichos instrumentos. Asimismo, ha dado cumplimiento a las recomendaciones y sentencias de los órganos interamericanos de derechos humanos, que en un caso significó reformar la Constitución (Caso “Última tentación de Cristo”), y en otro, la dictación de una Ley de Transparencia y Acceso a Información Pública (Caso “Claude Reyes y otros”) que estableció procedimientos, recursos y un organismo —Consejo para la Transparencia— que velará por la aplicación de la citada ley”. Asamblea General: *Informe Nacional presentado de conformidad con el párrafo 15 A) Anexo a la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos*. Doc. N.U. A/HRC/WG.6/5/CHL/1, del 16 de febrero de 2009.

que aun no da cumplimiento íntegro a la sentencia *Almonacid Arellano* y a la sentencia *Palamara Iribarne*. En este contexto, pero excediéndonos del marco geográfico del Cono Sur, resulta digno de destacar la reciente sentencia de la Corte IDH, *caso Tiu Tojin contra Guatemala*, a raíz del reiterado incumplimiento de un acuerdo sobre reparaciones y de los compromisos adquiridos en el marco de una solución amistosa en el que el Estado reconoció su responsabilidad internacional derivada de los hechos del presente caso.⁸³

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos se han planteado casos de denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos y, también, de retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH. En materia de denuncia, el 26 de mayo de 1998, la República de Trinidad y Tobago comunicó al Secretario General de la OEA su resolución de denunciar la CADH, de conformidad con el artículo 78 de la Convención. Esta decisión se produjo a raíz de la presentación de reiterados casos de imposición de la pena capital.

En cuanto al retiro del reconocimiento, en junio de 1999, la Corte Suprema de Justicia de Perú, declaró inejecutable la sentencia de reparaciones de la Corte IDH, en el *caso Loayza Tamayo*, de noviembre de 1988. A raíz de dicho caso y del caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, en julio de 1999, el Congreso Peruano aprobó por 60 votos en favor un proyecto impulsado por el ex presidente Fujimori, mediante el cual se decide el retiro con efecto inmediato del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH. En enero de 2001, el Congreso de Perú adoptó la resolución legislativa 27.401, que pide restablecer, para Perú, a plenitud la competencia contenciosa de la Corte.

En efecto, en el caso de Perú, manifestó expresamente su deseo de “retirar” su aceptación de jurisdicción de la Corte IDH, en el caso del Tribunal Constitucional. En la sentencia de competencia, se señaló que “Mediante nota del 16 de julio de 1999, recibida en la Secretaría de la Corte el 27 de los mismos mes y año, la Secretaría General de la OEA informó que, del 9 de julio de 1999, el Perú había presentado un instrumento en el que comunicaba el retiro de su declaración de reconocimiento de la cláusula facultativa de sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte. Asimismo, transmitió copia del original de dicho instrumento, fechado en Lima el 8 de julio de 1999. En éste, el ministro

⁸³ Corte IDH, *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2008. Serie C, núm. 190.

de Relaciones Exteriores del Perú señalaba que el Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa 27.152 de la misma fecha, había aprobado el retiro en los siguientes términos: [...] que, de acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la República del Perú retira la Declaración de reconocimiento de la cláusula facultativa de sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hecha en su oportunidad por el gobierno peruano”.⁸⁴

Recientemente, Venezuela ha amenazado con denunciar la CADH, después de que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró —del 18 de diciembre de 2008— inejecutable una sentencia de la Corte IDH en favor de tres ex jueces. En efecto, el máximo Tribunal Venezolano expresó que “esta Sala Constitucional declara inejecutable el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 5 de agosto de 2008, en la que se ordenó la reincorporación en el cargo de los ex magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz B.; con fundamento en los artículos 7, 23, 25, 138, 156.32, el capítulo III del título V de la Constitución de la República y la jurisprudencia parcialmente transcrita de las Salas Constitucional y Político Administrativa”⁸⁵

Además, más sorprendente aún en este caso, la Sala Constitucional venezolana solicitó al gobierno que denuncie la CADH, al expresar que

con fundamento en el principio de colaboración de poderes (artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se solicita al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar este Tratado o Convención, ante la evidente usurpación de funciones

⁸⁴ “[...] la Corte considera que es inadmisibles el pretendido retiro por el Perú de la declaración de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte con efectos inmediatos, así como cualesquiera consecuencias que se busque derivar de dicho retiro, entre ellas, la devolución de la demanda, que resulta irrelevante”. Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. Sentencia del 24 de septiembre de 1999. Serie C, núm. 55, pars. 27 y 53, pp. 9 y 14.

⁸⁵ Véase Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales, Expediente núm. 08-1572. Sentencia del 18 de diciembre de 2008; Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de agosto de 2008. Serie C, núm. 182.

en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, con el fallo objeto de la presente decisión.⁸⁶

Resulta muy interesante y esclarecedor, el voto disidente del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, quien muestra las contradicciones de la sentencia arriba referida, al señalar que “Con especial énfasis, por último, se aparta quien disiente de la solicitud al Ejecutivo Nacional de que “proceda a denunciar” la Convención Americana sobre Derechos Humanos “en función de la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el fallo objeto de la presente decisión”. Más allá de que no se comparte la existencia de una evidente usurpación de funciones por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se hace un flaco servicio al Estado cuando se le coloca en incumplimiento con sus obligaciones nacionales (artículos 30 y 31 de la Constitución) e internacionales (artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) en materia tan sensible como los derechos humanos que, paradójicamente, gozan de una protección ejemplar en nuestra Constitución, cuyo texto se reduce a eso, sólo un texto, cuando se le desconoce. Por otra parte, resulta desconcertante que la sentencia reconozca la vigencia de la Convención y su rango constitucional dentro del derecho interno; la diferencia entre ese tratado y los informes, opiniones y decisiones que se dicten con ocasión de su aplicación; que declare que “no se trata de interpretar el contenido y alcance de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni de desconocer el tratado válidamente suscrito por la República que la sustenta o eludir el compromiso de ejecutar las decisiones según lo dispone el artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” y, en el mismo veredicto, los mismos sentenciadores estimen que debe denunciarse la Convención a causa de un supuesto exceso, no del acuerdo multilateral en sí, sino de un acto distinto”.⁸⁷

Es interesante resaltar que el no cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH es una fuente de impunidad, promovida por la actitud del Esta-

⁸⁶ Véase Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, magistrado ponente: Arcadio Delgado Rosales, Expediente 08-1572. Sentencia del 18 de diciembre de 2008.

⁸⁷ Véase Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, magistrado ponente: Arcadio Delgado Rosales, Expediente 08-1572. Sentencia del 18 de diciembre de 2008. Voto disidente del magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, Considerando 9.

do, que, además de no perseguir al responsable de la conducta ilícita, puede generar la ausencia de satisfacción de otras consecuencias jurídicas del fallo, tales como reformas legislativas, invalidación de procesos, modificación de reglamentos, políticas y programas, entrega de reparación a las víctimas, etcétera. Así, García Ramírez, explicando la impunidad ha señalado que

[s]e trata de señalar el fenómeno que se presente cuando los delincuentes no reciben el castigo —la pena, la punición— que corresponde a su conducta ilícita. Ahora bien, en una acepción más amplia habría que reelaborar el concepto —y probablemente redefinirlo— a fin de que abarque la omisión de cualquier medida que sea consecuencia de la violación cometida y declarada por la autoridad competente.⁸⁸

La disconformidad interna con los fallos de la Corte IDH, no es un rasgo exclusivamente del continente americano, ya que en el sistema europeo de protección de los derechos fundamentales también se presentan. Sin embargo, hay dos diferencias fundamentales, por un lado, este tipo de situaciones es esporádico o infrecuente. Por otro lado, cuando ocurren estas disconformidades, nadie plantea siquiera abandonar el sistema europeo de protección de los derechos humanos.⁸⁹ En consecuencia, el problema que surge en el continente americano y la preocupación que se puede manifestar dice relación con la insistencia de los Estados en cuanto a amenazar abandonar el sistema interamericano de protección, lo cual no sólo resquebraja la fortaleza del sistema sino que además, desde el punto de vista in-

⁸⁸ García Ramírez, Sergio, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 1-85, especialmente, p. 75.

⁸⁹ Se debe tener presente que el consenso común en Europa, recordado por el Parlamento europeo reiteradamente, es que “la democracia se basa en el pleno respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y en la plena aplicación del principio de la legalidad y en el Estado de Derecho; pide, por consiguiente, a los Estados miembros y a las instituciones de la UE que garanticen el pleno respeto de las disposiciones de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y, en particular, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y sus protocolos, junto con sus respectivas constituciones y legislaciones”. *Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea* (2001) (2001/2014(INI)).

terno de los Estados, da cuenta de una falta de madurez constitucional, de un posible retroceso en el proceso democratizador y de una debilidad en las instituciones constitucionales. También surgen voces que buscan argumentos para justificar el incumplimiento de las decisiones de los órganos internacionales, en este caso, de la Corte IDH, por parte de los jueces nacionales, apoyándose en la doctrina del margen de apreciación nacional, que eventualmente le proporcionaría un grado de discrecionalidad al juez del foro para decidir si cumple o no cumple, cómo y cuándo cumple.⁹⁰

Para la consolidación de un verdadero Estado constitucional democrático es necesario avanzar en los procesos de respeto y protección creciente de los derechos humanos. En este sentido Pérez Luño ha señalado que “el Estado constitucional no sólo se caracteriza por ser la forma política que consagra la primacía de la Constitución, la reserva de Constitución y el protagonismo de la jurisdicción constitucional, sino que es también el marco jurídico-político de reconocimiento y garantía de los derechos de la tercera generación”.⁹¹

El individuo hoy ocupa un lugar preferente y privilegiado en la construcción del derecho constitucional. En consecuencia, los Estados de América del Sur, en virtud del principio de cooperación leal con la Corte IDH, deben contribuir y facilitar lealmente el desempeño de la Corte y, luego, dar cumplimiento efectivo a las sentencias de la misma.⁹² En este sentido, resultaría conveniente que los Estados del continente regularan, deseablemente mediante reformas constitucionales, la obligación que han asumido de cumplir y ejecutar las sentencias de la Corte IDH. Sólo algunos Estados han incorporado en sus ordenamientos normas en esta línea. Por ejemplo, se pueden citar Costa Rica, en el Convenio de sede entre el

⁹⁰ En el caso de la doctrina chilena, véase Nuñez Poblete, Manuel, “Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona”, *Revista Ius et Praxis*, año 14, núm. 2, 2008, pp. 331-372.

⁹¹ Pérez Luño, Antonio Enrique, “Estado constitucional y generaciones de derechos humanos”, Corte IDH, *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, vol. II, pp. 1241-1264, especialmente, p. 1258.

⁹² Sobre el principio de cooperación leal, véase Nohlen, Nicolas, “Germany: The European Arrest Warrant Case”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, núm. 1, 2008, pp. 153-161; “26. “Pacta sunt servanda”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, Viena, 1969.

gobierno de la República de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 10 de septiembre de 1981, ratificado por Ley 6.889; Colombia, por medio de la Ley 288, del 5 de julio de 1996, y el Decreto 321, del 25 de febrero de 2000, y Perú, artículo 115 del Código Procesal Constitucional —aprobado por Ley 28.237, publicada el 31 de mayo de 2004— y Ley 27.775, publicada el 7 de julio de 2002. Se han presentado algunas otras iniciativas en este sentido, entre las que cabe destacar el proyecto chileno de Acciones Protectoras de derechos fundamentales, aprobado por la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados y en discusión ante la Comisión de Legislación, Constitución y Justicia de la misma Cámara, el cual señala en su artículo 128 que las “sentencias de Cortes Internacionales o Supranacionales en materia de derechos humanos a la que el Estado de Chile le haya reconocido jurisdicción contenciosa vinculante son de obligatorio cumplimiento por los órganos del Estado de Chile”. En este contexto, junto con el profesor Bazán, podemos señalar que la voluntad política debiera concurrir para complementar el orden constitucional de los derechos fundamentales, a través de la generación de una norma que indicara de forma clara el procedimiento interno de ejecución de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte IDH.⁹³

V. FORJAMIENTO DE UN DERECHO AMERICANO DE LOS DERECHOS HUMANOS

A partir de las experiencias constitucionales de los países de América del Sur, y en términos más amplios, de los países del continente americano, en materia de derechos humanos, es posible afirmar que ha surgido, *in status nascendi*, un derecho americano de los derechos humanos, el cual, compartiendo ampliamente los principios y valores esenciales del DIDH, además, se ve complementado, sobre todo en su dinámica propia, por las características políticas y socioculturales del continente americano. Este derecho posee una normativa determinada, una comunidad de destinatarios definida y órganos (cuasi-jurisdiccionales y jurisdiccionales) de supervisión y control, lo cual modela y confirma la existencia de

⁹³ Bazán, Víctor, “La Corte Suprema de Justicia argentina y su rol en la articulación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno”, *Revista de Derecho Político*, núm. 73, septiembre-diciembre de 2008, pp. 315-373, especialmente, p. 367.

este *corpus iuris*. La ventaja fundamental es que este derecho americano de los derechos humanos (en adelante, el DADH) permite responder a las necesidades político-constitucionales y culturales de los Estados del continente y a la visión comunitaria claramente arraigada en los pueblos del mismo. La eventual desventaja es el riesgo de fragmentación del DIDH, hasta hoy, claramente consolidado como un sistema compacto.

En un cierto aspecto, más bien desde una perspectiva internacional, Pérez Luño se refiere a una supraestatalidad normativa en el ámbito de los derechos humanos como un nuevo *ius commune*.⁹⁴ Sin embargo, nuestro enfoque no se queda en la supraestatalidad normativa, ya que el DADH del que hablamos se encuentra en la confluencia entre el derecho internacional y el derecho constitucional y en su enriquecimiento recíproco. En efecto, desde el punto de vista de la normativa que lo compone, se pueden mencionar los instrumentos regionales de derechos humanos, empezando por la *Carta de la Organización de Estados Americanos* (en adelante, la OEA) en cuyo preámbulo se señala que los pueblos de América están

[s]eguros de que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esen-

⁹⁴ “La supraestatalidad normativa supone la adopción de reglas jurídicas comunes en el ámbito de ordenamientos diferentes, por efecto de explícitos actos de aceptación de la estructura normativa de determinadas organizaciones internacionales o supranacionales, o bien por el reconocimiento implícito de normas jurídicas fuera del área en la que inicialmente fueron promulgadas. Este fenómeno se ha expresado con particular eficacia en las experiencias y tentativas dirigidas a establecer un nuevo *ius commune*, es decir, un derecho común que, a semejanza del forjado por las universidades medievales, representa una especie de tejido conectivo que une los ordenamientos jurídicos modernos y que encuentra expresión en el plano del derecho positivo en documentos y acuerdos sobre derechos humanos, persecución de organizaciones delictivas internacionales y reglas generales del tráfico económico. Al propio tiempo que se afirma por vía jurisprudencial a través de la presencia en distintos ordenamientos estatales nacionales de modelos jurídicos que tienen un origen cultural común. Puede concluirse, a partir de estas consideraciones, que en las actuales sociedades interdependientes e interconectadas se ha erosionado y, en ocasiones, se ha llegado a abolir, el protagonismo hegemónico y monopolístico de los Estados nacionales, en la creación del sistema de fuentes del derecho”. Pérez Luño, Antonio Enrique, “Estado constitucional y generaciones de derechos humanos”, Corte IDH, *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, vol. II, pp. 1241-1264, especialmente, pp. 1243-1244.

ciales del hombre”.⁹⁵ Además, por supuesto, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, complementada con el Protocolo de San Salvador y otros instrumentos jurídicos regionales.⁹⁶ A estos instrumentos vinculantes, cabe sumar otros no vinculantes —al menos en cuanto tales— tales como la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, la cual en 1948, ya adelantaba el surgimiento, en ciernes, de este Derecho Americano de los Derechos Humanos, al señalar “la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución.”⁹⁷

Además, el preámbulo mencionado deja entrever que este DADH se forja en la confluencia mutuamente enriquecedora entre la protección internacional y las Constituciones nacionales, al señalar que “los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus Constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad”.⁹⁸

Luego, desde la perspectiva de la comunidad a la que rige, el DADH tiene como destinatario general todos los individuos, grupos y pueblos que se encuentren dentro de la jurisdicción de alguno de los Estados miembros de la OEA.

Finalmente, desde la óptica de los órganos de supervisión (jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales), los derechos humanos en América son supervisados por dos órganos. En primer lugar, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la CIDH), que posee competencia para conocer de las denuncias de particulares respecto de Estados miembros de la OEA y la Corte Interamericana de Derechos Humanos que posee competencia para conocer de demandas presentadas contra Estados que han aceptado expresamente su jurisdicción.

⁹⁵ Preámbulo de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, suscrita en Bogotá en 1948 y reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992, y por el Protocolo de Managua en 1993.

⁹⁶ Véase anexo 2: Estado de ratificación de los principales tratados interamericanos de derechos humanos.

⁹⁷ Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana), Bogotá, Colombia, 1948.

⁹⁸ *Idem*.

Toda esta normativa correspondiente al derecho internacional de los derechos humanos ha penetrado con fuerza el orden interno de los Estados, permeando y, a su vez, empapando el derecho constitucional —sus valores, principios y espíritu— y generando, desde la perspectiva de los derechos humanos, una unidad jurídica coherente protectora del individuo, grupos y pueblos.⁹⁹ Esto es lo que algunos autores han denominado la internacionalización del derecho constitucional.¹⁰⁰ Así, el derecho de los derechos humanos —en el orden interno de los Estados—, se compone hoy, de la confluencia enriquecedora entre el derecho internacional y el derecho constitucional.¹⁰¹ En otras palabras, tomando sólo en cuenta los derechos humanos, el derecho constitucional correspondería al DADH. Por lo tanto, se habría superado, aquella vieja concepción de que

⁹⁹ “El reconocimiento explícito, por parte de nuestra más elevada instancia jurisdiccional constitucional, del carácter «sistemático» de nuestra tabla de derechos fundamentales deja abierta la consideración de importantes cuestiones” [...] “La Constitución (sic), como norma suprema de un Estado de derecho desarrollado, al apelar a la noción de ordenamiento jurídico no hace sino reconocer que el conjunto de reglas que integran su Derecho positivo objetivo responde a los principios básicos de: unidad, plenitud y coherencia”. Pérez Luño, Antonio-Enrique, “Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 495-511, especialmente, p. 498.

¹⁰⁰ “Hoy día es posible constatar todo un proceso de internacionalización e integración progresiva del sistema de derechos fundamentales en los diferentes ordenamientos nacionales”. Álvarez Conde, Enrique y Tur Ausina, Rosario, “Los derechos en el constitucionalismo: tipología y tutela «multilevel»”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 231-276, especialmente, p. 232; véase Aguilar Cavallo, Gonzalo, “La internacionalización del derecho constitucional”, *Estudios Constitucionales*, año 5, núm. 1 (2007), pp. 223-281

¹⁰¹ “[...] a partir del presente deberá acomodar su óptica de enfoque hacia unos ordenamientos jurídicos policéntricos. Esta nueva perspectiva metodológica para asumir el significado actual de los sistemas jurídicos, denuncia la crisis del iuspositivismo kelseniano. Impone sustituir la imagen piramidal, es decir, jerarquizada del orden normativo, por un horizonte en el que la totalidad del sistema se obtendrá por la intersección de una pluralidad de estructuras normativas, de procedencia heterogénea y que hacinadas formarán un panorama del ordenamiento jurídico bastante parecido a una bóveda”. Pérez Luño, Antonio-Enrique, “Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 495-511, especialmente, p. 510.

“los derechos fundamentales nacen con la Constitución y se acaban con la Constitución”.¹⁰²

Por otra parte, dentro de las razones que se pueden aportar para justificar la conformación de este derecho americano de los derechos humanos se encuentran las siguientes:

En primer lugar, experiencias comunes: en los años setenta y ochenta, los países del Continente americano compartieron, en términos aproximados, las mismas experiencias de quiebre constitucional y democrático, con graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos.

En segundo lugar, procesos políticos y constitucionales similares. Como consecuencia de las experiencias vividas, las reacciones constitucionales y democráticas han sido, *mutatis mutandis*, las mismas o similares. En general, el patrón seguido en los países del continente fue el mismo. Por una parte, mantenimiento de las bases jurídicas establecidas por los regímenes autoritarios, por otra parte, dificultades para llevar adelante el procesamiento y juzgamiento de los responsables de las violaciones a los derechos humanos y, finalmente, apertura hacia un sistema regional de supervisión jurisdiccional de los derechos humanos.

En tercer lugar, gran actividad del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Sin lugar a dudas que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos se consolidó en la década de los años noventa. Diversos Estados del continente aceptaron su jurisdicción obligatoria y enriquecieron su doctrina y jurisprudencia constitucional con las enseñanzas de la Corte IDH, órgano jurisdiccional internacional que se configura como el supremo intérprete de regional en materia de derechos humanos. Este último es un patrón común, que se presenta con mayor o menor intensidad en los distintos países de América del Sur. Aun cuando se presente con baja intensidad, es un hecho que las sentencias de la Corte IDH y sus enseñanzas y jurisprudencia están presentes en las experiencias constitucionales y en la jurisprudencia constitucional de los países de la región.

Finalmente, creciente interacción y sinergia entre la Corte IDH y las instituciones constitucionales y democráticas de los Estados americanos. Luego de un inicio complejo en cuanto a la relación entre la Corte IDH y los Esta-

¹⁰² Cruz Villalón, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, núm. 25, 1989, pp. 35-62, especialmente, p. 41.

dos, hoy en día se puede argumentar que existe un verdadero diálogo entre la Corte IDH y sus enseñanzas y los órganos de los Estados, en particular, con la justicia ordinaria y constitucional, aunque muchas veces no muy fluido o desprovisto de obstáculos. Este diálogo entre el juez interamericano y el juez constitucional resulta singularmente relevante en la construcción coherente y uniforme de este verdadero *corpus iuris* interamericano que nosotros hemos denominado el derecho americano de los derechos humanos. Además, este derecho americano de los derechos humanos tiene en sí mismo una virtualidad propia de los derechos humanos cual es asegurar el principio democrático de no discriminación en el sentido que todos los individuos, grupos y pueblos de americano, tendría asegurado, al menos, un estándar básico de respeto y goce de los derechos humanos. En esta construcción del derecho americano de los derechos humanos, el derecho constitucional —del Estado democrático y comunitario del tercer milenio— juega un rol clave.

En consecuencia, tomando el ejemplo de América del Sur, se puede observar la consolidación de un derecho americano de los derechos humanos. En términos muy generales, las características de este derecho, se podrían esbozar en las siguientes:

- a) Se trata de un derecho dinámico, en permanente creación y evolución. Tal como lo ha sostenido el juez Cançado Trindade, “al fin y al cabo, tarde o temprano, aún frente a los más crueles crímenes de Estado, el derecho reacciona”,¹⁰³ sobre todo el DADH por su carácter esencialmente vivo y dinámico, aportando protección, reconocimiento y reparación al ser humano.
- b) El DADH configura un derecho cuyo fin natural es penetrar e incorporarse en los órdenes jurídicos internos por la vía del derecho constitucional de los Estados.
- c) Por esta vía de recepción natural, el DADH debiera tender a uniformar los contenidos y la aplicación de los derechos humanos en los diversos órdenes constitucionales americanos, y en lo que estamos tratando, en los ordenamientos constitucionales de América del Sur, el cual se configuraría como el estándar mínimo en mate-

¹⁰³ Corte IDH, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 153. Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, par. 68, p. 23.

ria de derechos humanos exigible a los Estados. Ese estándar mínimo americano, determinado por el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y en particular por la Corte IDH, debiera incorporarse en las Constituciones de los Estados americanos, configurando, a su vez, el estándar constitucional mínimo en materia de derechos humanos del constitucionalismo democrático y comunitario americano del tercer milenio. Así, parafraseando a Rawls, esta concepción común de la justicia de los derechos humanos constituiría la base del modelo de democracia constitucional americana.¹⁰⁴

Por otra parte, esta suerte de umbral mínimo de derechos humanos, que el derecho americano de los derechos humanos, por la vía del derecho constitucional de los Estados, tiende a asegurar a todos los individuos y grupos de la región, permitiría resolver las odiosas diferencias y discriminaciones que se presentan hoy en día tanto a nivel intraestatal como a nivel extraestatal.

A nivel intraestatal, el estándar mínimo asegura un respeto homogéneo elemental de todos los derechos humanos, esto es, civiles y políticos y además, económicos, sociales y culturales, respecto de todas las capas sociales de la sociedad. De esta manera, en términos de derechos, se reduciría aunque no se eliminaría, la abismante diferencia de desarrollo humano entre las capas de la sociedad, y este último, sería un avance en relación con elevados índices de igualdad y combate a la discriminación, ya que estaría asegurado, al menos, el acceso igualitario de todos a este umbral mínimo.

Al mismo tiempo, a nivel extraestatal, la consolidación de este DADH entendido como estándar mínimo de los derechos humanos, lo que a su vez implicaría, una concepción elemental comúnmente compartida de los derechos humanos en América, estimula una suerte de justicia comunitaria, entre los Estados del continente, equiparando o nivelando la situación de sus miembros, individuos y grupos, en términos de derechos humanos, descartando, asimismo, las odiosas diferencias de derechos y, consecuentemente, de desarrollo humano, actualmente persistentes entre las sociedades de América del Sur.

¹⁰⁴ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, 2a. ed., trad. de María Dolores González Soler, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 229.

VI. CONCLUSIÓN: DILEMAS Y DESAFÍOS

Desde nuestra perspectiva, los países de América del Sur enfrentan los siguientes desafíos en materia de derechos humanos:

En primer lugar, falta desarrollar una verdadera cultura político-constitucional que sitúe en su corazón los derechos humanos, más que cualquier otra consideración. En términos generales, no es suficiente, para establecer un verdadero estado constitucional de los derechos humanos, la introducción de modificaciones legales o reformas constitucionales o la creación de una sólida institucionalidad de derechos humanos, sino que, además, es necesario avanzar en los procesos de madurez institucional y constitucional con importante énfasis en la cultura de los derechos humanos. Ahora bien, sin duda que a través de una protección y goce efectivo de los derechos humanos, cualquiera sea la fuente de estos últimos, estatal o extraestatal, se posibilita la generación de una cultura respetuosa de los derechos humanos. En este aspecto, el derecho constitucional juega un rol fundamental en el orden estatal.

En segundo lugar, es necesario superar el reconocimiento sólo nominal o formal, por ahora, de los derechos económicos, sociales y culturales, respecto de los cuales falta llevarlos a la práctica y avanzar en su justiciabilidad. Junto con lo anterior, falta un reconocimiento más extenso de los derechos económicos sociales y culturales, los cuales se ven afectados, en general, no sólo por un escaso reconocimiento constitucional, sino además, por una falta de receptividad de estos derechos, por parte de los órganos jurisdiccionales constitucionales de los Estados —particularmente, desde la perspectiva de las fuentes del DIDH—, como verdaderos derechos humanos, lo cual se traduce en una falta de justiciabilidad.

Las modificaciones constitucionales contemporáneas, producto de las asambleas constituyentes, reflejan una preocupación propia de América Latina, en cuanto al desarrollo de los DESC y que no se encuentra en otros continentes, como en Europa. Lo anterior contrasta con las realidades en el terreno, en el sentido de la existencia en América del Sur, de una brecha cada vez mayor en términos de desarrollo intrasocietal o quizás, el gran avance en el reconocimiento de estos derechos en las nuevas Constituciones, es una consecuencia de esta realidad social tan impactan-

te.¹⁰⁵ Esta reacción en las nuevas Constituciones puede deberse a que repugna al derecho y a la teoría constitucional del tercer milenio, enfrentarse a sociedades tan desiguales y desprovistas de derechos efectivos. En otras palabras, a nuestro modo de ver, la realidad nacional, en América Latina, es asistémica con las expresiones jurídicas, principios y valores recogidos y expresados en los modelos constitucionales sociales y comunitarios. Las nuevas Constituciones pueden ser entendidas como una reacción a la chocante realidad latinoamericana.

En tercer lugar, los episodios de rebeldía, y a veces de clara enemistad, con respecto al sistema interamericano de derechos humanos, en particular, frente a las sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No deja de sorprender, y esto marca una clara diferencia con la cultura jurídico-constitucional de los países de Europa occidental, los episodios de puesta en tela de juicio del sistema interamericano de derechos humanos, cuando, en la ocurrencia, el Estado resulta vencido y condenado por violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No puede sino dejarnos perplejos la falta de madurez constitucional y la fragilidad de los compromisos y del Estado constitucional-democrático, que ello demuestra, cada vez que un Estado condenado, esgrime el argumento del abandono del sistema interamericano de derechos humanos. La reflexión que se puede hacer aquí es: ¿qué Estado es más democrático? ¿Aquel que se somete al escrutinio jurídico internacional o aquel que lo rechaza? Nuestra perspectiva es que aquellos que se someten a grados elevados de escrutinio jurisdiccional representan estadios más avanzados del proceso democratizador. En consecuencia, se plantea como un desafío muy importante, el acatamiento y cumplimiento de buena fe, de las decisiones provenientes del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos.

¹⁰⁵ “Esta situación, que se da desde los años setenta, muestra que no basta el reconocimiento de algún tipo de derecho en relación con la protección del medio ambiente para garantizar que se llegue a un nivel de protección efectivo. En realidad, en la mayoría de casos, los estados con un nivel de protección más elevado son los que más reservas plantean al reconocimiento de derechos constitucionales en esta materia, mientras que otros se limitan a un reconocimiento formal en documentos constitucionales de dudosa efectividad y, en consecuencia, la protección que recibe el bien jurídico es inferior”. Vernet, Jaume y Jaria, Jordi, “El derecho a un medio ambiente sano: su reconocimiento en el constitucionalismo comparado y en el derecho internacional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 513-533, especialmente, p. 527.

VII. ANEXOS

ANEXO 1. ESTADO DE RATIFICACIONES DE LOS PRINCIPALES TRATADOS UNIVERSALES DE DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA DEL SUR¹⁰⁷ (hasta el 13/03/2009)

	<i>Argentina</i>	<i>Bolivia</i>	<i>Brasil</i>	<i>Chile</i>	<i>Colombia</i>	<i>Ecuador</i>	<i>Paraguay</i>	<i>Perú</i>	<i>Uruguay</i>	<i>Venezuela</i>
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965)	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R
Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)	R	R		R	R	R	R	R	R	R
Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte (1989)	R			R	R	R	R		R	R
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R

¹⁰⁷ United Nations Treaty Collection: <http://treaties.un.org>.

	<i>Argentina</i>	<i>Bolivia</i>	<i>Brasil</i>	<i>Chile</i>	<i>Colombia</i>	<i>Ecuador</i>	<i>Paraguay</i>	<i>Perú</i>	<i>Uruguay</i>	<i>Venezuela</i>
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979)	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R
Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1989)	R	R	R	F	R	R	R	R	R	R
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984)	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R
Protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2002)	R	R	R	R		F	R	R	R	
Convención sobre los Derechos del Niño (1989)	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R
Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (2000)	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R
Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2000)	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R
Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990)	R	R		R	R	R	R	R	R	

	<i>Argentina</i>	<i>Bolivia</i>	<i>Brasil</i>	<i>Chile</i>	<i>Colombia</i>	<i>Ecuador</i>	<i>Paraguay</i>	<i>Perú</i>	<i>Uruguay</i>	<i>Venezuela</i>
Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006)	R	F	R	R	F	R	R	R	R	
Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006)	R	F	R	R		R	R	R		
Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006) ¹⁰⁸	R	R	F	F	F	F	F		R	F

(R: Ratificado / F: Sólo firmado, ratificación pendiente)

¹⁰⁸ La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas no ha entrado aún en vigor. De conformidad con su artículo 39(1), la presente Convención “entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas”. Hasta la fecha, entre los 81 Estados que han firmado la Convención; sólo 10 la han ratificado.

ANEXO 2. ESTADO DE RATIFICACIONES DE LOS PRINCIPALES TRATADOS INTERAMERICANOS DE DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA DEL SUR¹⁰⁹ (HASTA EL 13/03/2009)

	<i>Argentina</i>	<i>Bolivia</i>	<i>Brasil</i>	<i>Chile</i>	<i>Colombia</i>	<i>Ecuador</i>	<i>Paraguay</i>	<i>Perú</i>	<i>Uruguay</i>	<i>Venezuela</i>
Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) ¹¹⁰	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador” (1988) ¹¹¹	R	R	R	F	R	R	R	R	R	F

¹⁰⁹ www.cidh.oas.org/basic.esp.htm.

¹¹⁰ Según el artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.” Los diez países de América del Sur considerados en este estudio han aceptado expresamente la competencia de la Corte.

¹¹¹ El artículo 19(6) del Protocolo “San Salvador” dispone que “en el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 [derechos sindicales] y en el artículo 13 [derecho a la educación] fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

	<i>Argentina</i>	<i>Bolivia</i>	<i>Brasil</i>	<i>Chile</i>	<i>Colombia</i>	<i>Ecuador</i>	<i>Paraguay</i>	<i>Perú</i>	<i>Uruguay</i>	<i>Venezuela</i>
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte (1990)	R		R	R		R	R		R	R
Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (1985)	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R
Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (1994)	R	R	F	F	R	R	R	R	R	R
Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Para” (1994)	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R
Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (1999)	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R

(R: Ratificado / F: Sólo firmado, ratificación pendiente)

ANEXO 3. ÍNDICE DE PERCEPCIÓN DE LA CORRUPCIÓN (IPC)¹¹²

	<i>Puntaje IPC 2007 (escala de 0 (altos niveles de corrupción) a 10 (niveles bajos</i>	<i>Clasificación (Total de 180 países)</i>
Argentina	2,9	106
Bolivia	2,9	107
Brasil	3,5	72
Chile	7,0	22
Colombia	3,8	68
Ecuador	2,1	154
Paraguay	2,4	141
Perú	3,5	74
Uruguay	6,7	26
Venezuela	2,0	167

¹¹² “El índice de percepción de la corrupción (IPC) clasifica a los países en términos del grado de corrupción percibida entre los políticos y los funcionarios públicos. Ya en su decimotercera edición, se trata de un índice compuesto, pues hace uso de encuestas a empresarios y de evaluaciones de analistas de países”. Transparency International, *Informe Global de Corrupción 2008: Corrupción en el sector del agua*, Cambridge University Press, 2008, p. 168 (www.transparency.org).

ANEXO 4. ÍNDICE DE DESARROLLO HUMANO (IDH)¹¹³

	<i>Valor del IDH</i>	<i>Clasificación según el IDH (Total de 177 países)</i>
Argentina	0,869	38
Bolivia	0,695	117
Brasil	0,800	70
Chile	0,867	40
Colombia	0,791	75
Ecuador	0,772	89
Paraguay	0,667	95
Perú	0,773	87
Uruguay	0,852	46
Venezuela	0,723	74

¹¹³ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano 2007-2008, La Lucha contra el cambio climático: Solidaridad frente a un mundo dividido*, Cuadro 1, pp. 231-234 (<http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr2007-2008/chapters/spanish>). El IDH es un indicador estadístico compuesto que mide el adelanto medio de cada país en lo que respecta a la capacidad humana básica. Son tomadas en cuenta las siguientes variables socio-económicas: la esperanza de vida al nacer; la tasa de alfabetización de los adultos; la tasa bruta combinada de matriculación en primaria, secundaria y terciaria, y el PIB *per capita*.

ANEXO 5. INSTITUCIONES NACIONALES INDEPENDIENTES DE DERECHOS HUMANOS
EN AMÉRICA DEL SUR (HASTA EL 13/03/2009)

	<i>Nombre</i>	<i>Creación</i>
Argentina	Defensor del Pueblo de la Nación <i>www.defensor.gov.ar</i>	Ley de Creación del Defensor del Pueblo (1993) Constitución Política (1994)
Bolivia	Defensor del Pueblo <i>www.defensor.gov.bo</i>	Constitución Política (1994) Ley de de Defensor del Pueblo (1997)
Brasil		
Chile		
Colombia	Defensor del Pueblo <i>www.defensoria.org.co</i>	Constitución Política (1991) Ley por la cual se establece la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo (1992)
Ecuador	Defensor del Pueblo <i>www.defensordelpueblo.gov.ec</i>	Constitución Política (1996) Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (1997)
Paraguay	Defensor del Pueblo <i>www.defensoriadelpueblo.gov.py</i>	Constitución Política (1992) Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (1995)
Perú	Defensor del Pueblo <i>www.defensoria.gob.pe</i>	Constitución Política (1993) Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (1995)
Uruguay		
Venezuela	Defensor del Pueblo <i>www.defensoria.gob.ve</i>	Constitución Política (1999) Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (2004)

ANEXO 6. MATRIZ DE RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS
EN QUINCE PAÍSES LATINOAMERICANOS

<i>País</i>	<i>Pueblo</i>	<i>Diversidad cultural</i>	<i>Tierras y territorios</i>	<i>Recursos naturales</i>	<i>Libre determinación</i>	<i>Idiomas y lenguas indígenas</i>	<i>Educación bilingüe</i>	<i>Participación política</i>	<i>Derecho consuetudinario</i>
Argentina	x	x	x	x			x		
Bolivia*	x	x	x	x	x(a)	x	x	x	x
Brasil		x	x	x		x			
Colombia	x	x	x	x	x(a)	x	x	x	x
Costa Rica		x				x			
Ecuador**	x	x	x	x	x	x	x	x	x
El Salvador		x				x			
Guatemala		x	x			x	x		
Honduras		x							
México	x	x	x	x	x(a)	x	x	x	x
Nicaragua	x	x	x	x	x(a)	x	x	x	
Panamá		x	x			x	x(b)	x	
Paraguay	x	x	x		x	x	x	x	x
Perú		x	x			x	x		x
Venezuela	x	x	x	x		x	x	x	x

* Nueva Constitución Política de Bolivia, ratificada mediante referéndum el 25 de enero de 2009.

** Nueva Constitución Política de Ecuador, ratificada mediante referéndum en septiembre de 2008.

x(a) Constituciones que consagran explícitamente el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas.

x(b) La Constitución de Panamá utiliza el término *alfabetización bilingüe*.

ANEXO 7. Estado DE RATIFICACIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE¹¹⁴ (HASTA EL 13/03/2009)

<i>América Latina y el Caribe</i>	<i>Fecha de deposito del instrumento de ratificación</i>
Trinidad y Tobago	6 abril 1999
Belice	5 abril 2000
Venezuela	7 junio 2000
Costa Rica	30 enero 2001
Argentina	8 febrero 2001
Dominica	12 febrero 2001
Paraguay	14 mayo 2001
Antigua y Barbuda	18 junio 2001
Perú	10 noviembre 2001
Ecuador	5 febrero 2002
Panamá	21 marzo 2002
Brasil	20 junio 2002
Bolivia	27 junio 2002
Uruguay	28 junio 2002
Honduras	1o. julio 2002
Colombia	5 agosto 2002
Saint Vincent and the Grenadines	3 diciembre 2002
Barbados	10 diciembre 2002

¹¹⁴ www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Home.

<i>América Latina y el Caribe</i>	<i>Fecha de deposito del instrumento de ratificación</i>
Guyana	24 septiembre 2004
República Dominicana	12 mayo 2005
México	28 octubre 2005
San Kitts and Nevis	22 agosto 2006
Surinam	15 julio 2008
Chile	No Estado Parte
Nicaragua	No Estado Parte
Guatemala	No Estado Parte
El Salvador	No Estado Parte
Cuba	No Estado Parte
Bahamas	No Estado Parte
Grenada	No Estado Parte
Jamaica	No Estado Parte
Saint Lucia	No Estado Parte
Haití	No Estado Parte

	<i>Argentina</i>	<i>Bolivia</i>	<i>Brasil</i>	<i>Chile</i>	<i>Colombia</i>	<i>Ecuador</i>	<i>Paraguay</i>	<i>Perú</i>	<i>Uruguay</i>	<i>Venezuela</i>
Convenio OIT.111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) (1958)	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R
Convenio OIT.138 sobre la edad mínima (1973)	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R
Convenio OIT 169 sobre pueblos indígenas y tribales (1989)	R	R	R	R	R	R	R	R		R
Convenio OIT 182 sobre las peores formas de trabajo infantil (1999)	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”	R	R	R	F	R	R	R	R	R	F
Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares	R	R		R	R	R	R	R	R	

ANEXO 9. EXTRACTOS DE NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU RANGO JERÁRQUICO EN AMÉRICA DEL SUR

<i>Constitución</i>	<i>Incorporación del derecho internacional de los derechos humanos</i>
<p align="center">Constitución Nacional de la República de Argentina (1994)</p>	<p>Artículo 75. Corresponde al Congreso: [...]</p> <p>22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.</p> <p>La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.</p> <p>23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados</p>

	internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.
Nueva Constitución Política del Estado de Bolivia (2009) ¹¹⁵	<p>Artículo 257 I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta.</p> <p>II Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.</p> <p>Artículo 258 I. Los tratados internacionales ratificados forman parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley.</p>
Constitución Política de la República Federativa de Brasil (1988, con reformas hasta 2005)	<p>Artículo 5. [...] § 1. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (incluído pela Emenda Constitucional núm. 45, de 2004).</p>
Constitución Política de la República de Chile (1980, con reformas hasta el 2005)	<p>Artículo 5. [...] 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 Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.</p>
Constitución Política de la República de Colombia (1991, con reformas hasta el 2005)	<p>Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.</p>

¹¹⁵ El referéndum aprobatorio de la nueva Constitución política se celebró el 25 de enero de 2009 en Bolivia y la Constitución fue promulgada por el presidente Evo Morales el 7 de febrero de 2009, en la ciudad de El Alto, cerca de La Paz.

<p>Nueva Constitución Política de la República de Ecuador (2008)¹¹⁶</p>	<p>Artículo 11. [...] 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.</p> <p>Artículo 417. Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.</p> <p>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.</p> <p>La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.</p>
<p>Constitución Política de la República de Paraguay (1992)</p>	<p>Artículo 137. De la supremacía de la Constitución La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.</p> <p>Artículo 141. De los tratados internacionales Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el Artículo 137.</p> <p>Artículo 145. Del orden jurídico supranacional La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural.</p>

¹¹⁶ El 28 de septiembre de 2008 tuvo lugar el referéndum aprobatorio del nuevo Texto Constitucional, preparado por la Asamblea constituyente. La nueva Constitución se encuentra en vigencia una vez que su texto se publicó en el Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008.

<p>Constitución Política del Perú (1993, con reformas hasta 2005)</p>	<p>Artículo 55. Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.</p>
<p>Constitución Política de la República Oriental del Uruguay (1967, con reformas hasta el 2004)</p>	
<p>Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999)</p>	<p>Artículo 19. El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen.</p> <p>Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.</p>

ANEXO 10. EJEMPLOS DE RECONOCIMIENTO EXPRESO DE CINCO DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES
EN LAS CONSTITUCIONES DE AMÉRICA DEL SUR

	<i>Derecho a una alimentación adecuada</i> ¹¹⁷	<i>Derecho al agua</i> ¹¹⁸	<i>Derecho a la vivienda</i> ¹¹⁹	<i>Derecho a la seguridad social</i> ¹²⁰	<i>Derecho a un medioambiente sano</i> ¹²¹
Constitución Nacional de la República de Argentina (1994)				Artículo 14 bis. [...] El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes;	Artículo 41. Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización

				jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.	racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales [...]
Nueva Constitución Política del Estado de Bolivia (2009) ¹²²	Artículo 16 I. Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación. II. El Estado tiene la obligación de garantizar la seguridad alimentaria, a través de una alimentación sana, adecuada y suficiente para toda la población.	Artículo 16 I. Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación. [...] Artículo 20 I. Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones.[...] III. El agua y alcantarillado constituyen derechos humanos y no son objeto de concesión ni privatización.	Artículo 19 I. Toda persona tiene derecho a un hábitat y vivienda adecuada, que dignifiquen la vida familiar y comunitaria. [...]	Artículo 45. I. Todas las bolivianas y los bolivianos tienen derecho a la seguridad social con carácter gratuito. II. La seguridad social se presta bajo los principios de universalidad, integralidad, equidad, solidaridad, unidad de gestión, economía, oportunidad, interculturalidad y eficacia. Su dirección y administración corresponde al Estado, con control y participación social.	Artículo 33. Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.

		Artículo 373 I. El agua constituye un derecho fundamentalísimo para la vida, en el marco de la soberanía del pueblo.[...]			
Constitución Política de la República de Chile (1980, con reformas hasta el 2005)				Artículo 19 N° 18. El derecho a la seguridad social. Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado. La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. [...]	Artículo 19 N° 8. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente
Constitución Política de la República de Colombia (1991, con reformas hasta el 2005)	Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y		Artículo 51. Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y	Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en	Artículo 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan

	la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella[...]		promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda.	sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.	afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.
Nueva Constitución Política de la República de Ecuador (2008) ¹²³	Artículo 3. Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la	Artículo 3. Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes. Artículo 12. El derecho humano al agua es fundamental e		Artículo 34. El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas.	Artículo 14. Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, <i>sumak kawsay</i> . Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales

	<p>seguridad social y el agua para sus habitantes.</p> <p>Artículo 32. La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.</p>	<p>irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida.</p> <p>Artículo 32. La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.</p>			degradados.
<p>Constitución Política de la República de Paraguay (1992)</p>	<p>Artículo 57 – De la tercera edad Toda persona en la</p>		<p>Artículo 100. Del derecho a la vivienda Todos los habitantes de la República tienen</p>	<p>Artículo 95. De la seguridad social El sistema obligatorio e integral de seguridad</p>	<p>Artículo 7. Del derecho a un medioambiente saludable Toda persona tiene derecho a habitar en</p>

	<p>tercera edad tiene derecho a una protección integral. La familia, la sociedad y los poderes públicos promoverán su bienestar mediante servicios sociales que se ocupen de sus necesidades de alimentación, salud, vivienda, cultura y ocio.</p>		<p>derecho a una vivienda digna. El Estado establecerá las condiciones para hacer efectivo este derecho, y promoverá planes de vivienda de interés social, especialmente las destinadas a familias de escasos recursos, mediante sistemas de financiamiento adecuados.</p>	<p>social para el trabajador dependiente y su familia será establecido por la ley. Se promoverá su extensión a todos los sectores de la población.</p>	<p>un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado. Constituyen objetivos prioritarios de interés social la preservación, la conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente, así como su conciliación con el desarrollo humano integral. Estos propósitos orientarán la legislación y la política gubernamental pertinente.</p>
<p>Constitución Política del Perú (1993, con reformas hasta 2005)</p>				<p>Artículo 10. El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.</p>	
<p>Constitución</p>		<p>Artículo 47. [...] El</p>	<p>Artículo 45. Todo</p>		<p>Artículo 47. La protección</p>

<p>Política de la República Oriental del Uruguay (1967, con reformas hasta el 2004)</p>		<p>agua es un recurso natural esencial para la vida. El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales.</p>	<p>habitante de la República tiene derecho a gozar de vivienda decorosa. La ley propenderá a asegurar la vivienda higiénica y económica, facilitando su adquisición y estimulando la inversión de capitales privados para ese fin.</p>		<p>del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. [...]</p>
<p>Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999)</p>			<p>Artículo 82. Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias. La satisfacción progresiva de este derecho es obligación compartida entre los ciudadanos y ciudadanas y el Estado en todos sus ámbitos.</p>	<p>Artículo 86. Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad,</p>	<p>Artículo 127. Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los parques</p>

				<p>orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social. El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas [...]</p>	<p>nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia.</p> <p>Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley.</p>
--	--	--	--	---	--

¹¹⁷ Artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 12, El Derecho a una alimentación adecuada, E/C.12/1999/5, 12 de mayo de 1999.

¹¹⁸ Artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 15, El Derecho al agua, E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003.

¹¹⁹ Artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 4, El derecho a una vivienda adecuada (1994); Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No.7, El derecho a una vivienda adecuada: Desalojos forzados (1997).

¹²⁰ Artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; “El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo”. Comité de derechos económicos, sociales y culturales, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 19 El derecho a la seguridad social, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008, par.2.

¹²¹ Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, “Declaración de Estocolmo”, 1972; artículo 11 del Protocolo “San Salvador” en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

¹²² El referéndum aprobatorio de la nueva Constitución política se celebró el 25 de enero del 2009 en Bolivia y la Constitución fue promulgada por el presidente Evo Morales el 7 de febrero de 2009, en la ciudad de El Alto, cerca de La Paz.

¹²³ El 28 de septiembre de 2008 tuvo lugar el referéndum aprobatorio del nuevo texto constitucional, preparado por la Asamblea constituyente. La nueva Constitución se encuentra en vigencia una vez que su texto se publicó en el Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008.

NUEVAS TENDENCIAS DEL CONSTITUCIONALISMO EN AMÉRICA LATINA

Héctor GROS ESPIELL*

Me baso en cierta forma y fundo mi exposición en muchos de los conceptos expuestos por mi querido amigo Jorge Carpizo en su conferencia magistral.

Yo voy a hacer algunas reflexiones conceptuales sobre puntos que me parecen esenciales en este panorama sobre los derechos humanos en América Latina en el periodo de tiempo cubierto por el seminario.

Debo confesar que hubiera preferido que esta mesa se llamara derechos humanos y no derechos fundamentales. Reconozco que la expresión derechos fundamentales está presente en muchas constituciones y que es utilizada por gran parte de la doctrina. Pero a mí no me gusta. Yo prefiero la expresión derechos humanos, porque hablar de derechos fundamentales, puede dar a entender que hay otros derechos humanos que no son fundamentales y que por lo tanto podrían violarse sin las consecuencias que tiene el violar un derecho humano. Un derecho humano, para mí, es siempre fundamental.

El carácter de fundamental deriva de la naturaleza de los derechos humanos, de su importancia determinante y global y no de una calificación relativizante.

Todos los derechos humanos deben ser garantizados y protegidos por el orden jurídico interno e internacional, teniendo en cuanto sus caracteres propios y particulares.

Garantizar unos y desproteger jurídicamente a otros es adoptar una actitud discriminatoria, negadora del carácter integral de los derechos humanos e ignorante de la dignidad inherente al ser humano.

* Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad Externado de Colombia.

Peo además, quiero destacar que los derechos humanos son patrimonio de todos los seres humanos. Protegerlos sólo respecto de los nacionales o ciudadanos, y negarlos en el caso de los extranjeros es discriminatorio e inhumano.

Por tanto con esa precisión inicial, de que yo hubiera preferido que esta mesa se llamara Derechos Humanos, comienzo mi exposición

Primer tema. La cuestión de las generaciones de derechos en materia de derechos humanos es un tema que evidentemente nació, y que hoy está generalmente reconocido, el de la existencia de una primera generación, que algunos dicen que son los derechos civiles y políticos, de una segunda generación que unos afirman que son los derechos económicos, sociales, y culturales y una tercera generación que comprendería los nuevos derechos, como, por ejemplo, el derecho al medio ambiente, el derecho al desarrollo, etcétera.

Si no me equivoco el primero que usó la expresión de “generaciones”, aplicada a los derechos humanos fue Karel Vasak.

Y él mismo ya hoy expresa dudas al respecto. En el último trabajo que escribió sobre el tema, que se llama “Revisando mi concepción de las generaciones de derechos humanos”, dice que, o damos una nueva definición al concepto de “generación”, o eliminamos esa terminología. ¿Por qué? Porque una generación según el diccionario, implica la extinción de la anterior. Y en materia de derechos humanos los nuevos derechos que van surgiendo, no extinguen los anteriores que, al contrario, mantienen su plena y total vigencia. Se van sumando, en una concepción expansiva que responde a la idea de las nuevas y siempre renovadas necesidades humanas individuales y colectivas.

Si no recuerdo mal un artículo de Jorge Carpizo de hace como 20 o 25 años, calificaba a los derechos cuyo reconocimiento iba naciendo, como nuevos derechos humanos. Creo que es correcto. Los derechos humanos no se crean porque una disposición o una norma lo establezca. Se va reconociendo jurídicamente la existencia de nuevos derechos que las necesidades del hombre y de la humanidad van haciendo necesario que se declaren y precisen. Por suerte, en el derecho constitucional comparado de América Latina de los últimos años, la idea de las generaciones ya está en decadencia. No se ha utilizado esa terminología.

Hablemos de derechos humanos ampliados, consecuencia de las nuevas necesidades humanas individuales y colectivas.

Creo que es muy importante, a este respecto, señalar una nueva tendencia, ésta sí sólidamente anclada en la realidad, que ha superado lo que en los años cincuenta, constituía una antinomia. Yo me acuerdo que en las reuniones de la Unesco de los años cincuenta se decía que un derecho individual no podía ser al mismo tiempo un derecho colectivo y reunido aquel gran administrativista francés Jean Rivero, que en un coloquio de la Unesco, demostró que no había ninguna antinomia en afirmar que un mismo objeto puede ser la materia de un derecho individual y un derecho colectivo, y esto se ha impuesto actualmente.

Hoy en día —y creo que esta es una de las características del derecho constitucional comparado y del derecho internacional se reconoce— la existencia de derechos humanos individuales, atribuidos a la persona humana individual y de derechos humanos de tipo colectivo, que pueden y deben coexistir. Los pueblos, las minorías, los pueblos indígenas, ciertos sectores de la sociedad excluida y discriminada, poseen derechos colectivos que deban ser protegidos y garantizados. Y creo que es un proceso de avance ir haciendo crecer de forma paralela la protección y las garantías de los derechos humanos individuales de los derechos humanos colectivos.

En el caso de América Latina, como se acaba de destacar, es muy grande la importancia de los pueblos autóctonos o los pueblos indígenas, a los cuales se les deben reconocer derechos propios y específicos. Es un problema no sólo de América Latina, pero que tiene especial relevancia y una singular gravedad en nuestro continente.

Otro tema fundamental hoy, es darse cuenta de que todos los derechos humanos son universales, interdependientes y se condicionan unos a otros.

La tendencia que niega la universalidad de los derechos humanos, basada en la afirmación de las particularidades regionales, religiosas o filosóficas, en el fondo lleva a destruir la idea misma de los derechos humanos. Por tanto la universalidad de los derechos humanos y su reconocimiento es un elemento de carácter esencial para la conceptualización de los derechos humanos.

Pero además, todos los derechos humanos se intercondicionan recíprocamente. No puede haber libertad si no hay reconocimiento y efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. No puede haber derechos económicos, sociales y culturales en la realidad, si no hay libertad. Por tanto esta idea global, totalizante y universal, de los derechos huma-

nos constituye un imperativo en el ámbito nacional y en el internacional. Es decir en el ámbito del derecho internacional y a nivel del derecho interno.

Pero al mismo tiempo esta conclusión nos lleva a otra, que creo que, sobre todo respecto de algunas desviaciones que a mi juicio se están produciendo en el derecho constitucional latinoamericano, hay que señalar.

En tren de su reivindicación, no puede sectorizarse la titularidad de los derechos humanos y, sobre la base de que antes gozaban de derechos humanos sólo un privilegiado grupo de la población, garantizarlos únicamente para otro grupo, que antes era el perjudicado. Los derechos humanos son de todos. De aquéllos respecto de los cuales se los reconocían ayer, como respecto de aquéllos a los que se les negaban ayer. La sectorización de la plenitud de los derechos humanos es un peligro latente y creciente. Tienen tantos derechos humanos los miembros de la mayoría gobernante como los miembros de la minoría opositora. No pueden tener más derechos unos que otros. Los derechos humanos son de todos y para todos.

Esto con una salvedad que siempre me ha parecido sumamente importante. Las desigualdades deben ser encaradas con tratamiento desigual, en función de un objetivo final de igualdad. El principio de igualdad no significa tratar siempre de manera igual a todos, sino de manera compensatoria, justa y equilibrada a unos y a otros, para equilibrar mediante el derecho, las desigualdades.

Y esto me lleva a una conclusión que siempre me ha parecido de especial interés y relevancia y que debería ser aplicada y destacada en el Derecho constitucional latinoamericano. Es el criterio, afirmado en un artículo de la constitución italiana de 1947, que dice: "El Estado promoverá la remoción de los obstáculos económicos y sociales a la igualdad". Es una idea que se encuentra también en el artículo 9 de la Constitución Española. Quiere decir que la lucha para abatir los obstáculos existentes de carácter económico y social a la igualdad, debe ser considerada como una obligación ineludible del Estado.

Otro punto es la necesaria complementariedad, hoy ineludible complementariedad, de la protección interna con la protección internacional. En el mundo en que vivimos, la protección constitucional de los derechos humanos si no corre paralela con la protección internacional es ineficaz. Quiere decir que debe haber un ineludible control internacional sumado

al control interno. Esto es un imperativo moral, político y jurídico del mundo en el que vivimos.

De ello resulta una consecuencia que no la he visto desarrollada con la profundidad que creo que es necesaria. Es la crítica, relativa y racional, al criterio de subsidiariedad del derecho internacional respecto del derecho interno en la protección internacional de los derechos humanos. Las exigencias draconianas que existían antes, de que es absolutamente necesario agotar los recursos internos para acceder a la jurisdicción internacional, creo que debe ser cada día más relativizada y ajustada a las exigencias de la realidad actual. Es decir no cerrar la posibilidad de acceso al control internacional por cuestiones meramente formales, con una posición radical respecto de la exigencia del agotamiento de los recursos internos sino por el contrario, abrir las puertas de una manera racional, a la posibilidad efectiva de control internacional.

Último punto general antes de extraer alguna conclusión.

Se trata de afirmar la complementariedad ineludible de los conceptos de democracia y derechos humanos. Creo que eso se ha ido expresando en el derecho constitucional latinoamericano, Pero hay que reafirmarlo más, conceptual y doctrinariamente.

Sin democracia no puede haber realidad efectiva de los derechos humanos, de todos los derechos humanos. Pero al mismo tiempo, sin respeto de los derechos humanos, no puede haber democracia. Siempre me pareció uno de los grandes disparates históricos definir a la democracia únicamente como un sistema electoral por el cual el pueblo elige libremente a sus gobernantes. Si eso no se complementa, como muy bien lo dijo Carpizo, con el respeto total de los derechos humanos, no hay democracia. Por tanto equilibrio y relación complementaria total, de los dos conceptos: democracia y derechos humanos.

Y para terminar, creo que podemos hacer dos afirmaciones conclusivas.

Ha habido un primer periodo, el del renacimiento democrático. La ola que nos trajo la vuelta a la democracia política y Dios quiera que no tengamos —que no se produzca— una ola de retroceso y de vuelta, de retorno a regímenes autoritarios y antidemocráticos. Pero lo cierto es que ha habido históricamente en América Latina un periodo de progreso democrático, por lo menos formal, en casi todo el continente, en el lapso considerado en este seminario.

Pero a este periodo de recuperación democrática, prácticamente general en casi toda América Latina, se ha unido otro de fundamental importancia actual y de incidencia trascendente en el futuro.

Es este un periodo —en el que estamos insertos, como en el anterior— de reafirmación y de profundización de los enfoques sociales, de lucha contra la pobreza, las discriminaciones y las exclusiones y de especial reconocimiento de la situación de los problemas de los indígenas originarios y de los grupos vulnerables, para avanzar en la consagración de la justicia y de la igualdad.

A esto se une, en este lapso, la consideración especial por el derecho constitucional de los problemas del medio ambiente, de la biodiversidad y de la bioética.

Por último, la consideración, en algunos Estados, con realidades democráticas y culturales muy especiales, del tema del reconocimiento del derecho indígena y de la forma de armonizar su aplicación con la del derecho republicano y decimonónico que se impuso en América desde la Independencia.

Otra conclusión, es la del reconocimiento en la importancia y de la necesidad de la recepción del derecho internacional de los derechos humanos que, con mayor o menor intensidad, se ha venido produciendo en todo el continente latinoamericano.

A esto podría agregarse un tema, nacido en el derecho internacional pero con proyecciones en el derecho interno, que me parece importante.

Es el camino hacia el fin de la impunidad. El fin de la impunidad, que supone la revisión y el repensamiento de muchos conceptos de derechos clásicos del derecho internacional y del derecho penal. Por ejemplo, uno de los grandes avances del Estatuto de Roma que creó el Tribunal Penal Internacional, que no ha sido comentado con toda la generalidad y profundidad que merece, es el fin de la inmunidad jurisdiccional de los jefes de Estado y de gobierno ante el derecho internacional. Es una inmunidad que se acabó o que por lo menos está internacionalmente en proceso de liquidación. Quién iba a pensar hace cuarenta o cincuenta años que el presidente de Sudán —llegue a buen fin o no el proceso— podía ser acusado en cuanto jefe de Estado por delitos contra la humanidad. Es decir que ya no hay inmunidad de ningún jefe de Estado, para los países miembros del Estatuto de Roma. Ojalá que este proceso pueda culminar y universalizarse totalmente.

Hay otros conceptos en tren de revisión como el de la irretroactividad y de la prescripción de ciertos delitos, de particularísima generalidad, como los crímenes de lesa humanidad. Todo esto que requeriría, de un análisis separado y profundo que no es del caso hacer ahora, muestra la profunda intensidad con que el tema de los derechos humanos y su protección y garantía interna e internacional, ha producido y seguirá produciendo en el derecho constitucional de nuestra América.

APLICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES PRIVADAS

Iván ESCOBAR FORNOS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Teoría de la Drittwirkung in-mediata*. III. *Teoría de la Drittwirkung indirecta*. IV. *La Drittwirkung y la jurisprudencia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. V. *La Drittwirkung en el ordenamiento jurídico nicaragüense*.

I. INTRODUCCIÓN

1. *Ideas preliminares*

A. *Relaciones entre el derecho constitucional y el derecho privado*

Tanto el derecho constitucional como el derecho privado han progresado y en ese progreso la relación entre ellos se fortalece, dentro de un equilibrio y complementariedad. Los dos se enriquecen mutuamente y tienen importancia fundamental entre ellos. Se ensancha el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales y se logra la actualización del derecho privado de acuerdo a los valores que inspiran a la Constitución, lo que por la estructura abierta de sus normas y los conceptos indeterminados, se actualiza más rápido a los nuevos tiempos que el derecho privado. Al principio el derecho constitucional no tenía rango constitucional, la generalidad de sus normas era programática y faltaba una jurisdicción constitucional. Pero en la actualidad, las Constituciones han experimentado

una transformación importante, que Konrad Hesse, citando a un autor alemán, expresa que son similares a la Biblia y tienen una autoridad suprema. Estas Constituciones han adquirido aplicación inmediata, sus disposiciones sirven de parámetros para las decisiones judiciales y tienen una gran importancia para la vida de la comunidad y para el derecho privado.

Pero también el derecho privado ha sufrido profundas transformaciones. Las grandes mayorías de personas económicamente dependientes y no autónomas, han cambiado los ideales de la época de la sociedad burguesa incorporados al Código Civil, la socialización del derecho es una fuerza determinante del ordenamiento jurídico, todo lo que ha provocado la separación del derecho civil del derecho del trabajo y de otras ramas del ordenamiento jurídico, conduciendo a la desintegración de la unidad del viejo sistema del derecho privado y el debilitamiento de sus clásicos conceptos fundamentales. El derecho civil desarrolla una ética social de solidaridad en la que no es responsable sólo el poder público, sino también la sociedad que responde por cada uno de sus miembros. De esta manera la defensa de los débiles también le corresponde al derecho privado, atiende a la justicia social, pasa a tener un carácter tutelar, delimitador, contrario a los abusos.

La influencia del derecho constitucional en el derecho privado no significa que toda Constitución no deje espacios en blanco, que fundamente y regule todo el derecho y, como consecuencia, también el ordenamiento jurídico privado. La Constitución es un orden jurídico fundamental de la sociedad, pero no regula todo, sino sólo aspectos particularmente importantes para la vida de la sociedad y del Estado, dejando el resto de la normatividad a los poderes del Estado, en especial al Poder Legislativo.

El derecho constitucional interviene en el derecho privado garantizando, orientando e impulsando de la manera siguiente: *a)* La Constitución establece las condiciones para ser efectivos los institutos jurídicos-privados y los protege de una supresión o de una anulación o desnaturalización del derecho privado mediante leyes ordinarias. *b)* La Constitución garantiza la dignidad humana como fundamento de todo el derecho y, como consecuencia, el derecho privado. *c)* Protege a la persona y su libertad no sólo frente al Estado, sino también de las lesiones que proceden de los particulares. *d)* La Constitución sirve de guía al derecho privado, ofrece directrices que son importantes para el avance del derecho privado, por eso se le ha calificado al derecho constitucional como motor de cambio de la legislación jurídico-privado.

Es muy importante la trascendencia del derecho privado en el derecho constitucional al permitir el desarrollo de muchas libertades y derechos fundamentales que sin la reglamentación del derecho privado estos no podrían realizarse como el matrimonio, la herencia, la familia, etcétera, igual con otras libertades como, por ejemplo, la libertad contractual y la libertad de asociación.

Konrad Hesse¹ detalla la historia de las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho privado. Expresa que la Alemania del siglo XIX es la de las primeras Constituciones modernas, las que en sus derechos fundamentales parten de la libertad e igualdad del ciudadano; los cuerpos legislativos representativos legislan y configuran también el derecho privado. En este siglo se desarrolla el derecho privado, perfilado por las importantes codificaciones y por la ciencia jurídica, el que descansa en los principios de libertad e igualdad. En este mismo siglo se produce el cambio de la sociedad feudal-estamental en la burguesa, que encuentra su expresión en el derecho privado y en las nuevas Constituciones. Desde un principio, pues, existe una relación estrecha y necesaria entre el derecho constitucional y el derecho privado.

Sostiene que la relación entre el derecho constitucional y el derecho privado puede tener dos direcciones: a) El derecho constitucional puede asumir la función de guía, pionera y conducir a una nueva configuración del derecho, sea mediante modificaciones inmediatas, derogatorias, sea mediante un mandato obligatorio al legislador para que proceda a tales modificaciones, sea, al menos, mediante las directrices e impulsos que contenga para la configuración del derecho privado. b) El derecho constitucional puede limitarse, y esto es la regla, a una función preservadora, de salvaguardar, con la cual protege el derecho privado preexistente frente a la suspensión y modificación por parte del legislador. En el comienzo de la Revolución francesa pueden verse ambas funciones: la Declaración de derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 y las primeras Constituciones revolucionarias proporcionaron los presupuestos y los fundamentos para la legislación de derecho privado del Código de Napoleón y determinaron sus coordenadas. Después en la Restauración, la función esencial de la Constitución consistió en la garantía del ordena-

¹ Hesse, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado. Derecho constitucional y derecho civil*, Cuaderno Civitas, Madrid, 1995, pp. 34, 44 y 45.

miento jurídico-privado recién instituido y la Carta de 1814 aseguraba en sus derechos fundamentales esenciales de ese ordenamiento frente a simple modificaciones o suspensiones.

A su vez, asegura que en tiempos recientes el derecho constitucional ha recibido nuevas e importantes impulsos del derecho privado.

B. *Planteamiento del tema*

En la primera proyección del constitucionalismo, los derechos y libertades constitucionales tenían a los poderes del Estado como destinatarios obligados a respetarlos dentro del marco constitucional y legal: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. La mayoría de las Constituciones así lo establecen.²

Ahora bien, salta a la vista la pregunta: ¿el Estado es el único sujeto vinculado por los derechos fundamentales, o estos también proyectan sus efectos en las relaciones entre particulares?

La discusión gira en torno a si los derechos y libertades fundamentales vinculan no sólo en el ámbito del derecho constitucional, sino en las relaciones privadas, entre sujetos titulares de derechos fundamentales que en el supuesto de conflicto prevalece el derecho de uno sobre el derecho del otro. Sus campos³ no pueden estar deslindados por una muralla impenetrable, por el contrario, se comunican y se influyen: por una parte, la Constitución, como norma superior, penetra en el ordenamiento jurídico, inclu-

² El artículo 53.1 de la Constitución Española vigente dispone que los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el capítulo segundo del título I vinculan a los poderes públicos; el artículo 1.3 de la alemana reza que “los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativos, ejecutivo y judicial a título de derechos directamente aplicables”.

³ Alexei Julio Estrada delimita únicamente los campos de problemas y excluye del ámbito del tema los supuestos siguientes: la vinculación del legislador de derecho privado a los derechos fundamentales (indirecta o la eficacia mediata a través del legislador) que se traduce en una necesaria sujeción del ordenamiento jurídico privado a los derechos fundamentales, considerado como vinculación de los poderes públicos en materia legislativa a los derechos fundamentales; lo que interesa justificar es la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privados, no los supuestos en los que la misma Constitución prevé la vinculación directa de los particulares como el caso del artículo 9.3 de la Constitución alemana (*La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 89).

yendo el privado, sosteniendo la unidad del derecho, y por otra, el derecho civil, comercial, laboral, de familia, etcétera, incorporan sus bases fundamentales, en busca de protección, en la Constitución. Los derechos fundamentales al irradiar en el ordenamiento jurídico, incluyendo el privado, ensanchan su ámbito de aplicación y contenido. Ésta es la segunda proyección de los derechos fundamentales, en el campo de las relaciones privadas, aunque con temprano antecedente en Estados Unidos de América.

Sin embargo, Konrad Hesse expresa que la eficacia frente a terceros (*Drittwirkung*) de los derechos fundamentales, la delimitación del derecho constitucional y el derecho ordinario o el control de la jurisdicción civil han suscitado amplia atención, su trascendencia es grande y seguramente aún no puede hablarse de una clarificación definitiva.⁴

No es extraño que en la colisión entre derechos fundamentales existan dos o más argumentos para solucionar el mismo caso de manera diferente con base en una ponderación de los derechos en conflicto. Esto es así porque en nuestra Constitución, inspirada en el pluralismo y en una variedad de ideales políticos y sociales, producto de una transacción que permite al gobierno de turno desarrollar su programa de acuerdo a su signo político, existen normas y principios que encierran visiones opuestas, por no decir contradictorias, las que pueden ser armonizadas en un justo equilibrio, por ejemplo: el principio de libertad y el de igualdad, oposiciones que se manifiestan en la colisión entre los derechos de la primera generación con los de la segunda o tercera generación, en la libertad de expresión e información y el derecho al honor, en la objeción de conciencia y el derecho a la vida o salud,⁵ en el derecho de propiedad y sus

⁴ *Derecho constitucional y derecho privado, op. cit.*, pp. 32 y 33.

⁵ En la vida real, sin que la cuestión llegue a los tribunales, se han presentado casos en los hospitales de nuestro país de pacientes que después de un accidente grave ingresan a la sala de emergencia de un hospital sin que los acompañe un solo pariente y por ser Testigo de Jehová rehúsan recibir transfusiones de sangre porque su religión no se lo permite, a pesar de ser necesaria para su vida, entrando de esta manera en colisión al menos dos derechos: la objeción de conciencia y el derecho a la vida. Además el médico que lo atiende, en este ejemplo, es católico y sus principios no le permiten privarle de la vida al paciente y no tienen tiempo por la gravedad entregarlo en manos de otro médico. En tales situaciones debe hacerse una ponderación de ambos derechos y determinar cuál de ellos tendrá menos fuerza al ceder. Si aceptamos que en virtud del derecho a desarrollar su personalidad y su dignidad, que permite al individuo planificar y conducir su vida,

restricciones por interés social. Lo mismo puede decirse en el derecho privado, entre la libre contratación, fundada en ideales liberales, y la buena fe, basada en una concepción solidaria de la sociedad. Este planteamiento, realizado por Duncan Kennedy,⁶ no permite tener una única respuesta correcta.

Dworkin, partidario de la repuesta única aún en los casos difíciles, se defiende y sostiene que: los principios jurídicos no son contradictorios sino conflictivos, y cuando entran en colisión son ponderados de acuerdo con el razonamiento propio de la colisión de principios; los jueces y abogados excluyen las soluciones alternativas en un caso: en lo penal el acu-

el derecho a la vida debe ceder ante los otros derechos y no se le hace la transfusión. Pero si prevalece la vida y la objeción de conciencia del médico, éste debe hacerle la transfusión de sangre, ante el derecho absoluto a la vida, porque en el programa de vida del paciente no son admisibles conductas que la destruyan. El médico puede negarse a realizar un aborto, la eutanasia, en un país que están permitidos, porque su religión no se lo permite por respeto a la vida, también puede rehusar hacer manipulaciones genéticas y fecundaciones artificiales. En todos estos casos deben cumplirse los requisitos para que proceda la objeción de conciencia (no dañar a terceros, ausencia de fines políticos y valoración. Por ejemplo, se daña a terceros si una persona por motivo religioso, no se quiere vacunar contra una peste que afecta a la población). El Tribunal Constitucional Federal alemán revisó una sentencia en la que fueron condenados por omisión, familiares de una persona gravemente enferma que se había muerto porque él y dichos familiares se habían negado a que se le realizara una transfusión de sangre necesaria, la cual justificó aduciendo que la justicia había ignorado el efecto irradiador del derecho fundamental a la libertad de creencia y de conciencia que en este caso prevalecen sobre el derecho del Estado a castigar. Ha tomado mayor importancia en relación con la guerra o servicio militar obligatorio porque el Estado lo exige por razones de seguridad y son varias las religiones y muchos los pacifistas que las rehúsan. Pero no sólo funciona en esas actividades y motivos, pueden ser otros valores éticos y morales válidos. Por ejemplo, el que se niega matar a un animal por razones religiosas o ser protector de ellos, el ecologista que se niega a destruir una reserva natural. La objeción de conciencia encuentra su fundamento legal en nuestra Constitución en la libertad religiosa y conciencia (artículo 29) y en el derecho a la intimidad (artículo 26.1).

⁶ *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Nuevo Pensamiento Jurídico, Universidad de los Andes, 1997, pp. 84 y ss. Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Nuevo Pensamiento Jurídico. Universidad de los Andes, 1999, pp. 58 y ss. En este último libro, Rodríguez en su nota introductoria hace un estudio sobre la crítica contra los dogmas de coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces, pues existen varias propuestas en pugna: la que trata de demostrar la coherencia interna del Derecho, pues la mayoría de las disposiciones jurídicas se refieren a casos no difíciles y la neutralidad de su aplicación judicial, y por el contrario, la que mantiene la radical independencia del derecho, su creación y aplicado por el juez para razones políticas y morales.

sado es culpable y, por tanto, debe ser condenado, o no es culpable y debe ser absuelto, no existe una tercera opinión, por lo que el debate consiste en determinar cuál de las dos es la correcta.

El hecho de no ser posible determinar la corrección interpretativa en ámbitos como el jurídico o el literario, no implica que carezca de sentido hablar de una respuesta correcta desde el punto de vista interno de los participantes en las prácticas interpretativas, pues la demostración es propia de las ciencias.

Esta concepción es criticada por parte de la doctrina que cree en la existencia de soluciones intermedias adecuadas, como, por ejemplo, en las sentencias constitucionales, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley y no su nulidad, para lograr una corrección del legislativo.

Las correcciones interpretativas son internas y los jueces y abogados no se muestran escépticos frente a las soluciones de un problema jurídico; por el contrario, afirman que las normas convenientemente interpretadas determinan un solo resultado.

Para abordar el tema de los derechos fundamentales en las relaciones privadas se han formulado dos tesis: las que sostiene que los derechos fundamentales se aplican directamente (*Drittwirkung* directa) y las que sostiene que no se aplican directamente sino a través de la ley y en su defecto por el juez (*Drittwirkung* indirecta).

Según Shneider sobre este tema se han escrito centenares de libros y estudios que podría llenar las bibliotecas de la Alemania Federal.⁷

Si en un principio las dos tesis entraron en pugna, llevando la peor parte la tesis directa, en la actualidad existe una aceptación general de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, al margen de la pugna.

Por otra parte, ambas tesis han aportado conceptos, principios y soluciones importantes para la construcción de tales efectos, coincidiendo en puntos y bases fundamentales. Veamos algunos de ellos: la aplicación indiscriminada de los derechos fundamentales no es aceptada por ambas te-

⁷ Hans Peter Shneider, "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", *Democracia y constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 135. Sin embargo, Konrad Hesse expresa que frente a lo que ocurre con la cuestión general de las relaciones entre el derecho público y el derecho privado, cuyo comentario ocupa volúmenes, llama la atención que haya habido hasta ahora un tratamiento tan escaso en la relación del derecho constitucional con el derecho privado. Hesse, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado*, op. cit., p. 31.

sis y procuran las soluciones justas; los partidarios de la tesis directa e indirecta consideran relevante la posición de predominio de una de las partes sobre la otra para deslegitimar el acto o contrato, y algunos autores de la tesis indirecta admiten la aplicación directa en forma subsidiaria para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales; la tesis directa e indirecta estiman que la mediación del legislador es la mejor solución; la dignidad y la autonomía real son elementos fundamentales de ambas teorías. No obstante, la confrontación continúa⁸ y se logran nuevos aportes e incluso variantes y nuevas soluciones. Por tal razón haremos un breve estudio de ellas.

2. *Antecedentes de la Drittwirkung*

La tesis de que los derechos públicos subjetivos sólo eran oponibles frente al Estado, en principio no se modificó por la Constitución de Weimar, a pesar de que existían algunos artículos que permitían la aplicación de algunos derechos fundamentales en las relaciones privadas. Por ejemplo, el artículo 118 permitía la aplicación de la libertad de expresión del pensamiento en el ámbito de las relaciones laborales y económicas, y el artículo 159 establecía una garantía a la libertad de asociación ante las posibles restricciones de naturaleza privada. Lo dispuesto en estos artículos se consideraba como excepciones a la regla de la oponibilidad únicamente al Estado. No obstante, dan pie para que principien a penetrar ciertos derechos en las relaciones privadas en una forma tímida.

Konrad Hesse⁹ observa que en la época de Weimar se asocian importantes relaciones entre el derecho constitucional y el derecho privado. La segunda parte de la Constitución, relativa a los derechos y obligaciones fundamentales, contenía innovaciones importantes, pero los limita a dos

⁸ El profesor español Victor Ferreres, se pronuncia en favor de la *Drittwirkung* directa de los derechos constitucionales a los particulares y agrega que la tesis dominante en Alemania de los efectos indirectos a través de la noción de “orden objetivo de valores” complica innecesariamente las cosas. Si los derechos constitucionales tienen impacto en las relaciones entre particulares, es que vinculan a estos. Fundamenta su tesis combatiendo las objeciones hechas a la tesis directa que se apoyan: en la naturaleza de la Constitución; la asimetría de los riesgos de error por parte del Estado; la seguridad jurídica; y la libertad individual (Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx).

⁹ Hesse, Konrad, *op. cit.*, pp. 47-54.

aspectos esenciales: *a)* El alcance y la eficacia jurídica de la garantía de institutos jurídicos-privados: como ocurrió en anteriores Constituciones se garantizaban la propiedad privada (artículo 153.1), la garantía del matrimonio, de la familia, de la patria potestad y el mandato de igualdad jurídica de los hijos no matrimoniales (artículos 119-121), la garantía constitucional de la libertad contractual en el tráfico económico de acuerdo con las leyes (artículo 152.1), la garantía del derecho a la herencia, de acuerdo al derecho civil (artículo 154,1) y el derecho fundamental a la libertad de expresión se extendía expresamente a las relaciones laborales y de empleo público (artículo 118.1). Estas garantías tienen una función de guía, de directrices; así ocurre explícitamente con el mandato al legislador para la igualdad de los hijos no matrimoniales, con el principio de igualdad de derecho con los cónyuges. *b)* Estos preceptos no fueron entendidos como directamente vinculantes, sino como principios programáticos, que deberían ser decisivos por medio de una regulación legal, pero no fundaban ningún derecho subjetivo. No obstante, estos derechos y garantías tienen una importante función protectora de los mismos, lo que impedía que el legislador ordinario los aboliera como parte del derecho privado. Sin embargo, estaban sujetos a limitaciones legales: la libertad contractual conforme las leyes, la garantía del derecho a la herencia conforme el derecho civil, lo cual condenaban a estas garantías a la ineficacia, lo mismo sucedía con el derecho de propiedad que podía ser limitado de acuerdo a la ley, pero la importancia de esta Constitución es que impedía la abolición de estas instituciones centrales del derecho privado. La ley fundamental actual establece su supremacía y la aplicación inmediata de los derechos fundamentales, caducando las diferencias entre derechos fundamentales actualmente aplicables y simples principios programáticos.

Es después de la Segunda Guerra Mundial que la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales es desarrollada por el derecho constitucional. También debemos reconocer que en los Estados Unidos ya se discutía y decidía por los tribunales este tema, pero dentro de una perspectiva particular a través de la *state action* que requiere de la presencia del Estado para que se realice una violación constitucional, a diferencia de los países europeos que aceptan la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

Para remediar la situación y tratar de anular algunos fallos, el Congreso de los Estados Unidos, en 1875, aprobó la Ley de Derechos Civiles

(*Civil Rights Act*), lo que equivale a nuestros “derechos fundamentales”, aunque en esto existe discrepancia, pero no es nuestro tema. Era la última ley del programa de Leyes de Reconstrucción constitucional, institucional, económica y social del país, luego de la Guerra de Secesión la cual establecía algunas medidas de igualdad como la prohibición de la discriminación en lugares públicos de diversión (teatros, algunos albergues), considerando su violación como falta y concedía a la persona ofendida la acción de indemnización por quinientos dólares. Esta ley fue declarada inconstitucional por sentencia del Tribunal Supremo en 1883, en un asunto conocido como casos de los derechos civiles (*civil rights cases*). Se argumenta que la sección 5a. de la enmienda XIV, base de la ley, no autoriza al Congreso potestades activas para luchar contra la discriminación entre particulares, el cual sólo puede legislar lo estrictamente establecido en dicha enmienda, dirigida a los Estados; en palabras más sencillas, las leyes federales sobre derechos civiles se aplican a las autoridades y funcionarios y no a los particulares, lo que impedía al Congreso combatir la discriminación entre particulares, fundado en las enmiendas XIII y XIV. Agregaba que la negativa de una persona o institución a permitir a un negro el uso de un medio de transporte o de un lugar de recreo, no tiene que ver con la esclavitud, para la cual estaban previstas las enmiendas XIII y XIV. Ya existía precedente que acogía la anterior doctrina en el caso *United States vs. Cruikshank* de 1876. El Tribunal Supremo anuló una sentencia que había condenado a dos personas por haber linchado a un negro.

Ante los recursos interpuestos por NAACP,¹⁰ la Suprema Corte de Justicia se pronunció sobre aspectos raciales en las relaciones entre los particulares. Ya era generalizada la negativa de los propietarios a alquilarle a negros, o bien obligar a los compradores de inmuebles a no revenderlos o alquilarlos a negros. Estas cláusulas contractuales se les denominan *racially restrictive covenant* (cláusulas restrictivas desde el punto de vista racial). La Suprema Corte de Justicia, en *Buchanan vs. Warley* (1917) declaró inconstitucional una ordenanza local que prohibía a personas de determinada raza (blanco o negro) ocupar locales o viviendas en edificios o en zonas habitadas mayoritariamente por otra raza. Agrega que el poder público podía limitar el derecho del vendedor a disponer de su propiedad, pero no por motivos raciales.

¹⁰ Siglas en inglés de la “Asociación Nacional para el Avance de la Gente de Color”.

Este pequeño avance se cae en *Corrigan vs. Buckey* (1920), al expresar que las enmiendas V y XIV sólo se aplicaban a los poderes públicos y, como consecuencia, no prohíben a los particulares celebrar contratos discriminatorios. Pero 22 años después en *Shelley vs. Kraemer* (1948) se derogó esta jurisprudencia, al prohibir a los estados la ejecución de esos convenios discriminatorios, pues al solicitarse su ejecución ya no es un asunto entre particulares, sino una cuestión en la que interviene el poder público. En este caso un matrimonio negro adquirió una propiedad afectada por el convenio discriminatorio y un matrimonio blanco, dueño también de una propiedad afectada con el mismo convenio, demandó para impedirle a los Shelley (negros) que tomaran posesión de la vivienda. Posteriormente la Suprema Corte de Justicia avanzó considerablemente en contra de la discriminación.

Últimamente en materia política el avance es considerable, pues personas de raza negra han llegado a ocupar altas posiciones en el poder del Estado, Colín Powell y Condoleeza Rice como secretarios de Estado, y Barack Obama, como presidente de la República, realizándose el gran sueño americano y la ampliación de la democracia de los Estados Unidos.

En Alemania comienza a discutirse desde la praxis. Era objeto de debate si el artículo 3.2 de la Ley Fundamental de la República Federal alemana, que establece que el hombre y la mujer gozaban de los mismos derechos, daba pie a una igualdad salarial entre el hombre y la mujer que desempeñaran el mismo trabajo. Nipperdey sostiene el efecto directo¹¹ de los derechos fundamentales hacia terceros y, como resulta de ello, la paridad salarial. Los partidarios del derecho privado se opusieron enérgicamente a esta tesis.

Los argumentos de Nipperdey acogidos por el Tribunal Federal del Trabajo fueron en favor de la eficacia directa del precepto fundamental de la igualdad salarial entre hombres y mujeres ante igual rendimiento laboral, reconociendo así la vinculación de los convenios colectivos a los derechos fundamentales.¹²

Posteriormente el 15 de enero de 1958 se falla el famoso juicio Lüth, en donde el Tribunal se inclina en favor de la eficacia indirecta de los derechos fundamentales.

¹¹ Así lo expresa en su famosa disertación de 1950, *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung*.

¹² Sentencia del 18 de enero de 1955.

Erich Lüth era un judío que había sufrido bajo el régimen nacionalsocialista de Hitler. Era portavoz del Senado de Hamburgo, el gobierno del Land. Extrañado observaba cómo aquéllos comprometidos con el régimen nazi, salían de sus escondites y volvían a figurar en la vida pública de Alemania. Uno de ellos era Veith Horlan que había presentado en las salas de cine una película antisemita (*Jud Süss*), y que además había producido un nuevo film con un nombre aparentemente sin mensaje político titulado *La amada inmortal*.

Lüth considera que era escandaloso que un antiguo director de cine nazi regresara a la profesión y presentara películas sin aparente significado político, quizá transmitiendo el contenido ideológico nazi, por lo cual decidió desarrollar públicamente un boicot de la película.

Este boicot, de acuerdo con el Código Civil, era contrario a las buenas costumbres y, por consiguiente, antijurídico. La empresa productora, el director y la distribuidora reclamaron ante los tribunales civiles y el juez, de acuerdo con el Código Civil, que regula las relaciones entre los particulares, declaró el boicot contrario a derecho, como era lo aceptable en ese entonces.

En esta resolución no fueron aplicados los derechos fundamentales, los cuales, de acuerdo con la concepción tradicional son oponibles al Estado y no tienen influencia en las relaciones entre particulares, lo cual significa que si el Estado le prohíbe a una persona a expresar su pensamiento o reunirse con otros, puede reclamarle ejerciendo sus derechos fundamentales que autorizan esas libertades. Por el contrario, las relaciones entre particulares no quedarían vinculadas a los derechos fundamentales, de tal forma que, a manera de ejemplo, al principio de igualdad no se le puede aplicar al vendedor de bienes para que conceda igual trato a todos sus clientes. Las personas tienen un amplio desarrollo de sus actividades que al Estado le están prohibidas.

Por el contrario, el Tribunal Constitucional consideró que Lüth invocaba el interés público, no tenía fines lucrativos, promovió el boicot no para competir, su propósito era alertar a la opinión pública de una amenaza a la libertad. Estos argumentos fueron aceptados por el Tribunal y resolvió el conflicto entre particulares de acuerdo con la concepción jurídico-objetiva de los derechos fundamentales. Expresa en una de sus partes:

Es, sin embargo, igualmente cierto que la ley fundamental, que no quiere ser un orden neutral de valores (...) ha establecido también en la parte de-

dicada a los derechos fundamentales un orden objetivo de valores y que precisamente con ello se pone de manifiesto un fortalecimiento por principio de la pretensión de validez de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que encuentra su núcleo en la personalidad humana que se desarrolla libremente en el interior de la comunidad social y en su dignidad, debe regir, en tanto que decisión constitucional básica, en todos los ámbitos del derecho; la legislación, la administración y la jurisdicción reciben de él directrices e impulso. Así influye evidentemente también en el derecho civil; ninguna prescripción jurídico-civil puede estar en contradicción con él, todas deben ser interpretadas según su espíritu.

Konrad Hesse expresa que el Tribunal Constitucional considera a los derechos constitucionales principios objetivos no sólo del ordenamiento constitucional, sino del ordenamiento jurídico en su conjunto. La Constitución no quiere ser un orden valorativo neutral, por lo que ha erigido a los derechos fundamentales en un orden objetivo de valores, lo que expresa un reforzamiento vinculante de ellos. Este sistema de valores debe regir en todos los ámbitos del derecho; la legislación, la administración y la jurisprudencia reciben de él directrices e impulsos. Así influye en el derecho civil; ninguna prescripción jurídico-privada puede estar en contradicción con él.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional abrió ampliamente el derecho privado al derecho constitucional. Ha contribuido a que los derechos fundamentales determinen no sólo la vida estatal, sino la vida jurídica en la República Federal. En varios aspectos este logro tiene sus costos.

La creación, continúa Hesse, de la jurisdicción constitucional repercute en el desarrollo del derecho privado, en la que se controlan los actos del poder público, las leyes y las resoluciones judiciales.¹³

La tesis del caso Lüht posteriormente fue desarrollada por el Tribunal Constitucional en sus sentencias y se conoce bajo el nombre de Eficacia Frente a Terceros de los Derechos Fundamentales (*Drittwirkung der Grundrechte*).

La tesis alemana de la eficacia mediata o indirecta es aceptada por la jurisprudencia y la doctrina española.

En España, la Constitución de 1978 en su artículo 53. 1 se dispone que todos los derechos y libertades reconocidos vinculan a todos los poderes públicos y en el artículo 9.1 determina los sujetos que están some-

¹³ Hesse, Konrad, *op. cit.*, pp. 54, 55, y 57-59.

tidos a la Constitución: los ciudadanos y los poderes públicos. No obstante lo preceptuado, el artículo 161.1 b de la Constitución remite a la ley la regulación del amparo por violación de los derechos y libertades señaladas en el artículo 53.2 de la Constitución en los casos y forma que ella determine, pero la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional sólo aceptó el amparo contra los poderes públicos del Estado, autoridades, las comunidades autónomas, los entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional.

Pese a la limitación de dicha ley, el Tribunal Constitucional de España acepta la tesis de la eficacia mediata en sentencia 78 de 1982: que dice:

Fundamentos jurídicos: 1. El primer punto que debemos abordar es el planteado por la empresa "Ford España, S. A." en orden a determinar si la cuestión suscitada excede o no del ámbito del recurso, por entender que el amparo no se solicita respecto de una resolución judicial sino frente a actos de un particular (antecedente séptimo); actos que como tales no son susceptibles de amparo, dado que este recurso limita su ámbito a la protección de los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos o libertades originados por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos, y no por actuaciones de los particulares. La Sala no puede compartir la afirmación de que el recurso no se dirige contra una resolución de un poder público. Basta leer la demanda, y su súplica, para poder afirmar que el objeto del recurso es la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 30 de enero de 1982, en cuanto revoca la de magistratura y con ello infringe, a juicio del actor, el derecho de representación sindical. Problema distinto, del que trataremos más adelante, es que al concretar su pretensión el actor solicite en alguna de sus peticiones (antecedentes 1) que el Tribunal haga declaraciones relativas a la nulidad de la actuación de la empresa, lo que como veremos si puede exceder del ámbito del recurso de amparo, tal y como aparece delimitado por el artículo 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Para decidir el contenido del fallo hemos de tener en cuenta diversos extremos, como son los siguientes: en primer lugar, que el objeto del recurso es la sentencia impugnada por lo que hemos de decidir sobre su constitucionalidad, y no sobre la validez de la actuación de la empresa como pretende el recurrente (antecedente 1, A).

En sentencia 55 de 1983 expresa:

Entiende esta Sala que, cuando se ha pretendido judicialmente la corrección de los efectos de una lesión de tales derechos y la sentencia no ha entrado a conocerla, tras la correspondiente averiguación de su existencia, previo el análisis de los hechos denunciados, es la sentencia la que entonces vulnera el derecho fundamental en cuestión.

En sentencia 18 de 1984 dice:

Esta violación puede producirse respecto de las relaciones entre particulares, cuando no cumplen su función de restablecimiento de los mismos que corresponde a los jueces y tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela judicial de tales libertades y derechos (artículo 41.1 LOTC). En este sentido debe recordarse que el tribunal ha dictado ya sentencia en que ha admitido y fallado recursos de amparo contra resoluciones de los órganos judiciales cuando los actos sujetos al enjuiciamiento de los mismos provenían de particulares.

En sentencia 56 de 1995 dijo:

Alega el Ministerio Fiscal que, aunque las vulneraciones constitucionales alegadas fueron en su caso motivadas directamente por la Asamblea nacional del EAJ/PNV, su acceso al recurso de amparo se basa en la lesión indirecta de los derechos fundamentales causada por las resoluciones judiciales que no otorgaron la tutela debida a tales derechos. Este Tribunal se recuerda ha reconocido tal posibilidad en numerosas ocasiones, recogiendo lo que en la doctrina alemana se conoce con el nombre de *Drittwirkung* (por todas, SSTC 2/1982 y 18/1984).

Como puede observarse, pese a lo dicho en el artículo 5.31 y el artículo 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia española acepta la eficacia indirecta de los derechos fundamentales frente a los particulares, lo mismo que la doctrina dominante.

La Constitución colombiana, a diferencia de otras, no establece como único responsable de la violación de los derechos fundamentales, a los poderes públicos, sino también a los particulares. El artículo 86.1 dispone:

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Por decreto 2591 de 1991 y el decreto reglamentario 306 de 1992 se determinan los casos en que procede la acción de tutela contra particulares.

La Corte Constitucional, en sentencia 251 de 1993, justifica la acción de tutela contra los particulares en la situación de subordinación o indefensión del particular ante el poder de otro particular por su poder social o servicio público que presta. Expresó:

Las sentencias entre los particulares discurren, por regla general, en un plano de igualdad y de coordinación. La actividad privada que afecte grave y directamente el interés colectivo, adquiere una connotación patológica que le resta toda legitimación, máxime en un Estado social de derecho fundado en el principio de solidaridad y de prevalencia del interés general. De otro lado, la equidistancia entre los particulares se suspende o se quebranta cuando a algunos de ellos se los encarga de la prestación de un servicio público o el poder social que, por otras causas, alcanzan a detentar puede virtualmente colocar a los demás en estado de subordinación o indefensión. En estos eventos, tiene lógica que la ley establezca la procedencia de la acción de tutela contra los particulares que prevalecidos de su relativa superioridad u olvidando la finalidad social de sus funciones, vulneren los derechos fundamentales de los restantes miembros de la comunidad (CP artículo 86). La idea que inspira la tutela, que no es otra que el control al abuso del poder, se predica de los particulares que lo ejercen de manera arbitraria.

En Costa Rica, el artículo 57 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional contempla el amparo contra los particulares que dice:

Artículo. 57. Admisibilidad. Procedimiento en caso de rechazo. Improcedencia contra conductas legítimas. El recurso de amparo también se concederá contra las acciones u omisiones de sujetos de derecho privado, cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o se encuentren de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2, inciso a) de esta ley. La resolución que rechace el recurso deberá indicar el procedimiento idóneo para tutelar el derecho lesionado. No se podrán acoger en sentencia recursos de amparo contra conductas legítimas del sujeto privado.

Existe numerosa jurisprudencia costarricense.¹⁴ Por ejemplo la Sala Constitucional sobre el tema ha dicho:

El amparo contra sujetos de derecho privado es objeto de particular regulación en el artículo 57 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, según el cual sólo procede cuando aquéllos actúan o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas o cuando se encuentren de derecho o de hecho en una posición de poder frente a la que los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2 inciso a) de la Ley, y resulta evidente que la empresa demandada no se encuentra en ninguna de las situaciones a que alude el artículo 57, ya que ni está actuando en ejercicio de funciones o potestades públicas, ni se encuentran en una posición de poder es decir, en la posibilidad de imponer, de hecho o de derecho una decisión unilateral que viole los derechos constitucionales del recurrente frente a la que los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos. S. C. V. 895-97 (en sentido similar: 1125-96; 3238, 6076, 5203, 3650, 3376, 700, todos de 1994; 4067, 3938, ambos de 1993).

Quede sentado a propósito de la admisibilidad del amparo que patrono y trabajador se encuentran en una situación de poder de las contempladas por el artículo 57 de aquella ley, (de la Jurisdicción Constitucional) cuando el reclamo del derecho previsto por el artículo 35 del Código de Trabajo se trata. Dispone éste: “a la expiración de todo contrato de trabajo, por cualquier causa que éste termine, el patrono, a solicitud del trabajador, deberá darle un certificado que exprese únicamente: a) la fecha de su entrada y de su salida; b) la clase de trabajo ejecutado. Si el trabajador lo desea, el certificado determinará también; c) la manera como trabajó; y d) Las causas del retiro o de la cesación del contrato” (...) Y se enfrenta una posición de poder frente la cual los remedios jurisdiccionales comunes resultan claramente insuficientes o tardíos para la tutela del derecho fundamental al trabajo porque, en un régimen de despido cuya regla general, con las excepciones establecidas por ley, es la libertad patronal, en resguardo del eventual abuso de la libertad de despido el artículo 35 del Código de Trabajo impone el patrono una obligación medular para el ejercicio de otros derechos laborales. Incumplida ésta se genera, precisamente, la insuficiencia o la inocuidad de la jurisdicción ordinaria, ocasionando una desigualdad, del trabajador cuan-

¹⁴ Cfr. Hess Aroyo, Christian y Brenes Esquivel, Ana Lorena, *Ley de Jurisdicción Constitucional. Anotada, concordada y con jurisprudencia*, San José, Investigaciones Jurídicas, S. A. 2001, pp. 221 y ss.

do pide la tutela jurisdiccional en sede de trabajo. S. C. V. 4777-96 (en sentido similar: 4626-96; 2170-93).

Diego Valadés hace un amplio estudio comparado de los efectos de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, tanto en Europa como en Asia y en América, indicando sus diferentes alcances y efectos. Señala las Constituciones que lo hacen de manera implícita¹⁵ y otras de manera explícita.¹⁶ Enumera las Constituciones provinciales¹⁷ de Argentina¹⁸ que los contemplan y la doctrina del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.¹⁹

3. *Resistencia a la Drittwirkung*

Nos referiremos a la oposición que surge a raíz de la aplicación del artículo 3.2 de la Constitución de Alemania en las relaciones laborales. Cuando Nipperdey se pronuncia en favor de la aplicación directa de dicha disposición, surge la tesis que le negaba cualquier posibilidad a una *Drittwirkung*, fundada en que los derechos fundamentales eran exclusivamente oponibles al Estado, en la que militaban autores del derecho privado. Son varios los argumentos que se esgrimen por la doctrina para rechazarla; a saber: solamente es aplicable a los particulares si así lo dispone expresamente el texto constitucional; se encuentra en oposición

¹⁵ El Salvador (247), Costa Rica (artículo 48), Guatemala (artículo 265), Honduras (artículo 183), Nicaragua (artículo 45), Uruguay (artículo 10) y Venezuela (artículo 27).

¹⁶ Argentina, Colombia (artículo 86.1), Bolivia (artículo 19), Chile (artículo 22), Ecuador (artículo 95), Paraguay (artículo 134) y Perú (artículo 200.2).

¹⁷ Salta (1986), San Juan (1986), La Rioja (1986), Tierra del Fuego (1991), Córdoba (2001), Santa Cruz (1998), Provincia de Buenos Aires y Ciudad de Buenos Aires (1996).

¹⁸ El artículo 43 de la Constitución de 1994 reconoce el amparo contra la autoridad y los particulares, pero su antecedente se encuentra en la jurisprudencia pretoriana de la Corte Suprema de la Nación del 5 de septiembre de 1958 en el caso Samuel Kot, S. R. L., en un conflicto entre la sociedad patronal y los obreros, ya que no sólo procedía contra las autoridades. Se argumentó que los consorcios y asociaciones profesionales de grandes empresarios acumulan enorme poderío económico y material que amenazan a los individuos y sus derechos fundamentales. En 1957 (caso Siri), la Corte había admitido el amparo contra las autoridades, sin que la ley regulara ese recurso.

¹⁹ Poder Judicial de la Federación, *La protección de los derechos fundamentales frente a los particulares*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005.

a la historia y al concepto de los derechos fundamentales; no estuvo en la mente de los constituyentes alemanes consagrarla; destruye la autonomía privada y podrían destruir al derecho privado, pues los jueces podrán fundar sus resoluciones directamente en la Constitución prescindiendo de las regulaciones legales, sustrayendo del Poder Legislativo, con legitimidad democrática, la libertad de configurar y regular los fenómenos sociales, trasladando el debate democrático a los jueces, de lo cual surge un Estado judicial, algo equivalente al gobierno de los jueces.

4. Factores que determinan la influencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas

Son varios los factores que determinan la influencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas:

A. El carácter fundamental, normativo y superior de la Constitución

Es fundamental porque es la que organiza políticamente a la comunidad, estableciendo su sistema de gobierno y reconociendo sus derechos humanos y el sistema de defensa.

Es normativa porque tiene aplicación obligatoria generalmente dirigida a los poderes de Estado, aunque existen algunas normas que en forma directa se dirigen a regular las relaciones entre particulares. Las Constituciones son normas eficaces, aplicables y no programas políticos que tienen que ser desarrollados por las leyes ordinarias, son verdaderas leyes que obligan a los poderes del Estado y a los particulares.

La Constitución jerárquicamente es la ley superior del Estado, a la que debe someterse todo el orden jurídico del Estado para su validez.

Este carácter, fundamental normativo y superior se proyecta sobre todas las ramas del derecho en la creación, aplicación e interpretación normativa.

B. La desigualdad

En la sociedad contemporánea, globalizada, donde la ciencia y la tecnología se desarrollan con rapidez y el conocimiento es la verdadera ri-

queza, han surgido corporaciones, asociaciones, sociedades, monopolios, carteles, etcétera, con gran poder económico que con cierta frecuencia, unen al poder económico, político, social, cultural y mediático, superiores en algunos casos al Estado, los que controlan casi toda la riqueza frente una base poblacional al margen del progreso y los nuevos inventos. Este fenómeno produce una desigualdad que ponen a esos capitales en posición fácil de violar los derechos fundamentales. En el Estado contemporáneo no sólo éste viola los derechos fundamentales, sino también los poderes privados, violación que se produce con frecuencia en las relaciones entre los particulares.

Por tal razón, surge la necesidad de garantizar la efectividad de los derechos humanos en las relaciones entre particulares.

C. El Estado social de derecho

Este es un Estado más fuerte que el liberal clásico, no permanece inactivo dejando que el mercado y la sociedad actúen sin control, interviene en la economía, en los problemas sociales y se esfuerza por una mayor igualdad material, para darle más vida a la igualdad formal.

Esta concepción del Estado es proclive para la proyección de los derechos humanos en todo el ordenamiento jurídico, incluyendo el ámbito del derecho privado. En resumen, favorece la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones particulares.

Este Estado está consagrado en el artículo 130 de la Constitución que “la nación nicaragüense se constituye en un Estado social de derecho”.

D. El desarrollo de la justicia constitucional

La justicia constitucional ha tenido un importante desarrollo y hoy es considerado como una de las piezas fundamentales de la democracia contemporánea, así como la división de poderes y el pluralismo político. Su jurisprudencia, además de garantizar el Estado de derecho, ha enriquecido el derecho constitucional, defiende la Constitución y pone en vigencia sus normas, las cuales se proyectan en el ordenamiento jurídico, incluyendo el derecho privado.

Por medio de los diferentes recursos al servicio de la jurisdicción constitucional, hoy formando parte de una rama nueva denominado dere-

cho procesal constitucional, los tribunales constitucionales, las salas constitucionales o la Corte Suprema de Justicia ordinaria, conocen de los conflictos jurídico-privados, principalmente en el recurso de amparo contra las resoluciones judiciales, en lo países que se admite contra este tipo de decisiones.

II. TEORÍA DE LA *DRITTWIRKUNG* INMEDIATA

1. *Introducción*

Como ya expresamos, fue Nipperdey quien inicialmente sostiene la aplicación inmediata (o directa) de los derechos fundamentales, con ocasión del derecho de igualdad consagrado en el artículo 3.2 de la Constitución,²⁰ aplicado a la igualdad salarial entre hombres y mujeres.²¹ Hace dos observaciones fundamentales:

A. Que las disposiciones constitucionales tienen un contenido muy diverso entre sí, por lo que su significación, modo y grado de acción han de verificarse detalladamente en cada caso particular, pero que en lo general en la mayoría de los casos, esos derechos fundamentales auténticos y clásicos son de derecho público subjetivo del individuo frente al Estado, a los cuales quedan vinculados los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Pues con ello se pretende vincular al poder público y no están destinados al tráfico jurídico privado. Señala como ejemplo: la libertad de reunión,²² de circulación,²³ la inviolabilidad del domicilio,²⁴ la propiedad,²⁵ el derecho a la nacionalidad²⁶ y el derecho de petición.²⁷

²⁰ Artículo 27 y 82.1 de nuestra Constitución.

²¹ El artículo 82.2 de nuestra Constitución regula la aplicación concreta de igualdad salarial de los trabajadores en idénticas condiciones y en el principio XI del Código del Trabajo se consagra la igualdad entre hombres y mujeres en el acceso al trabajo y el trato de conformidad con lo establecido en la Constitución.

²² Artículo 53 de nuestra Constitución.

²³ Artículo 31 de nuestra Constitución.

²⁴ Artículo 26.2 de nuestra Constitución.

²⁵ Artículo 44 de nuestra Constitución.

²⁶ Artículo 20 de nuestra Constitución.

²⁷ Artículo 52 de nuestra Constitución.

B. Pero existen otros derechos fundamentales que se proyectan en la esfera jurídica privada, sobre un *status socialistis*, en virtud de la irradiación que despliegan sobre el conjunto del ordenamiento, lo cual da pie para una violación directa, no indirecta, de los particulares a los derechos fundamentales. Por ejemplo: la protección de la dignidad humana consagrada en el artículo 1.1 de la Ley Fundamental,²⁸ la prohibición de la discriminación, consagrada en el artículo 3.3 del mismo texto,²⁹ la libertad de expresión del artículo 5,³⁰ para citar solamente algunos supuestos. En casos dudosos de si un derecho es vinculante entre los particulares hay que analizar las circunstancias que lo rodean y determinan si entre las partes existiere una desigualdad fáctica, en cuyo supuesto debe aplicarse directamente el derecho fundamental objeto del conflicto. Esta solución no viola el principio de autonomía privada porque una de las partes, la más poderosa, impone su voluntad a la otra, ya que la autonomía privada no puede quedar reducida a su aspecto formal. En resumen, en virtud de esta teoría no todos los derechos fundamentales son aplicables directa y automáticamente, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias que rodean el caso, los tipos de relaciones, la ponderación de los derechos en juegos y los valores protegidos constitucionales.

Nipperdey afirma que el origen histórico de la defensa de los derechos humanos como garantía frente al Estado, no es argumento válido para negar la vinculación de los particulares a tales derechos, pues si bien es cierto que tradicionalmente esa ha sido su función, no puede ser actualmente su única finalidad, ya que una interpretación semejante ignoraría el significado y la finalidad de las concepciones en las prácticas modernas.

Sostiene que la Constitución alemana de 1949 introdujo una transformación profunda en el significado de los derechos fundamentales, al disponer en el artículo 1.1 de la Constitución que todos los poderes públicos: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, están obligados a proteger y respetar la dignidad humana, por lo que no se pueden considerar válidas las violaciones de los derechos fundamentales cometidos por otros sujetos, pues de otro modo el Estado no cumpliría con el deber que le impo-

²⁸ Artículo 5 de nuestra Constitución.

²⁹ Artículo 27 de nuestra Constitución.

³⁰ Artículo 30 de nuestra Constitución.

ne la Constitución. Se pregunta si los contratos que vulneran algún derecho fundamental, o si en determinada circunstancia ha de primar el principio *volenti non fit iniuria*. Agrega que la amenaza en contra de los individuos no procede únicamente del Estado, sino también de poderes sociales y particulares y que frente a todos estos poderes deben protegerse los derechos fundamentales. De acuerdo con el artículo 1.3 de la Constitución, que vincula al Poder Legislativo, Ejecutivo y a los Tribunales a los derechos fundamentales como derechos directamente aplicables, ningún juez puede declarar que está de acuerdo al derecho el contrato, el negocio jurídico unilateral, la acción u omisión que viole los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Nadie puede renunciar a los derechos vinculados con la dignidad humana; como consecuencia, los contratos que violen los derechos fundamentales no pueden gozar de reconocimiento legal.

Nipperdey, en trabajos posteriores desarrolla lo expuesto anteriormente. Sostiene que la aplicación directa de los derechos fundamentales no pone en peligro la autonomía privada, pues debe realizarse respetando el desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 2.1 de la Constitución,³¹ lo que supone la constitucionalización del Principio de la Autonomía Privada. Sostiene que al negarle a los particulares la facultad de disponer de su esfera jurídica, aceptando determinadas restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico, se les podría privar de todos esos derechos, los cuales se justifican como instrumentos y garantías de la libertad individual, Pero añade que esta facultad de imposición es aceptable si los sujetos se encontraran en un plano de igualdad de hecho y de derecho, pues no es admisible que una de las partes no actúe con plena autonomía por estar condicionada por la otra parte de mayor poder.

2. *La autonomía de la voluntad no impide la aplicación directa*

Los partidarios de la aplicación directa de los derechos fundamentales sostienen que la autonomía de la voluntad no es incompatible con ese ti-

³¹ Artículo 25 inciso.3 de nuestra Constitución, artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 3 del Pacto de San José y otros documentos internacionales constitucionalizados por el artículo 46 de la Constitución.

po de aplicación, pues no sólo obligan a los poderes públicos, sino también a los poderes particulares en el tráfico jurídico privado, los cuales no dejan de ser rigidos por la autonomía privada.

Para justificar la compatibilidad se fundan en dos argumentos:

A. En la aplicación selectiva y no indiscriminada de los derechos fundamentales, en cualquier circunstancia y a todas las relaciones privadas, la que tiene en cuenta la autonomía privada. De esta aplicación selecta o diferenciada ya nos hemos referido anteriormente, en la cual Nipperdey señala los derechos y ámbitos que afectan a las relaciones privadas.

En resumen, los partidarios de esta tesis no proponen la aplicación de todos los derechos fundamentales en cualquier conflicto de derecho privado.

B. La construcción contemporánea del concepto de la autonomía privada es compatible con la aplicación directa.

En el tránsito del Estado de derecho hacia al Estado social de derecho, ante la injusticia de la ética liberal formal, surge la ética material de la responsabilidad social.

Esta forma de pensar produce la que se denomina la materialización del derecho privado, en estrecha relación con la crisis de la separación entre el derecho público y el derecho privado, que propicia la aparición de nuevas ramas del derecho (derecho laboral, derecho familiar, etcétera.) y la inserción de criterios materiales en la contratación, la propiedad y el derecho penal. De manera que el derecho privado, ya no se considera como un ámbito destinado exactamente a asegurar la realización de la autonomía privada, sino también es puesto al servicio de la justicia social, por lo que no es extraño que no quede excluido de la intervención estatal, lo que evidencia un debilitamiento de la oposición entre el derecho público como ámbito sometido a la regulación estatal y el derecho privado como esfera rigida por la libertad individual.

Esta materialización tiene su manifestación en la materialización de la libertad contractual y la materialización de la justicia contractual.

La materialización de la libertad contractual distingue entre la libertad de decisión jurídica formal y la libertad de decisión fáctica o material en la contratación. Los ejemplos aclaran: Si una de las partes del contrato lo impugna porque consistió bajo la presión de la otra parte que se valió de su superioridad, se presentan dos tipos de soluciones: a) o se mantiene el vínculo contractual, en virtud del principio de la autonomía formal, fun-

dándose la decisión en valores liberales, partiendo de que la persona es libre y responsable, por lo que libremente se obliga y asume los efectos y consecuencias de sus actos; b) o se anula el contrato porque una de las partes carece de voluntad real, prevaleciendo en este caso la libertad material sobre la formal, fundándose la decisión sobre valores sociales, al concederles relevancia a la dignidad de las personas y a la limitación real de la libertad de decisión, todo lo cual justifica la protección del más débil.

La justicia del pacto no se limita a los instrumentos procedimentales, y considera que deben tenerse en cuenta elementos materiales, especialmente los límites impuestos a la libertad contractual por el derecho imperativo.

Nipperdey sostiene que su tesis conduce a un reforzamiento de la autonomía privada y especialmente de la libertad contractual, pues parte del principio de la libertad contractual y lo mantiene incluso frente a los poderes sociales y a las posiciones de poder fácticos de los particulares y propone para lograrlo, como vía más adecuada, la invocación directa de los derechos fundamentales.

Con cierta frecuencia al ejercitar la autonomía privada se renuncia a determinados derechos fundamentales, pero esta renuncia se encuentra sometida a los límites y a los requisitos que el legislador ha introducido para asegurar que la voluntad de las partes sea realmente libre. Ante una posición fuerte de una de las partes y la otra débil, existe un riesgo de que no haya expresión de voluntad real de la parte débil. En estos casos se procede a la ponderación del derecho fundamental en conflicto con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (fundamento del principio de autonomía de la voluntad).

3. *Explicación de la Drittwirkung directa a ciertos problemas*

Los partidarios de la *Drittwirkung* directa señalan que permite solucionar algunos problemas de la teoría mediata y además es la máxima seguridad de la efectividad de los derechos humanos.

A. La garantía de la seguridad jurídica

Los defensores de la *Drittwirkung* directa sostienen que los derechos fundamentales se aplican en forma inmediata no sólo para corregir algunos de los problemas teóricos de la aplicación mediata: seguridad jurídica

ca e imputación de la violación al juez, sino también otorgarles máxima efectividad a los derechos fundamentales. La aplicación directa se convierte en un requisito de máxima seguridad de tales derechos.

Por el contrario, los partidarios de la aplicación mediata aseguran que ésta debe preferirse a la aplicación directa porque garantiza la seguridad jurídica, ya que limita el riesgo de un excesivo margen de discrecionalidad del juez, el que puede caer en la arbitrariedad al ponderar los derechos en conflicto en la aplicación directa. Se detecta en la aplicación inmediata un activismo judicial. Se impugna de esta manera la técnica de la ponderación del sistema directo, al que estiman como una puerta abierta a la arbitrariedad. Por tal razón, consideran que deben invocarse normas jurídicas privadas para evitar una excesiva libertad de interpretación.

En la aplicación mediata, la amplitud de actuación e interpretación del juez es amplia en cuanto a los conceptos indeterminados y las normas generales en los casos en litigio. Por ejemplo, para especificar el significado de las buenas costumbres, la buena fe y el orden público, el juez goza de amplitud, pero debe tener presente los valores constitucionales y concretamente los derivados de los derechos fundamentales.

Si tanto la teoría de la aplicación directa como la indirecta permiten amplitud al juez, no es argumento para descartar a la primera, el activismo del juez. Por otra parte, en el Estado constitucional, el papel central y relevante del juez es parte de su esencia.

Es importante advertir que los enemigos de la *Drittwirkung*, en cualquiera de su forma de aplicación, sostienen que, tanto la directa como la indirecta, vulneran la seguridad jurídica.

B. *No es necesaria la imputación de la violación al juez*

En la sentencia del caso Lüth, de la que ya hemos hecho referencia, se afirma que el juez civil está vinculado a los derechos fundamentales³² y al aplicar las disposiciones jurídicas privadas debe tener en cuenta el grado de influencia de ellos. En base a lo expuesto, la *Drittwirkung* indirecta atribuye al juez la violación del derecho fundamental, si no respeta tal criterio y su sentencia ignora la influencia de la Constitución sobre las normas civiles.

³² Artículo 31 de la Ley Fundamental.

Con este criterio se satisface al reclamante del derecho violado, se evita la eficacia directa de los derechos fundamentales y se abre la vía del amparo.

Pero no explica cómo es posible que el juez sea el violador de los derechos fundamentales, cuando esta violación se realizó antes del conflicto judicial en la relación entre los particulares.

De la expresada solución, guardan distancia aquellas legislaciones como la de Costa Rica, Argentina y otros países en que el amparo se puede dirigir en contra de los particulares que ocupan una posición superior en la sociedad, sin esperar la intervención judicial para llegar al amparo como único vehículo para legitimarse en este recurso.

La *Drittwirkung* indirecta parte de la idea de que la violación proviene de la ley por su error u omisión y del juez que posteriormente no corrige al decidir el conflicto, a quien se le atribuye la vinculación. No es primero la violación de los derechos fundamentales de las partes en sus relaciones privadas y después su corrección ante el juez, sino que la violación surge después con la decisión del juez.

4. *La mayor efectividad de la Drittwirkung directa*

Los partidarios de la *Drittwirkung* directa argumentan que esta teoría le concede mayor efectividad a los derechos fundamentales porque, en primer lugar, soluciona los conflictos en que existe una desigualdad de las partes y, en segundo lugar, no subordina la aplicación de los derechos fundamentales a la mediación del legislador y del juez. Esta protección se logra de la manera siguiente:

A. *Control al poder privado*

Los partidarios de la *Drittwirkung* inmediata no ven a los derechos fundamentales como normas de interpretación que orienten la aplicación del derecho civil, sino como normas aplicables directamente en este mismo ámbito, ya que en el derecho privado se pueden vulnerar los derechos fundamentales por aquellos sujetos que ostenta un poder social. Si partimos de la idea de que los derechos fundamentales son valores superiores del ordenamiento, es admisible que se exija su aplicación directa como derecho subjetivo en las relaciones entre particulares.

La incorporación de los derechos fundamentales a la Constitución ha transformado a ésta en una norma que no sólo contiene la organización del Estado, sino que pretende construir un nuevo orden en la sociedad y, como consecuencia, imponerse en todas las ramas del derecho, brindando protección de los derechos fundamentales en todos los ámbitos de la vida. Esta protección exige que los preceptos constitucionales sean directamente aplicables a las relaciones privadas en la que una de las partes se imponga por la superioridad que ostenta.

Los partidarios de la *Drittwirkung* directa sostienen que existe libertad e igualdad en el consentimiento sólo cuando es el reflejo de una realidad formal y fáctica.

B. La mediación del legislador y el juez

Los partidarios de la *Drittwirkung* directa no condicionan su eficacia inmediata a la mediación previa del legislador y, en su defecto, a la del juez. Pero es indudable que cuando existe una norma aplicable, el conflicto entre el derecho invocado por una de las partes y la autonomía privada, por la otra, el caso se resolverá de acuerdo a dicha ley; pero si no existe regulación del caso, la norma constitucional que recoge el derecho será aplicada directamente y no como criterio hermenéutico para concretar los conceptos indeterminados o las normas generales del derecho privado.

Se considera la ley como la mejor solución para la regulación de las relaciones privadas, lo cual es compartido con la *Drittwirkung* indirecta, pero no se puede estimar como un requisito indispensable, pues en su ausencia, ni los actos de los particulares ni la propia norma de derecho privado estarían vinculados a los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales son mandatos de protección que se imponen a los poderes, por lo que una ausencia de ley, puede dificultar el ejercicio de ese derecho, pero no impedirlo, y debe ser aplicado por los órganos del sistema. Si no se acepta la ley como criterio indispensable, en defecto de la norma legal se tendrá que negar cualquier tipo de eficacia de los derechos fundamentales, con lo cual se quebraría el máximo rango jerárquico de los preceptos constitucionales y su estimación como norma vinculante para todo el ordenamiento jurídico.

Estas consideraciones han obligado a algunos autores de la aplicación mediata a la aceptación de una aplicación inmediata subsidiaria en los

casos en que el derecho privado no ofrece ninguna respuesta a los derechos fundamentales, ya que de otra manera se estarían condicionando la proyección de tales derechos en el ámbito privado a la existencia de normas legales.

Konrad Hesse³³ expresa que la fortaleza de la jurisdicción constitucional dejan fuera de la vista la primordial importancia de la ley. Expresa que el Tribunal Constitucional controla mediante el amparo la aplicación de los derechos fundamentales en las decisiones judiciales y como los jueces argumentan ampliamente con base en los derechos fundamentales y dejan penetrar a los derechos fundamentales donde no caben, el Tribunal Constitucional con el peligro de convertirse en el Supremo Tribunal de los conflictos jurídico-civiles, asume un papel que no le corresponde pero debe reconocerse las funciones del Tribunal Constitucional, como logro del Estado de derecho. No es preciso también modificar el derecho constitucional vigente sino que toma un desarrollo que tome más en cuenta las particularidades de la realización de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privado y que resulte idóneo para evitar en buena medida los inconvenientes y peligros expuestos.

Se ha desarrollado la jurisprudencia constitucional en el marco del control de constitucionalidad de las decisiones de los tribunales civiles, por lo que la problemática aparece primariamente como relativa a la aplicación del derecho por los jueces en la que le dan vida a la influencia de los derechos fundamentales y en esa medida quedan bajo el control del Tribunal Constitucional.

Por tal razón aparece fuera del campo de visión, o casi, el Poder Legislativo que debe realizar en primera línea la influencia de los derechos fundamentales en el derecho privado, cuyo papel decisivo resulta ya del hecho de ser responsable de los preceptos del derecho civil, del medio por el que debe desplegarse el contenido jurídico de los derechos fundamentales en el derecho privado.

Al legislador del derecho privado le corresponde constitucionalmente la tarea de transformar el contenido de los derechos fundamentales, de modo diferenciado y concreto, en derecho inmediatamente vinculante para los participantes en una relación jurídico-privado. A él le corresponde fundamentalmente cuidar de las múltiples modificaciones a la que obliga a la influencia de los derechos fundamentales sobre el derecho privado.

³³ Hesse, Konrad, *op. cit.*, pp. 61-66.

Pero el legislador debe tener en cuenta que tal modificación no puede reducirse a recortar la autodeterminación y la responsabilidad individual, que la autonomía privada comprende también la posibilidad de contratar por libre decisión obligaciones que los poderes públicos no podrían imponer al ciudadano.

El legislador no puede renunciar a conceptos indeterminados, necesitados de ulterior precisión y a las cláusulas generales. Pero igualmente es cierto que una regulación legal materialmente diferenciadora, que concrete los preceptos y las influencias de los derechos fundamentales, conduce a una mayor determinación de la regulación normativa y a una mayor claridad, certeza y previsibilidad jurídica que un recurso inmediato a los derechos fundamentales. En la misma medida se evitan los peligros expuestos de la invasión del derecho privado por el derecho constitucional. La peculiaridad del derecho privado se garantiza mejor. El juez civil, finalmente se le libera por principio de la necesidad de una amplia aplicación inmediata de los derechos fundamentales que por regla general conducen a problemáticas ponderaciones jurídico-constitucionales. Puede concretarse de nuevo en su propia especialidad. Pero como posteriormente le incumbe el control de constitucionalidad de las normas jurídicas aplicables, podrá interpretar el derecho aplicable de conformidad con la Constitución y debe observar los derechos fundamentales como principios objetivos en la precisión de conceptos indeterminados o en la interpretación de cláusulas generales.

Termina Hesse expresando que la intervención del legislador aparece como el camino adecuado para la tutela de los derechos fundamentales frente a las lesiones y peligros procedentes del ámbito no estatal.

5. Relaciones entre los derechos fundamentales y la autonomía de la voluntad según la teoría de la Drittwirkung directa

A. Introducción

Una vez que se acepta la eficacia de los derechos fundamentales en forma directa o indirecta en las relaciones privadas, se reconoce un límite en la autonomía de la voluntad ante la injusticia contractual del poder privado, el siguiente paso es determinar el cómo y al cuánto de la eficacia.

Ya hemos visto que la tesis inmediata propone la aplicación directa y diferenciada de los derechos fundamentales en las relaciones privadas como límite a la autonomía privada, aún sin ley regulatoria y sin necesidad de emplear el derecho privado, según los casos concretos y los derechos en conflicto.

La tesis directa, pues, para solucionar la controversia selecciona el derecho aplicable al caso concreto y determina los derechos en conflicto con el fin de matizar la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Al articular la aplicación inmediata y la autonomía de la voluntad, encontramos las limitaciones a los derechos fundamentales consentidas por la parte afectada y las restricciones impuestas por una parte, pero no consentida por la otra.

B. *Limitaciones consentidas*

¿Hasta dónde, en los convenios y contratos, pueden limitarse los derechos fundamentales? En otras palabras, ¿en qué medida una persona puede en ejercicio de la libertad contractual, renunciar válidamente a la protección de un derecho fundamental?

En principio, las partes pueden de adquirir derechos y contraer obligaciones, siempre que el contrato se haya celebrado libremente.

Los defensores de la aplicación directa reconocen que la aplicación inmediata de los derechos fundamentales puede chocar con la libertad contractual, la que también merece protección. No es posible una aplicación sistemática de los derechos fundamentales para invalidar cualquier pacto que limite alguno de esos derechos de las partes. Por tal razón, la aplicación no debe ser automáticamente, sino articulada con el principio de autonomía privada, estudiando las circunstancias que rodean el caso y además tendrán en cuenta dos criterios fundamentales para la valoración: la autonomía real y el respeto a la dignidad humana.

a. *Autonomía real*

Para la *Drittwirkung*, la autonomía real es fundamental para la aplicación de los derechos fundamentales, de tal manera que si una de las partes está en posición de inferioridad a la otra que goza de un poder privado superior, no existe autonomía de la voluntad, por tal razón, sólo es

admisible y válida la renuncia del ejercicio de un derecho fundamental cuando existe igualdad de hecho y de derecho, entre las partes.

Vuelvo a insistir que los partidarios de la aplicación directa no rechazan la autonomía de la voluntad, uno de los pilares del derecho privado, razón por la cual la Constitución garantiza y protege los principios fundamentales del ordenamiento jurídico-privado y económico.

Cuando el contratante renuncia o limita sus derechos fundamentales frente a la otra parte poderosa deberá considerarse nula la cláusula o el contrato porque no actuó libremente en ejercicio de su libertad contractual.

b. La dignidad humana

La base de los derechos fundamentales y de los valores superiores del ordenamiento jurídico es la dignidad humana. Nipperdey al continuar con la exposición de su teoría directa, parte de la idea fundamental de que la dignidad humana no es únicamente invocable y vinculante frente a los poderes públicos, sino también vincula a los particulares, pues de otro modo no sería posible afirmar que la dignidad humana representa el fundamento del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, la protección del Estado a la dignidad humana supone el reconocimiento, en el tráfico jurídico-privado, de un derecho subjetivo absoluto irrenunciable a la dignidad humana, el que puede ejercerse frente a las demás personas jurídicas. Si este derecho solamente se pudiera defender frente a los poderes públicos, la persona se encontraría desarmada ante las vulneraciones de otros particulares. Por lo expuesto, no es válida la renuncia contractual que vulnera la dignidad humana.

Lo difícil es determinar el contenido de la dignidad humana para establecer, en cada supuesto, si la limitación consentida de un derecho fundamental, encierra una violación a dicha dignidad. Es conveniente señalar que la dignidad humana es una base importante de la teoría directa e indirecta. La teoría indirecta admite como excepción, la eficacia directa del principio de dignidad.

Podemos decir que la dignidad humana tiene como núcleo central la libre elección del individuo de sus ideales, el programa del desenvolvimiento de su vida, la escogencia de sus valores y el derecho a que se respete esa opción.

C. Limitaciones no consentidas

La autonomía privada conlleva la libertad de contratación que se manifiesta en contratar, abstenerse de contratar, seleccionar con quien se quiere contratar y excluir de lo convenido a todas las demás personas, dentro del límite de las normas imperativas.

En la relación entre la libertad de contratación y el principio de igualdad, saltan dos preguntas a la vista: ¿en qué medida las personas excluidas del contrato se les vulnera su derecho a no ser discriminado? ¿Los sujetos pasivos de la misma relación o bien de relaciones independientes tienen el derecho a ser tratados igualmente?

La colisión entre la libre contratación y el principio de igualdad puede conducir a la destrucción de la autonomía privada, por lo que debe actuarse con mucho cuidado mediante soluciones moderadas.

La regla general es que la libertad individual prevalece sobre la igualdad, pero deben armonizarse.

La doctrina distingue dos aspectos del principio de igualdad: el principio general de igualdad y la prohibición de discriminación por determinadas causas, ambos aspectos consagrados en el artículo 27 de nuestra Constitución, aunque no contemplados todos los motivos que pueden dar lugar a una discriminación.³⁴

Se suele admitir que el principio de igualdad, como norma general de tratamiento igual, se dirige exclusivamente al Estado y no es extensiva a los particulares, por la alta relevancia del principio de la autonomía en el ámbito privado.

El principio de igualdad general, como trato igual, obliga a los poderes del Estado a respetarlo e incluso a promover una libertad real en el Estado social de derecho. No vincula a los sujetos privados, pero sí por las prohibiciones discriminatorias contrarias al orden público como las establecidas en el artículo 27 citado, entre otras.

³⁴ En el artículo 427 del nuevo Código Penal del 2007 se sanciona con pena de prisión de seis meses a un año o de trescientos a seiscientos días multa a quien impida o dificulte a otro el ejercicio del derecho o una facultad prevista en la Constitución, en las leyes, reglamentos y demás disposiciones por cualquier motivo o condición económica, social, religiosa, política, personal u otras condiciones. Son amplios los motivos de discriminación. Además en el artículo 428 se sanciona la promoción de la discriminación definida como aquella en que se promueva la realización de los actos de discriminación señalados en el artículo citado. La pena será de multa de ciento a quinientos días multa.

El Estado no puede exigir a los particulares que sus relaciones privadas, regidas por el principio de la autonomía de la libertad, se sometan a la exigencia del principio de igualdad general. Por ejemplo, no se puede obligar a un acreedor que condona la deuda a un deudor, a condonar la deuda a otro de sus deudores; que por haber liberado los intereses a un deudor libere de los intereses a otros de sus deudores; que el acreedor al no ser exigente con un deudor, no lo sea también con los otros. De no ser así, la autonomía privada quedaría sin efecto. Los sujetos privados no tienen derecho a exigir de un particular un tratamiento igual al que se le otorga a otros.

Los partidarios de la teoría directa admiten como salvedad el caso del sujeto privado que tiene un monopolio o presta un servicio público (salud, educación, telefonía, agua, correo, transporte)³⁵ excepción que confirma la regla, por lo que los particulares pueden exigir un tratado igual. Otros ejemplos: un banco no puede negarle crédito al solicitante por ser musulmán o negro; cuando corregía los originales de este estudio se presentó una denuncia en la fiscalía contra la discoteca El Chamán porque negaba acceso a los negros.

Para algunos partidarios de la tesis mediata, la limitación a la autonomía de la voluntad por la prohibición de la discriminación se deriva del respeto a la ley, a la moral y el orden público y consideran que el principio de igualdad es eficaz en las relaciones privadas, a través de la mediación del juez, porque él no debe validar los actos privados que vulneren el orden público constitucional. Si lo valida, violaría el mandato de protección que la Constitución les impone. Las prohibición de discriminación puede vincular a los particulares, criterio compartido por la tesis directa e indirecta.

Es muy importante establecer los criterios relevantes para determinar si existe una discriminación contraria al orden público constitucional. Para detectarlo se ocupan dos parámetros: el poder privado dominante y la dignidad humana.

³⁵ La Corte Constitucional de Colombia en sentencia T-507 de 1993, califica de servicio público, el servicio de correo para entrega de remesa prestado por una organización privada, cuestión discutible. Es muy común este servicio en Nicaragua por la gran cantidad de personas que trabajan en el extranjero y envían millones de dólares a sus familiares.

a. Poder privado dominante

Cuando se produce el conflicto sobre las limitaciones no consentidas, el juez debe tener en cuenta el poder dominante de uno para determinar la discriminación que invoca la otra parte. Este criterio de protección al débil se aplica en la *Drittwirkung* directa e indirecta.

Para algunos partidarios de la *Drittwirkung* indirecta, el principio de igualdad se impone sobre la libertad de contratación, cuando en la contratación aparecen personas, sociedades o grupos económicos o sociales en posición de dominante. Como consecuencia, debe protegerse al débil, no permitiendo que el poderoso invoque la libertad de contratación para escoger a su arbitrio con quién contratar y excluir a terceros. La autonomía privada no puede, de acuerdo con el artículo 27 de nuestra Constitución, dar lugar a discriminaciones contrarias a las consagradas: nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social o cualquier otra que ofenda el orden público. Estas posiciones de poder se manifiestan ostensiblemente en los monopolios y oligopolios que han dominado en nuestra economía y política desde la independencia.

Para la *Drittwirkung* directa el poder superior privado es determinante para solucionar el conflicto, el que generalmente se resuelve aplicando la regla de que los particulares no están sometidos a la obligación de igualdad en las relaciones con otros particulares; pero excepcionalmente el principio de igualdad tiene eficacia inmediata sin necesidad de recurrir al derecho privado, pues el juez podrá aplicar directamente las prohibiciones de discriminación contenidos en el artículo 27 de la Constitución, como límites a la libertad de contratación, además, esas vulneraciones, pueden anular las normas, actos, contratos, convenios, estatutos de asociaciones y testamentos.

b. La dignidad humana

Estamos en presencia del segundo elemento fundamental para resolver el conflicto entre la autonomía privada y el principio de igualdad, con lo que salta a la vista la aproximación de la tesis directa e indirecta.

Algunos autores sostienen que la libertad de contratación debe prevalecer, salvo discriminaciones intolerables que vulneran la dignidad humana. Es ilícita y, por tal razón, inadmisibles, la negativa a contratar contraria a la dignidad del discriminado que es rechazado.

No faltan opiniones que sostienen que este conflicto se soluciona aplicando la regla del abuso del derecho, pues se abusa del derecho ante una negativa a contratar vejatoria contraria a la dignidad humana.

La tesis directa o indirecta estiman a la dignidad humana como fundamental para determinar la eficacia del principio de igualdad en las relaciones privadas. Nipperdey expresa que la aplicación del artículo 3 de la Constitución (que consagra el principio de igualdad y no discriminación) no debe conducir a una limitación indebida de la libertad contractual jurídico-privada, garantizada por el artículo 2.1 de la misma. Si en el ámbito del derecho laboral la libertad contractual debe ceder ante la prohibición de la discriminación, en general se puede afirmar que en caso de duda, prevalecerá la presunción de libertad.

La teoría de la aplicación inmediata propugna por articular la autonomía privada y los derechos fundamentales a través de una ponderación de los criterios de la igualdad de los contratantes. Los partidarios de la tesis mediata también consideran a estos elementos como fundamentos en las relaciones privadas.

Con independencia del cuál sea la doctrina que se prefiera, la cuestión debe resolverse a través de una ponderación de los derechos en conflicto. Por ejemplo, si un acto, contrato o pacto privado vulnera un derecho fundamental se declara nulo porque vulnera el derecho en cuestión, si se aplica la teoría directa; si se aplica la teoría indirecta, el acuerdo no es válido por ser contrario a las buenas costumbres.

III. TEORÍA DE LA *DRITTWIRKUNG* INDIRECTA

1. *Breve estudio de la autonomía de la voluntad*

La formulación de esta teoría³⁶ le corresponde a G. Dürig, quien es su principal defensor.³⁷

³⁶ Para Hans Peter Schneider de acuerdo con el artículo 1.3 de la Constitución de Alemania, los derechos fundamentales obligan directamente al legislador, al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial. Por lo tanto, el legislador no puede aprobar una ley, el Poder Ejecutivo no puede decretar ningún acto administrativo y el Judicial no puede fallar ninguna sentencia que sean incompatibles con las garantías de los derechos fundamentales. Si los tribunales civiles tienen que atender en su sentencia a los derechos fundamentales, como consecuencia se desprende que es necesaria una interpretación totalmente nueva. Mientras que los derechos fundamentales hasta ahora se aplicaban en las relaciones Estado-individuo, a partir de ahora pueden ejercer una eficacia indirecta a través de la jurisdicción entre las personas particulares, lo que se ha denominado eficacia inmediata frente a terceros de los derechos fundamentales que será mejor definir como eficacia horizontal o social. Salvo el Tribunal del Trabajo y algunos autores, hasta ahora no han abogado por la eficacia inmediata de los derechos fundamentales, sólo reconocen la eficacia mediata que consiste en la actuación de los derechos fundamentales como elemento de ordenamiento jurídico, sobre la interpretación del derecho común a través de cláusulas generales y estas influyen, a su vez en la interpretación de los derechos fundamentales. Considera que la sentencia del caso Lüth como un mito en la jurisprudencia en los derechos fundamentales convirtiéndolos más allá de su mera función de defensa en importante medida de toda la autoridad del Estado y han impulsado con ello la efectividad de los derechos fundamentales en un Estado democrático. Peter Scheider, Hans, *“Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”*, *Democracia y constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, pp. 119 y ss.).

³⁷ Según este autor los derechos fundamentales se aplican en el derecho privado por medio de las cláusulas generales y los conceptos jurídicos capaces y necesitados de ser colmados valorativamente. Sostiene que la dignidad consagrado en la Constitución no se contrae a obligar al Estado a tomar una actitud negativa consistente en no violar la dignidad humana y los derechos fundamentales con los cuales está ligado, sino también siempre debe protección y tutela de los valores que los derechos fundamentales y la dignidad humana colocan en la base del ordenamiento jurídico. Esta protección estatal corresponde ante todo a la jurisdicción ordinario. Este deber de protección estatal cambia de intensidad si es dirigido al Estado o contra terceros, ya que en el derecho privado existe la limitación de la autonomía de la voluntad, una expresión de la dignidad humana. Las cláusulas generales reconocidas por la doctrina son: la buena fe, las buenas costumbres. (Para profundizar véanse: Naranjo de laCruz, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, La Buena Fe-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 169 y ss. Estrada, Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, *op. cit.*, pp. 109 y ss.

La aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas encuentra un serio obstáculo en la autonomía de la libertad, piedra angular del derecho privado.

El principio de la autonomía de la voluntad parte de la idea de que las partes se encuentran en pie de igualdad y como tales pueden pactar lo más conveniente y justo, por lo que la ley debe permanecer al margen de la contratación. Las partes son libres y capaces para defender sus intereses sin límites de parte del Estado.

Nuestro Código Civil, de estirpe liberal, producto de la Revolución Liberal de 1893, estableció en el artículo 2437 la autonomía de la libertad al disponer que “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral y al orden público”.

De acuerdo a la libre contratación, las partes pueden celebrar todo tipo de negocios jurídicos, regulados o no regulados por la ley, establecer sus efectos, contenido y duración; por lo que las leyes que los rigen son supletorias, aplicándose en el silencio de las partes. Aun en la teoría clásica a que me he referido, la autonomía de la voluntad tiene sus limitaciones establecidas en el mismo artículo 2437: las leyes imperativas y prohibitivas, la moral y el orden público.

Nuestra Constitución no establece expresamente el principio de la autonomía privada, pero puede deducirse de la garantía de la libre empresa,³⁸ de la consagración de las libertades individuales,³⁹ de la propiedad privada⁴⁰ y de la dignidad.⁴¹

La crítica a la *Drittwirkung*, primordialmente sobre la inmediata, de los derechos fundamentales, básicamente se fundamenta en las razones siguientes: *a)* si se acepta que los particulares en sus relaciones privadas se encuentran vinculados a los derechos fundamentales en la medida que lo están los poderes públicos, no podrían organizar libremente sus relaciones y, por lo tanto, se vulneraría el principio de la autonomía de la voluntad; *b)* la aceptación de este concepto acarrearía graves consecuencias: *i)* las partes en sus relaciones privadas tendrían que someterse al respeto de los derechos fundamentales de las otras

³⁸ Artículos 23 y ss.

³⁹ Artículos 103 y 104.

⁴⁰ Artículos 5, 44 y 107.

⁴¹ Artículos 5.

personas y en dichas relaciones tendría que hacer prevalecer el principio de igualdad sobre el de la autonomía de la voluntad. De manera que se terminaría con el tráfico jurídico privado y la libertad más inmediata y menos prescindible. Si, por ejemplo, el empresario no puede tener un solo proveedor porque debe tratar de igual manera a todos los otros y, en consecuencia, tiene que atender las ofertas de cuántos industriales fabriquen el producto que desea adquirir, o si una persona no puede encargar la confección de un vestido a un solo sastre para poder tratar de igual manera a todos los sastres, el principio de la autonomía de la voluntad se debilitan al extremo;⁴² ii) las partes al regular sus relaciones privadas podrían no renunciar libremente el ejercicio de ciertos derechos fundamentales.

Después de la Segunda Guerra Mundial se inicia la constitucionalización del derecho privado,⁴³ lo que conlleva al debilitamiento y reconstrucción del principio de la autonomía privada, considerada el dogma del derecho privado. Se debilita la concepción clásica de la autonomía privada. Visto el problema en su dimensión actual, la teoría directa o indirecta ni niega ni excluye la autonomía de la voluntad, siempre que no se destruyan entre ellas, estableciendo un equilibrio razonable que conserve la autonomía privada.

En la primera mitad del siglo XIX, se produce el auge de la autonomía de la libertad con el triunfo del liberalismo y su consagración como dogma de la autonomía de la voluntad en el Código Civil francés de 1804, de estirpe liberal. Se presentaba al contrato como fuente del derecho por excelencia y como ley para las partes. Es una autonomía que suponía una libertad solamente formal y no de facto, real. Es objeto de crítica después de la Revolución Industrial, lo mismo que la concentración de la economía y del comercio. Principia a decaer como núcleo del derecho privado, lo mismo que la supremacía absoluta de la libertad individual, por lo que es necesario redefinirla y agregarle nuevos elemen-

⁴² Ejemplos de García Torres, Jesús y Jiménez Blanc, Antonio, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 14 y 15. Otros ejemplos: no estoy obligado a comprarle mercadería a todos los proveedores de la ciudad, lo mismo que a reparar mi vehículo en todos los talleres de la ciudad para cumplir con la igualdad de trato.

⁴³ En esta incorporación del derecho privado adquiere jerarquía constitucional la normativa que lo regula; lo mismo puede predicarse de otra naturaleza de normas: procesales, laborales, etcétera.

tos, lo que para algunos autores sería desvirtuarla, pero para otros es un renacer del contrato.⁴⁴

Algunos autores franceses han cuestionado la anterior configuración clásica y descartan que fuera la concepción recogida en el Código Civil ni de hecho ni por sus primeros intérpretes.

Por tal razón, la objeción formulada a la *Drittwirkung* de los derechos humanos, fundada en el dogma de la autonomía de la voluntad, perdería fuerza, si se demuestra que fue un mito y no algo del ordenamiento positivo.

A partir de la segunda mitad del siglo XX la teoría de la libertad contractual fue objeto de revisión, bajo la influencia de las principios sociales incorporados al ordenamiento jurídico y la concepción del Estado social de derecho. Pero su revisión no la destruye porque el contrato sigue siendo el mejor instrumento de intercambio de bienes y servicios, y regulador de los intereses de los contratantes dentro del marco legal.⁴⁵

En favor del cambio han surgido la buena fe, el principio de fraternidad y función social del contrato que permean las negociaciones preliminares, la celebración y la ejecución del contrato.

El Código Civil del Brasil promulgado el 10 de enero de 2002 y entró en vigencia en el 2003, expresamente consagra en el artículo 421 la función social del contrato, al expresar que “la libertad de contratar será ejercida en la razón y en los límites de la función social del contrato”. Esta función social tiene su antecedente mediato en la prohibición del

⁴⁴ Expresa Konrad Hesse que debe ser conservada la autonomía privada, principio fundamental del derecho privado, en particular en su manifestación de libertad de contratación, el que constituye el aspecto activo y pasivo de la personalidad, el ámbito en que la persona puede actuar como ser autónomo y responsable, el cual no es lícito convertirlo en simple medio para fines sociales. Por tal razón, existen buenos argumentos para que la autonomía privada y la libertad contractual estén hoy en el centro de la discusión sobre la situación y el significado del derecho civil. Los peligros para su subsistema se ven predominantemente en la proliferación de reglamentaciones imperativas (Hesse, Konrad, *op. cit.*, pp. 74 y 75).

⁴⁵ Para Konrad Hesse el contrato jurídico-privado aparece como la forma más adecuada de conducir el ordenamiento jurídico y más efectivo que la configuración imperativa, además de producir un resultado más justo. Por tal razón, algunos autores hablan de una primacía del derecho privado; lo que no significa desregulación general y la necesidad de restaurar el derecho civil del siglo XIX. Una libertad amplia de la libertad de los particulares no hará justicia a todas las actuales tareas, particularmente en los momentos actuales en que surgen de las acciones privadas peligros frecuentes y mayores que antes (Hesse, Konrad, *op. cit.*, pp. 75 y 76).

abuso del derecho que según la jurisprudencia se desprende del artículo 160 del Código Civil de 1916 y el antecedente mediato del artículo 5, XXIII de la Constitución que establece la función social de la propiedad en forma amplia, abarcando todos los bienes.

Dentro de esta línea de pensamiento se contemplan:

a) La lesión contractual en el artículo 157, cuando una persona bajo apremiante necesidad o por inexperiencia se obliga a una prestación manifiestamente desproporcional al valor de la prestación de la otra parte. Para apreciar la desproporción de las prestaciones se tendrá en cuenta los valores vigentes al tiempo en que fue celebrado el negocio. Esta lesión produce la nulidad del negocio por vicio de la voluntad. No se decretará la anulación del negocio si se ofrece suplemento suficiente o si la parte favorecida acepta reducir el provecho.

b) Se establece en el artículo 478 la resolución de los contratos de ejecución continuada o diferida por excesiva onerosidad, la que se produce si la prestación de una de las partes se torna excesivamente gravosa, con extrema ventaja para la otra, en virtud de acontecimiento extraordinario e impredecible; pero de acuerdo con el artículo 479 esta resolución puede ser evitada y pedir la revisión del contrato para mantener su equilibrio, ofreciendo el demandado las modificaciones equitativas de las condiciones del contrato. De acuerdo con el artículo 480, cabe también la revisión en los contratos unilaterales por los mismos motivos, con el fin de evitar la onerosidad excesiva. El artículo 317 relativo al pago establece que cuando por motivos impredecibles sobrevenga desproporción manifiesta entre el valor de la prestación debida y el del monto de su ejecución, podría el juez corregirlo, a petición de parte, de modo que asegure, cuanto sea posible, el valor real de la prestación, estableciendo aquí también la revisión de la ejecución del contrato.

c) En los artículos 113 y 422 se establecen en la celebración, interpretación y ejecución del contrato, los principios de probidad y buena fe.

d) Existe también la revisión contractual en el derecho del consumidor diferente a la del Código Civil, regulada en el Código de Defensa del Consumidor, que tiende a proteger a la parte más débil en las operaciones de consumo.

El Código Civil del Brasil se inspiró en buena parte en el Código Civil Italiano. Fue elaborado por profesores de la materia y su coordinador fue el famoso filósofo del derecho Miguel Reale, quien le dio un sentido social y ético, fundándose en la Constitución.

Miguel Reale hace notar la diferencia entre el código derogado y el actual:

Habrà un pasaje del individualismo y del formalismo del primero para el sentido socializante del segundo, más abierto a las mutaciones sociales, con substancial cambio en el paradigma jurídico-social. Además de eso es superado el apego a soluciones estrictamente jurídicas, reconociéndose el papel que en la sociedad contemporánea vuelven a desempeñar los principios de la buena fe y de la corrección, para que pueda haber real concreción jurídica. Socialidad y éticidad condicionan los preceptos del nuevo Código Civil, en el cual desempeñan gran papel las normas o cláusulas abiertas.

En un breve estudio, titulado “La función social del contrato”, publicado el 20 de noviembre de 2003, Miguel Reale justifica esta función social del contrato como una de las reformas de mayor importancia en el nuevo Código Civil, para lo cual recurre a los argumentos y razones siguientes: *a)* la función social del contrato surge de la garantía y la función social de la propiedad, consagradas en el artículo 5.XXII y XXIII de la Constitución. Refuta a los que piensan que esta función social disminuye la garantía de los contratantes fundándose en la convicción que de los derechos y obligaciones deben ser respetados por ambas partes, pues sostiene que no entra en conflicto con el principio de que lo pactado debe ser cumplido, continuando el *pacta sunt servanta*, el primer fundamento de las obligaciones contractuales; *b)* en el Código derogado la garantía del cumplimiento era estrictamente jurídica, mientras que en el actual no se prescinde de lo que éticamente es exigible de las partes del contrato; *c)* en virtud de la función social del contrato éste no puede ser transformado en un instrumento de actividades abusivas cuando daña a la parte contraria o a tercero, una vez que en el artículo 187 se proscribe el abuso del derecho; *d)* el contrato no sólo debe atender los intereses de las partes, porque su propia finalidad es ejercer una función social inherente al poder negocial que es una de las fuentes del derecho, el lado de la legal, de la jurisprudencia y de lo consuetudinario; *e)* el acto de contratar es parte de la libre iniciativa, exigida como uno de los fundamentos del Estado democrático de derecho, contemplado en el artículo 1. IV de la Constitución; *f)* por lo expuesto, es natural que se atribuye al contrato una función social, con la finalidad que se concluya en beneficio de los contratantes, sin conflicto con el interés público; *g)* dentro de la constitu-

cionalización del derecho privado, el artículo 173.4 de la Constitución, no admite negocio jurídico que implique abuso del poder económico que tienda a la dominación de los mercados, a la eliminación de la concurrencia y al aumento arbitrario de los beneficios, caso extremo de limitación del poder negocial; *h*) el Principio de Socialización sobre el derecho, cuyo matiz es la buena intención que permea todo el Código, en no menos de 53 artículos y reprende la mala fe en 43, lo que no permite olvidar el valor social del contrato; *i*) en la elaboración del ordenamiento jurídico de las relaciones privadas el legislador se puede encontrar frente a tres opciones: o da mayor relevancia a los intereses individuales como ocurrió en el Código de 1916; o da mayor preferencia a los valores colectivos, promoviendo la socialización de los contratos; o asume una posición intermedia, combinando lo individual con lo social, estableciendo reglas o cláusulas abiertas a soluciones equitativas y concretas, como es la solución dada por el Código de 2002.

El Código Civil italiano también contempla: la buena fe que rige en la preparación, celebración, interpretación y ejecución del contrato, como la veremos más adelante; la resolución del contrato por lesión o su revisión si el demandado ofrece una modificación del contrato suficiente para ajustarlo a la equidad, en los artículos 1448 y 1458; la resolución de los contratos de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida y la parte demandada podrá pedir la modificación equitativa para evitar la resolución; en el artículo 1467, la misma revisión se puede pedir en los contratos unilaterales; la normativa de la excesiva onerosidad no se aplica a los contratos aleatorios por su naturaleza o por voluntad de las partes.

Las principales objeciones a la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales es la incompatibilidad con el principio de la autonomía de la voluntad, en su concepción clásica, no en la actual, en la que el derecho privado está influido por los principios de justicia y utilidad en la aplicación de la autonomía. En todo régimen constitucional y principalmente en el Estado social de derecho, el principio de autonomía privada es condición de los mismos.

El nuevo concepto del principio de la autonomía de la libertad puede entrar en conflicto con algún derecho fundamental. Entonces surge el problema de determinar la vigencia de los derechos fundamentales en las

relaciones privadas, o sea, determinar en qué medida vinculan esos derechos a los particulares.

Se reconoce que los derechos fundamentales deben proteger en alguna medida a los particulares ante su desconocimiento por otros particulares. La discrepancia surge en la determinación del alcance de esta protección y la justificación del grado de eficacia. En resumen, se admite que los derechos fundamentales rigen en la esfera privada, pero surgen criterios diferentes en cuanto a su eficacia, dando lugar a la teoría indirecta y a la teoría directa de la aplicación de los derechos humanos, como ya lo expresamos.

2. *La Drittwirkung indirecta y el principio de la autonomía de la voluntad*

A. Introducción

La teoría de la aplicación mediata afirma que los derechos fundamentales obligan a los particulares en las relaciones privadas en forma indirecta mediante las leyes promulgadas por el legislador y en su defecto por el juez. Los derechos humanos no pueden aplicarse directamente en las relaciones privadas. Sólo los poderes públicos son los obligados en forma inmediata al cumplimiento de los derechos humanos, frente al reclamo de los particulares en sus relaciones verticales con el Estado.

En virtud de la tesis mediata en las relaciones privadas (horizontales) la protección se produce por medio de la ley y en su defecto del juez. Esto nos lleva a pensar que la protección en las relaciones privadas u horizontales, en las cuales funciona el Principio de la Autonomía de la Voluntad, no puede ser igual a la que se imponen a los poderes públicos.

El principio de autonomía de la voluntad se opone a la aplicación directa de los derechos fundamentales en las relaciones de los particulares; por el contrario, para la teoría mediata siempre se conserva la autonomía de la voluntad dentro de un marco de proporcionalidad y racionalidad, en el que pueden jugar en armonía los derechos fundamentales y la autonomía de la voluntad.

En la relación vertical, el Estado actúa como poder y está obligado a aplicar directamente los derechos fundamentales que reclaman las partes en una relación Estado-ciudadano; en las relaciones privadas u horizon-

tales el Estado actúa en forma heterónoma y en el conflicto que conoce entran en juego los derechos fundamentales y el principio de la autonomía de la voluntad.

Considera que son las normas las que están vinculadas por los derechos fundamentales y sólo en esa medida rigen en las relaciones entre los particulares, por tal razón cuando se detecta la violación de un derecho fundamental dentro de una relación privada, la violación no se debe atribuir a la otra parte sino al poder público: al legislador (por no prever el caso, pues lo hacen en forma inadecuada) o al juez por no interpretar en forma aceptada los derechos fundamentales al interpretar las normas jurídicas privada que rigen los actos de los particulares.

B. *Mediación del legislador*

Según la teoría indirecta es al legislador a quien le corresponde prioritariamente señalar el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, a través de la ley. Es, pues, al legislador ordinario quien tiene la competencia para realizar esta regulación, dentro de un importante margen, buscando un punto de equilibrio entre los derechos fundamentales y el principio de autonomía privada, teniendo en cuenta los bienes, valores y principios que entran en juego en el conflicto.⁴⁶

Se sostiene que la prioridad otorgada al legislador para regular la mencionada aplicación se debe a que al no existir en la Constitución el grado de vinculación de las relaciones privadas a los derechos fundamentales, corresponde al Poder Legislativo, con legitimidad popular, determinar tal vinculación de los derechos humanos, siempre dentro del marco constitucional y del respeto al principio de la autonomía contractual.

La prioridad atribuida al legislador priva al juez de la potestad de resolver los conflictos entre particulares mediante la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

⁴⁶ Konrad Hesse advierte que si en un principio el derecho privado se determinaba en solitario, ahora se le sobrepone otro orden jurídico, el que tiene primacía sobre él, si bien consiste en principios, escasos y muy amplios y frecuentemente en determinados, cuyo significado para cada caso concreto es de más difícil determinación que el correspondiente a las normas concernientes del derecho privado, por lo que la claridad y la certeza jurídica necesaria para el tráfico jurídico-privado, resulta afectados de modo no irrelevante. Claridad que se incrementa con la constelación de los derechos fundamentales, *ibidem*, pp. 59 y 60.

Es al legislador a quien le corresponde determinar las consecuencias que para las relaciones entre particulares tienen los derechos humanos,⁴⁷ como por ejemplo, la libertad de expresión,⁴⁸ el derecho a la intimidad,⁴⁹ el derecho a la defensa,⁵⁰ presunción de inocencia,⁵¹ el principio de igualdad.⁵²

Pero no podemos renunciar a la aplicación directa para corregir la inconstitucionalidad del legislador al regular la articulación entre los derechos fundamentales y las relaciones privadas. Cuando no se trata de co-

⁴⁷ Konrad Hesse expresa que el elenco de los derechos fundamentales se ha limitado en la ley fundamental a los derechos fundamentales clásicos, a diferencia de la de Weimar que estableció derechos sociales, pero los asegura más firmemente. Además contiene margen más estrecho de limitaciones de los derechos fundamentales, ha ampliado los derechos fundamentales con trascendencia inmediata para el derecho privado: igualdad de hombres y mujeres y de los hijos legítimos e ilegítimos. También tiene significación práctica para el derecho privado otros derechos fundamentales que carecen de una específica conexión como, por ejemplo, la libertad de creencia y conciencia, la libertad ideológica, la libertad de residencia, la libertad profesional, el derecho de libertad innominado del artículo 2.1 de la Constitución (Hesse, Konrad, *op. cit.*, pp. 55 y 57).

⁴⁸ Artículo 30 de la Constitución.

⁴⁹ Artículo 26 inciso 2 de la Constitución.

⁵⁰ Artículos 33, 34 y 165 de la Constitución.

⁵¹ Artículo 31 inciso 1 de la Constitución. La libertad de información puede entrar en conflicto con el honor, la intimidad y el derecho de defensa, por tal razón el periodismo debe actuar con objetividad y diligencia con relación a los procedimientos penales que se siguen contra una persona. El Alto Tribunal de España en sentencia del 16 de enero de 1996 examinó una información periodística en la que se imputaba a una persona la participación, como intermediario, en un secuestro realizado por un grupo de terroristas, fundándose en la existencia en las actuaciones de la policía y judicial previa. Con posterioridad fueron archivadas las diligencias judiciales. La jurisdicción ordinaria declaró que se trataba de una intromisión ilegítima en el honor del afectado, lo cual fue confirmado por el Tribunal Constitucional al estimar que la actuación del medio periodístico no estaba rodeada de la diligencia necesaria para dotar a la información de veracidad, y que las declaraciones obrantes en el procedimiento eran insuficientes para llegar a las imputaciones que se hicieron en el texto periodístico, no llegándose a acreditar por las demandas la existencia de la diligencia necesaria exigible al haber transmitido como veraces esas imputaciones (*Cfr.* Romero Coloma, Aurelia María, *Libertad de información frente a otros derechos en conflicto: honor, intimidad y presunción de inocencia*, Civitas, 2000, Madrid, pp. 85 y ss. Saenz Zumbado, Luis, "Publicidad periodística de los procesos penales", *Revista de Ciencias Penales*, año 3, núm. 4, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, junio de 1991, pp. 30 y ss.).

⁵² Artículo 27 de la Constitución.

regir inconstitucionalidades de la aplicación inmediata de los derechos fundamentales, es muy delicado y peligroso este tipo de aplicación.⁵³

Se considera que el legislador es el que mejor puede proteger la autonomía de la voluntad en su articulación con los derechos fundamentales. Puede restringir en mayor o menor medida la autonomía de la voluntad con relación a las estipulaciones contractuales para evitar abusos. Entre los medios de defensa para corregir estos abusos, teniendo en cuenta la magnitud del caso, puede decretar la inejecutabilidad del contrato (causa ilícita), el derecho de resolver el contrato, o la indemnización que corresponda, la nulidad total o parcial, la reducción de prestaciones.

Los derechos humanos no son ilimitados, absolutos y pueden entrar en conflicto. Encuentran límites en la Constitución o en otra norma, surgiendo en este último supuesto la limitación de los derechos fundamentales por parte del legislador al regular la articulación entre derechos humanos y la autonomía privada. Para fundar esa limitación el legislador debe ceñirse al principio de proporcionalidad y al de libertad real.

Según la doctrina, el principio de proporcionalidad para limitar un derecho mediante su regulación, es preciso que reúna tres condiciones: debe ser legítimo el fin perseguido por la ley para la cual se hace una ponderación de los derechos en conflicto; debe ser indispensable para obtener ese fin, pues la ley no encuentra un instrumento menos gravoso que tal limitación del derecho, y debe resultar equilibrado con relación al objetivo, pues el grado de limitación legítima del derecho será proporcional a la importancia que se atribuye al fin perseguido.

En el conflicto de derechos puede haber un exceso prohibido de protección o un defecto de protección. En el primer supuesto el Estado no debe favorecer con el exceso a un sujeto y dañar los derechos fundamentales del otro que es privado o perjudicado en su derecho en forma excesiva. En el segundo supuesto, la protección no debe ser inferior al mínimo constitucionalmente exigido.

⁵³ Konrad Hesse advierte que mediante el recurso inmediato de los derechos fundamentales se amenaza con perderse la identidad del derecho privado, de larga historia, en perjuicio de la adecuación a su propia materia de la regulación y ulterior desarrollo, para lo cual depende circunstancias materiales que no cabe procesar sin más criterios de derechos fundamentales. Aparte de ello, correría peligro el principio fundamental del derecho privado, la autonomía privada, si las personas en sus relaciones recíprocas no pudieran renunciar a las normas de derechos fundamentales que son indispensables para la acción estatal (Hesse, Konrad, *op. cit.*, pp. 59-61).

En la solución de estos conflictos en cuanto al exceso o defecto de protección, el juez goza de amplio margen de decisión.

Existen varios derechos fundamentales que pueden entrar en conflicto en las relaciones privadas: el derecho a la libertad de expresión y el honor y la privacidad; el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la defensa; el derecho a la igualdad y la autonomía de la voluntad; la libertad de testar y la protección de ciertos herederos (asignaciones forzosas).

La libertad real con la que actúan las partes al celebrar el contrato es un criterio importante para regular la relación de los derechos fundamentales y la autonomía de la voluntad.

Cuando una persona es más poderosa que la otra, de tal manera que la débil se vea imposibilitada de discutir libremente todas las estipulaciones del contrato, es posible que el legislador consagre cláusulas prohibitivas para restablecer el equilibrio del contrato. Por ejemplo, en los contratos de adhesión existen cláusulas en que se renuncian derechos importantes, como en el seguro, las tarjetas de crédito, etcétera. En estos contratos se puede consagrar cláusulas prohibitivas como veremos más adelante: renunciar al domicilio, renunciar de la apelación, invertir la carga de la prueba, etcétera.

C. Mediación del juez

Cuando el legislador no ha regulado el conflicto entre la autonomía privada y un derecho fundamental, le corresponde al juez hacerlo, mediante la ponderación de los dos intereses en conflicto. El juez no puede echar mano directamente de los derechos fundamentales para solucionar el conflicto, sino de las normas del derecho privado, las que interpreta a la luz de los fundamentales.

El juez también realiza la protección horizontal de los derechos fundamentales, el cual se encuentra obligado por esos derechos.

Ante una colisión entre dos derechos fundamentales, el juez debe examinar las circunstancias del caso concreto, teniendo en cuenta, entre otros elementos, el tipo de bienes jurídicos en oposición, la intensidad o amenaza que recae sobre cada uno de ellos, la gravedad del daño y los intereses de las partes, pues los derechos en conflicto no se anulan ni se excluyen, sino que han de buscar su valor en cada caso, mediante un juicio de razonabilidad o de balance.

El Tribunal Constitucional alemán sostiene que al ser inevitable la colisión de derechos e intereses en la vida social, resulta necesario el equilibrio y realizar una ponderación de los distintos derechos, según la protección que en cada caso merecieran.

La jurisprudencia constitucional es el único criterio que permite establecer de antemano la prevalencia de un derecho sobre otro, pues la relación entre los distintos derechos fundamentales se caracteriza por la flexibilidad, de modo que unas veces se impondrá uno y en otras ocasiones ese mismo derecho cederá. Las relaciones entre los derechos fundamentales son, pues, variables, por lo que la prevalencia de uno sobre otro dependerá de las circunstancias del caso.

No obstante, cuando se trata de colisión entre la autonomía privada y otro derecho fundamental, se puede afirmar que el criterio que oriente la decisión judicial es generalmente la libertad real de las partes para admitir la validez de la cláusula contractual que limite algún derecho fundamental de los contratantes.

Es significativa la sentencia del Tribunal Constitucional alemán en el caso del aval (octubre de 1993). En ella se trata de dilucidar si los tribunales civiles están constitucionalmente obligados a controlar el contenido de los contratos de aval bancario cuando la suscriben personas que, por su situación económica, al obligarse están asumiendo un riesgo muy alto. Señala el Tribunal que éste es un caso frecuente y que se había manifestado que en virtud de la libertad contractual, todo aquél que tenga capacidad negocial dispone de la facultad jurídica de asumir determinadas obligaciones.

La inexperiencia negocial no es suficiente razón para introducir una serie de deberes que obliguen al representante del banco a aclarar el contenido del contrato de aval o a aconsejar sobre el mismo. Cualquier persona mayor sabe que este tipo de contrato implica una serie de riesgos y la entidad bancaria puede presumir que el avalista es conciente de ello.

El caso era de un aval firmado como garantía de un préstamo solicitado por el padre del avalista por un importe de 100 000 marcos alemanes. El recurrente de 21 años carecía de formación profesional, no tenía empleo estable y trabajaba en una fábrica con un salario de 1 500 marcos. Al ejecutar el aval, el recurrente interpuso una demanda solicitando que se dejara sin efecto el mismo. En la primera instancia se desestimó la pretensión, pero en la segunda fue reconocida al considerar que la identi-

dad bancaria indujo a error al demandante, pues el representante del banco le aseguró expresamente que la operación no le iba a suponer ninguna operación importante y que sólo necesitaba su firma a efecto de una organización interna, ocultando las consecuencias reales que de haber conocido el demandante no hubiera suscrito el contrato y en que al hacerlo no estaba emitiendo libremente su consentimiento y, por lo tanto, no fue expresión de su voluntad real. Sin embargo, el Tribunal Supremo Federal anuló la sentencia por considerar que una persona mayor de edad, aunque no tenga experiencia en el tráfico negocial, conoce generalmente los riesgos que entraña la firma de un aval.

El joven recurrió entonces de amparo, invocando la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 1.1 (la dignidad del hombre es intangible) y 2. 1 (todos tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no vulnere los derechos de los demás ni atenten contra el orden constitucional o la moral) de la Constitución, en relación con el Principio del Estado Social.

Los tribunales que fallaron en contra del recurrente vulneraron los derechos reconocidos en esa norma. Del artículo 1.1 se deriva el deber de los poderes públicos de proteger a los individuos frente a situaciones de necesidad material; del artículo 2.1 se concluye que la libertad contractual no debe conducir a un abuso de poder; los tribunales deben negar el reconocimiento a aquellos contratos que limiten tanto los derechos de una parte que vulnere su dignidad humana.

Según el Tribunal Constitucional alemán, el Tribunal Supremo Federal vulneró el principio constitucionalmente protegido de la autonomía de la voluntad privada, pues no se analizó en ella sí y en qué medida las dos partes del contrato habían decidido libremente contratar y obligarse libremente por el contenido de ese contrato. De manera que al exigir el pago del aval, el Tribunal Supremo no hizo prevalecer la autonomía negocial, sino que ignoró los rasgos específicos de ésta. Recuerda el Tribunal Constitucional que si bien los autores del BGB partieron de la igualdad formal de los sujetos jurídicos-privados, no tardó en producirse lo que se conoce como una materialización del derecho privado, y hoy se puede constatar que existe un amplio consenso a la hora de afirmar que la libertad contractual sólo cumple con su función cuando la relación entre las partes no está marcada por la desigualdad. Así, ante un contrato firmado entre dos partes que ostentan una fuerza muy desigual, siendo la

parte más débil la que ha aceptado unas cargas inasumibles, el juez deberá asumir y examinar el contenido del contrato para corregirlo, independientemente que la parte perjudicada haya consentido en obligarse, pues de otro modo, se estaría vulnerando las buenas costumbres y el principio de buena fe. En efecto, los tribunales civiles tienen la obligación de interpretar y aplicar las cláusulas generales velando que los contratos no sirvan como instrumentos de heteronomía. En la medida en que la sentencia impugnada por el recurrente no ha tenido en cuenta esta exigencia, debe ser anulada, pues ha vulnerado el derecho de la misma al libre desarrollo de su personalidad.

Esta sentencia pone de manifiesto la relevancia de la ponderación como mecanismo para determinar que el contratante ha renunciado al ejercicio del derecho fundamental por ejercer su autonomía. En todo caso la influencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas no se realiza directamente, sino mediante la norma jurídico-privada, y concretamente a través de las cláusulas generales.

D. *La aplicación de las normas privadas articuladas con los derechos fundamentales*

La influencia de los derechos fundamentales se hace visible en la interpretación que realice el juez de las normas jurídico-privadas aplicables al caso y, con mayor vigor, de los conceptos indeterminados del derecho privado que limitan el principio de la autonomía de la voluntad.

El juez está directamente obligado por la Constitución, al igual que el legislador, por lo que a la hora de resolver un conflicto entre particulares debe interpretar y aplicar las normas privadas a la luz de los derechos fundamentales. Los derechos aquí actúan en su dimensión objetiva.

Según los partidarios de la *Drittwirkung* indirecta, el juez debe resolver el conflicto entre las partes respetando los contenidos esenciales de la Constitución, pero sin recurrir directamente a las normas sobre derechos fundamentales. La influencia de éstos, como ya expresamos, se hará patente en la interpretación que realice de las normas jurídicas-privadas aplicables al caso y más correctamente en el significado atribuido a las cláusulas generales y a los conceptos jurídicos indeterminados que actúan en el derecho privado, como límites al principio de la autonomía de la voluntad. De manera que en caso que exista un conflicto entre un dere-

cho fundamental y el derecho a la autonomía privada y la colisión se resuelva a favor del primero, el juez no deberá argumentar su decisión invocando directamente la vigencia de ese derecho en las relaciones privadas. Deberá, en cambio, recurrir a conceptos como el orden público o buenas costumbres, tradicionalmente utilizados en el derecho privado para preservar, en el ámbito negocial, los derechos de la personalidad, hoy identificados con los derechos fundamentales.

En resumen, en la teoría mediata, para rechazar la limitación contractual del ejercicio de un derecho, el juez debe argumentar que esa restricción es contraria a las buenas costumbres, a la buena fe o al orden público. Para concretar estos conceptos, el juez ha de recurrir a los valores constitucionales, que actúan como criterios interpretativos.

En el caso Lüth se afirma que a la hora de especificar las cláusulas generales que actúan como prohibición de exceso (especialmente los contenidos en los artículos 138, 242 y 315 del Código Civil), es necesario tener en cuenta los derechos fundamentales: “El correspondiente mandato de protección de la Constitución se dirige aquí al juez que, en los casos de vulneración de la paridad contractual, debe proporcionar validez a las decisiones objetivas básicas relativas a los derechos fundamentales, a través del derecho civil.”

Las cláusulas o normas generales se presentan, pues, como la principal herramienta de la que dispone el juez para articular adecuadamente derechos fundamentales y autonomía privada. Normas como las contenidas en los artículos 6.2, y 7.2 y 1255 del Código Civil de España, de orientación similar a los artículos 2437, 2478 y 2552 de nuestro Código Civil, establecen los límites a la autonomía privada, traspasados los cuales el ordenamiento niega reconocimiento a la actuación de los particulares.

Esta articulación, objeto nuestro estudio, se realiza con las normas generales, los principios generales del derecho,⁵⁴ los del derecho civil y

⁵⁴ Existen principios generales del derecho, del derecho laboral, del derecho procesal, etcétera; en su número no coinciden los autores y algunos de ellos se repiten en varias ramas del derecho, incluso se discute la conveniencia de su señalamiento. Su enumeración sería útil, pero se corre el riesgo de limitarlos, ya que pueden existir otros que no fueron señalados. Los principios generales del derecho que enumeramos nosotros son los siguientes: la buena fe, la apariencia, el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho, el contrato es ley para las partes, la seguridad, a los que se agregan, para facilitar nuestro estudio, los valores de la vida, la justicia, la libertad, el bien común y la igualdad real y la dignidad humana.

Mercantil y los conceptos indeterminados, el orden público, las buenas costumbres, la moral, la buena fe y las leyes prohibitivas. Por otra parte, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 24 de la Constitución, los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos, por las justas exigencias del bien común y por otros conceptos indeterminados.

Los derechos fundamentales tienen limitaciones aunque algunos con mayor intensidad que otros, hasta los hay absolutos. Estas limitaciones, como ya hemos visto, pueden resultar del orden público, de la seguridad, del bien común, de la moralidad, de las buenas costumbres, la buena fe, del derecho de otras personas, etcétera.

En el conflicto de las relaciones privadas, como ya hemos expresado, pueden entrar en conflicto los derechos fundamentales, en cuyo caso debe hacerse una ponderación mediante apreciación racional y proporcional.

Veamos algunos casos en los cuales entran en conflicto ciertos derechos fundamentales entre sí y la libre contratación con otro derecho fundamental.

Es ilícita la causa⁵⁵ del negocio jurídico cuando se opone a ley imperativa o prohibitiva (y no a las dispositivas), a las buenas costumbres⁵⁶ y al

⁵⁵ Artículo 1874 del Código Civil.

⁵⁶ Las buenas costumbres son valores morales que se van formando bajo el influjo de ideales filosóficos y cristianos que inspiran a nuestra civilización. Claro está que estos valores varían en las diferentes regiones y épocas. La doctrina y la jurisprudencia extranjera registran casos de nulidad de actos o contratos por ser contrarios a las buenas costumbres; a saber: toda convención que tienda a favorecer el amor libre, pero no la que tienda a reparar los daños causados a la concubina; la demanda de la concubina a la sucesión de su amante por la reparación de los perjuicios que le ha causado su muerte; el corretaje para contraer matrimonio en un principio fue declarado nulo, pero después se aceptó con la condición de que el corredor se limite a presentar a las partes, sin mencionar sus cualidades y a fijar sus honorarios prescindiendo del resultado de la gestión; los convenios en virtud de los cuales se venden influencias gubernamentales; la remuneración de un médico especialista al colega que le recomienda al cliente; la venta de la clientela de un médico a otro médico; el contrato que tiende a facilitar el cohecho; los actos que impiden la celebración libre y sin fraude de una subasta pública; los préstamos para fines inmorales, como el concedido a una mujer para que huya con su amante; los actos del mandatario obrando en provecho propio; las promesas de pagar para que se cumpla una obligación existente; remunerar para que el depositario entregue el depósito; remuneración para que no se provoque un escándalo o para evitar un chantaje; remuneración del padre para que la querida deje a su hijo; remuneración a un empleado del Fisco

orden público,⁵⁷ lo que provoca nulidad de dichos negocios, en los cuales se violen estas limitaciones. Ejemplos:

a) Es nulo el contrato que se celebra entre el arrendador y el arrendatario para abrir una cantina, la cual resulta estar cerca a un colegio privado o público. El arrendatario puede negarse a cumplir el contrato porque la autoridad la puede cerrar, por violar la ley y el orden público, prevaleciendo el derecho fundamental a la educación sobre la libertad de contratación.

b) Es también contrario al orden público y, por lo tanto, nulo el contrato en virtud del cual una mujer le alquila el vientre a un matrimonio para que, por un precio determinado, se le implante un óvulo fecundado *in vitro* de otras personas, se lleve a cabo la gestación y les entregue al bebé. En este caso creo que la mujer que alquiló su vientre, puede negarse a entregar el bebé, porque prevalece el orden público y las buenas costumbres. Es un caso no regulado expresamente por la ley, tampoco lo cubre el derecho a la reproducción consagrado en el artículo 74 de la Constitución que, según creo, sólo comprende los supuestos de procreación asistida cuando por lo menos se realiza con el óvulo o espermatozoide del matrimonio o pareja de hecho estable. En otros supuestos, como el presente, podría existir una especie de adopción de futuro, sui generis, pero falta aceptación legal. Por tal razón, no se entrega al bebe ni se devuelve el dinero recibido, aplicando el inciso 2 del artículo 2079 del Código Civil que dispone que si el objeto del contrato constituye un delito o un hecho contrario a las buenas costumbres, común a ambos contratantes, ninguno de ellos tendrá acción para reclamar el cumplimiento de lo convenido ni la devolución de lo que haya dado.

c) Será nulo un contrato que sujeta a un individuo a desplazarse únicamente en el interior o patio de su casa o en el barrio, por lo que no está obligado cumplir con esa obligación de no hacer, prevaleciendo aquí el

para que liquide rápidamente un crédito al acreedor (Escobar Fornos, Iván, *Derecho de obligaciones*, 2a. ed., Managua, Editorial Hispamer, 2000, pp. 96 y 97).

⁵⁷ El orden público varía de país en país y de época en época, y es de difícil precisión. Son contrarios al orden público aquellos actos que atacan a la familia, a la libertad de comercio, del sufragio, del trabajo o de cualquier otro derecho o garantía constitucional, a la organización y competencia de los órganos estatales. (*Idem*). El concepto de orden público se aplica en el derecho internacional, en el derecho constitucional, en el derecho penal y en el derecho civil como obstáculo infranqueable de la autonomía de la voluntad.

derecho fundamental de la libertad de movilización sobre la libertad de contratación.

d) Sería nulo el contrato en que se obligue a una persona a cambiar o no cambiar de religión. El obligado podría negarse a cumplir el contrato, prevaleciendo aquí el derecho fundamental de la libertad religiosa sobre la libertad de contratación.

e) Es nulo el contrato que prohíbe casarse en general o con determinada persona o en determinado lugar. En este supuesto el individuo puede casarse, prevaleciendo aquí el derecho fundamental de la libertad matrimonial sobre la libertad de contratación.

f) Es nulo, por ser contrario a las buenas costumbres y a la moral, el contrato en virtud del cual una persona se obliga por una suma determinada, a difamar a un tercero. En este supuesto el obligado puede negarse a cumplir el contrato, prevaleciendo aquí el derecho fundamental a su honor y libertad de expresión sobre la libre contratación. En nuestro país se presenta con frecuencia esta modalidad de difamación.

g) Es nula la cláusula de irresponsabilidad del daño proveniente del delito porque de acuerdo con el artículo 1861 del Código Civil la renuncia a la responsabilidad proveniente del dolo es nula. En este supuesto el beneficiado con la renuncia puede ser demandado por los daños y perjuicios, prevaleciendo aquí el orden público frente a la libertad de contratación.

h) Es nulo el contrato en virtud del cual un votante entrega su cédula, por un precio determinado, a la otra parte contratante para que no vote en unas elecciones, plebiscito o referéndum, por ser contrario a la ley y al orden público. En este supuesto el ciudadano puede pedir la devolución de la cédula y votar, prevaleciendo el derecho al sufragio activo sobre la libertad de contratación.

i) Es nulo el contrato en virtud del cual una mujer se obliga a ejercer la prostitución por un determinado precio. Si ella desea retirarse de ese oficio, puede hacerlo sin ninguna responsabilidad para con el otro contratante, porque prevalece su dignidad, su derecho fundamental a la libertad, su inferioridad contractual, sobre la libertad contractual.

j) Es nula la cláusula de un contrato de tarjeta de crédito en virtud de la cual el tomador renuncia a su domicilio. En este supuesto, si el tomador es demandado en otro domicilio, puede alegar la nulidad de la cláusula y oponer la excepción de incompetencia, prevaleciendo el derecho fundamental de la defensa sobre la libertad de contratación.

Podemos señalar algunos casos en los cuales entran en conflicto otros derechos:

a) Si un medio de información toma partido en un juicio penal en contra del acusado porque considera que él es el autor del delito, entran en conflicto dos derechos fundamentales: el derecho a la libertad de expresión y de información del medio y el derecho de la defensa del acusado y la presunción de inocencia. Si el acusado decide reclamarle al medio por las vías legales, el juez tendrá que hacer un análisis de ponderación de ambos derechos aplicando la racionalidad y proporcionalidad, para determinar si verdaderamente el medio le está impidiendo su defensa en forma libre y adecuada o bien no se lo está impidiendo. Si el acusado es absuelto podría demandar al medio por daños y perjuicios.

b) Si un medio de información comienza una campaña contra una persona que la considera perjudicial para su honor puede reclamarle al medio judicialmente. En este caso entran en conflicto el derecho al honor y la privacidad de la persona objeto de las publicaciones y el derecho de expresión e información del medio. El juez tendrá que valorar el caso mediante una ponderación de los dos derechos en conflicto, aplicado los principios de racionalidad y proporcionalidad y determinar si las informaciones son las que se permiten dentro del ordenamiento jurídico y el derecho a la libertad de expresión o se excedieron dañando el honor y la privacidad.

Aunque es difícil la definición de la buena fe por las formas en que aparece en los diferentes casos y ramas del derecho, podemos decir que es un estado de desconocimiento, de confianza o lealtad sobre determinados hechos, actos o situaciones, la cual es necesaria para la protección de determinadas posiciones o derechos. Su presencia *permea* muchas ramas del derecho: el derecho laboral, el derecho administrativo, el derecho internacional, ampliamente el derecho privado y aparece en muchas disposiciones del Código Civil y de Comercio.

En la contratación se exige la buena fe en los tratos previos, en el momento de contratar (ausencia de dolo), en la interpretación y ejecución del contrato. El Código Civil italiano regula esta amplitud de la presencia de la buena fe en la contratación.⁵⁸

⁵⁸ Artículos 1337, 1366 y 1375.

Si la ley aplicable para solucionar el caso concreto fuere de dudosa o difícil interpretación, el juez goza de mayor amplitud para sentenciar.⁵⁹ En caso de un conflicto entre un derecho fundamental y la autonomía privada, si la colisión se resuelve en favor del primero, el juez no deberá argumentar su decisión invocando directamente tal derecho en la relación privada. Pero puede invocar conceptos como los de orden público, o buenas costumbres, utilizados en el derecho privado para preservar, en el ámbito negocial, los derechos de la personalidad.

IV. LA *DRITTWIRKUG* Y LA JURISPRUDENCIA EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1. *Introducción*

La aplicación de los derechos humanos en las relaciones privadas adquiere tanta importancia que se aplica no sólo a nivel nacional, sino también a nivel internacional. Es por ello que consideramos necesarias incor-

⁵⁹ Hebert Hart sostiene que dada la vaguedad del lenguaje jurídico y que en los casos difíciles existe más de una interpretación, los jueces en estos casos tienen discrecionalidad para escoger la interpretación que consideren más apropiada. Cuando lo regulado es impreciso, el juez no tiene otra salida que escoger prudentemente la opinión que estima adecuada. Agrega que en estas circunstancias excepcionales el juez no aplica el derecho, ya que las reglas no indican una u otra dirección, sino creándolo para el caso concreto. Por el contrario, Ronald Dworkin sostiene que el derecho está integrado por reglas precisas; como las penales y procesales, y por principios, aplicables en los casos fáciles y difíciles, principalmente los principios en los casos difíciles. Estos principios son obligatorios y por tal razón deben ser tomados en cuenta en los casos pertinentes. Por tal razón, es falso que los jueces, en los casos difíciles, tengan discrecionalidad para crear derecho, por el contrario deben aplicar los principios vigentes en el sistema. Esa creación del derecho viene a ser retroactiva. Para tal efecto crea un personaje denominado el juez Hércules, en contraposición del juez Hebert que piensa como Hart, cuyo destino es en cada caso difícil explicar de la mejor manera posible las reglas vigentes y proveer la mejor justificación moral para la decisión del caso. Hart posteriormente modifica y mejora su posición, reconoce el valor de los principios, reconoce una creatividad restringida, no detecta retroactividad al crear el derecho y aplicarlo al caso difícil porque no existe justificación para que exista, ya que la prohibición de ella se fundamenta en la confianza de la persona en realizar sus actos de acuerdo con la ley preestablecida y se defiende de los ataques de Dworkin (*cf.* “El debate Hart-Dworkin”, Bogotá, *Nueva Revista Jurídica*, Universidad de los Andes, 1997).

porar a nuestro estudio los sistemas de protección internacional americano y europeo.

Si se analiza con detenimiento la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos podemos encontrar jurisprudencia que admiten la aplicación de la *Drittwirkung* de los derechos humanos en las relaciones privadas en una forma evolutiva hasta llegar a su clara aceptación. También se transcriben algunos resúmenes jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Javier Mijangos y González⁶⁰ divide en tres etapas la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con relación a su aplicación a las relaciones privadas, a la cual nos ajustaremos.

2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

En la primera etapa, la Corte Interamericana fundamenta la aplicación de los Derechos Humanos, en el deber del respeto y vigilancia, concepción similar al *state action* de los Estados Unidos. Éste es un deber de vigilancia de parte del Estado previsto en el artículo 1.1 de la Convención. Se cita como ejemplo de esta etapa los casos Velásquez vs. Honduras (1987), Godínez vs. Honduras (1987), Paniagua vs. Guatemala (1998), entre otros. Esta debida vigilancia es para prevenir la violación o para tratarla en los términos de la Convención.

En el caso Velásquez expresó que un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear responsabilidad internacional del Estado, no por el hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.

En el caso Blake vs. Guatemala,⁶¹ Cancado Trindade sienta las bases para los efectos de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Expresa en el voto razonado⁶² que es necesario desmitificar ciertas

⁶⁰ Mijangos y González, Javier, *Los derechos fundamentales en las relaciones particulares*, México, Editorial Porrúa, 2007, pp. 176 y ss.

⁶¹ Sentencia de fondo del 24 de enero de 1998.

⁶² En sus votos razonados reiteradamente se refiere a la *Drittwirkung*. Colombia vs. Comunidad de Paz de San José de Apartadó 18 de junio del 2002; Jiguamiandó y del Cur-

postulaciones consideradas como verdades eternas e inmutables, las que más bien son producto de su tiempo o soluciones para una época de la evolución del derecho. Una de estas ideas es la de estimar a los tratados internacionales como normas que limitan exclusivamente la actuación de los poderes públicos, por el contrario, los tratados de derechos humanos, consagran obligaciones de carácter objetivo y constituyen estándares de comportamientos encaminados a la creación de un orden público internacional. Consideró que el carácter absoluto de la autonomía de la voluntad no puede ser invocado ante la existencia de normas del *ius cogens* como los derechos fundamentales, consagrados en la Convención, configurados como obligaciones *erga omnes* de protección y representan el contenido mínimo de protección de todas las relaciones jurídicas de los ordenamientos nacionales.

Esta tesis del magistrado brasileño fue adoptado por unanimidad en el caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó vs. Colombia. La Corte opinó que la obligación general del respeto de los derechos fundamentales previsto en el artículo 1.1. de la Convención, para ser eficaz, se impone no sólo en relación con el poder del Estado, sino también en las relaciones entre particulares (grupo clandestino, paramilitares, u otros grupos de particulares). Acepta la importancia de la *Drittwirkung*.⁶³

Es a partir del 2003 que la Corte conoce de los casos en que se presenta una lesión de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. En los casos de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó vs. Colombia,⁶⁴ Pueblo Indígena de Kankuamo vs. Colombia,⁶⁵ Pueblo Indígena de Sarayaku vs. Ecuador,⁶⁶ la Corte Interamericana desarrolla la doctrina de que los Estados parte se encuentran conminados a atender al amplio alcance de las obligaciones *erga omnes* de protección, caracterizadas por el *ius cogens*, del cual emanan como normas de carácter objetivo que abarcan a todos los destinatarios de las

baradó vs. Colombia del 15 de marzo de 2005; Jiguamiandó y del Curbaradó vs. Colombia del 6 de marzo de 2003; Comunidad de Paz de San José de Apartadó del 15 de marzo de 2005; caso Pueblo Indígena de Nankuanmo del 5 de julio del 2004; casos de personas haitianas y de República Dominicana del 7 de agosto de 2000.

⁶³ Sentencia sobre medidas provisionales del 18 de junio de 2002.

⁶⁴ Sentencia sobre medidas provisionales del 15 de marzo de 2005.

⁶⁵ Sentencias sobre medidas provisionales del 5 de julio de 2004.

⁶⁶ Sentencia sobre medidas provisionales del 6 de julio de 2004.

normas jurídicas, tanto a los integrantes de los órganos del poder público como a los particulares.

La última etapa se encuentra en la Opinión Consultiva 18/03 del 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, en la que se acepta la imputación⁶⁷ a los particulares de la violación de los derechos humanos, considerado como un caso líder.

En el mes de mayo de 2002, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Hoffman Plastic Compounds vs. National Labor Relations Board*, decidió que un trabajador indocumentado que había sido despedido ilegalmente por contribuir a organizar un sindicato para mejorar las condiciones de trabajo en la planta, no tenía derecho al pago de los salarios caídos o de tramitación, los cuales por los tres años de trabajo perdido ascendían a 67 000 dólares. La decisión fue por mayoría de 5 a 4 votos.

El juez Breyer en su voto disidente expresó que si los trabajadores indocumentados no pueden recibir el pago de los salarios, cuando son despedidos ilegalmente, los empleadores los despedirían cuando intenten sindicalizarse, porque no existe sanción alguna para el empleado.

Esta situación despertó una fuerte alarma en México, lo que también repercutía en todos los países latinoamericanos que reciben remesas de los Estados, lo que provocó que en el juicio se pronunciaron dichos países y varias instituciones en su carácter de *amicus curiae*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos evalúa la consulta, con los siguientes fundamentos que interesan a nuestra materia: *a)* que el principio de igualdad y no discriminación puede considerarse como imperativos del derecho internacional general en cuanto es aplicable a todo Estado independiente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos respecto de terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas. Como norma *ius cogens* los Estados no lo pueden derogar, la cual es recogida en el artículo 53 de la Convención de Viena; *b)* en concordancia con ello, el Tribunal considera

⁶⁷ Mijango y González, la considera como imputación directa en el sentido que la violación se da entre particulares, aunque para otros autores no existe en la vía internacional más que violación mediata.

que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*.

3. *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos acepta la tesis de que los derechos humanos también rigen en las relaciones privadas. Para ejemplo cinco sentencias:

En sentencia de 1998 contra el Reino Unido estimó que el padrastro que golpeó al hijo con una caña, causándole lesiones físicas, violó su derecho a no sufrir tratos degradantes y que el Estado, al absolverlo penalmente fundándose en la causa justificativa de emplear su potestad paternal para castigarlo razonablemente, vulneró el derecho del hijo.

En sentencia de 1981 en la que un grupo de trabajadores alega violación de la cláusula de exclusión mediante la cual todos los trabajadores deben afiliarse al sindicato contratante, pactado entre el sindicato y la empresa. Resolvió:

De acuerdo con el artículo 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, cada Estado contratante “debe asegurar a cada persona, dentro de su jurisdicción, los derechos y las libertades definidas en (...) la Convención”; por tanto, si la violación de uno de esos derechos y libertades es el resultado de la inobservancia de esa obligación en cuanto a la legislación doméstica, existe responsabilidad para el Estado que consiente la violación. A pesar de que la causa inmediata de los hechos que dan lugar a esta

causa fueron los acuerdos entre la empresa British Rail y los sindicatos ferrocarrileros, fue la ley doméstica aplicable en el momento la que hizo legal el perjuicio que los demandantes sufrieron. La responsabilidad del Estado acusado por cualquier violación de lo dispuesto por la Convención se deriva de esa circunstancia.

Sentencia 16/1983/110 en la que el padre denuncia que la hija menor internada en una clínica particular para personas con retraso mental, había sido violada por el hijo, mayor de edad, de la responsable de la clínica. Las autoridades se negaron a iniciar el procedimiento penal alegando que la víctima carecía de facultades mentales para hacer una acusación. Resolvió:

La Corte ratifica que, no obstante que el propósito del artículo 8 (de la Convención Europea de Derechos Humanos) es esencialmente la protección de los individuos contra la acción arbitraria de las autoridades públicas, eso no significa que el Estado sólo se abstenga de actuar en esa forma; además de su obligación negativa, también hay obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de las personas y de las familias. Esa obligación incluye la adopción de medidas destinadas a asegurar el respeto de la vida privada incluso en la esfera de relaciones entre particulares.

Sentencia 5/1987/128/179 contra Austria, en la que una asociación de médicos antiabortivos organizaron manifestaciones en 1980 y 1982, en las que estos sufrieron ataques por personas particulares partidarios del aborto ante contingentes policiales. Resolvió:

Una manifestación puede afectar u ofender a personas con ideas opuestas a las sustentadas por los manifestantes. Los participantes, sin embargo, deben contar con la seguridad de poderse manifestar sin el temor de ser objeto de violencia física por parte de sus oponentes, porque ese temor inhibiría a las organizaciones de expresar libremente sus opiniones sobre cuestiones altamente controvertidas que afecten a la comunidad. En una democracia el derecho a las contra-manifestaciones no puede permitirse hasta el extremo de inhibir el derecho de los manifestantes originales. La genuina y efectiva libertad de manifestación no se reduce al deber del Estado de no interferir; una concepción estrictamente negativa no es compatible con los propósitos del artículo 11 (de la Convención Europea de Derechos Humanos). Igual que el artículo 8, el 11 requiere en ocasiones de medidas positivas, incluso en la esfera de las relaciones entre particulares.

Sentencia 18/1995/524/610 en la que discutía el conflicto entre el propietario de un restaurante y una organización de restauranteros que al no estar afiliado, pretendió boicotearlo para que ingresaran al grupo. Resolvió apartándose del criterio de la responsabilidad de particulares. Pero existe un voto disidente del juez P. Jambrek que dice:

Mi posición difiere en cuanto a la interpretación y a la aplicación del artículo 11 (de la Convención Europea de Derechos Humanos), a la luz de la doctrina de la *Drittwirkung*. Desde mi punto de vista, la acción de los industriales que dio lugar a la queja del demandante debe estar sujeta a las mismas restricciones que se aplican al Estado. El Estado responsable (Holanda) estaba en la obligación positiva de tomar medida que aseguraran el disfrute de la libertad de asociación.

V. LA *DRITTWIRKUNG* EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NICARAGÜENSE

1. *Introducción*

Aunque no lo dice expresamente la Constitución, ésta obliga tanto a los poderes del Estado como a los particulares. Así se desprende del articulado de la misma.⁶⁸

Dentro de la jurisdicción ordinaria, la violación de los derechos humanos entre particulares puede derivarse de los artículos 160 y 165 de la Constitución que dicen:

Artículo. 160. La administración de la justicia garantiza el principio de la legalidad; protege la tutela los derechos humanos mediante la aplicación de la ley en los asuntos o procesos de su competencia.

Artículo. 165. Los magistrados y jueces en su actividad judicial son independientes y sólo deben obediencia a la Constitución y a la ley; se regirán, entre otros, por los principios de igualdad, publicidad y derecho a la defensa. La justicia en Nicaragua es gratuita.

⁶⁸ Artículos 24, 160, 165 y 182, entre otros.

Por otra parte, el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dice:

La Constitución Política es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a quienes administran justicia, los que deben aplicar e interpretar las leyes, los tratados internacionales, reglamentos, demás disposiciones legales u otras fuentes del derecho según los preceptos y principios constitucionales.

Además, de acuerdo con los artículos 182 de la Constitución, 4 y 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 194 del Código de Procedimiento Civil, los jueces y tribunales deben de aplicar de preferencia la Constitución y para controlar la violación que se haga de éstos, el artículo 2057 inciso 1 de éste Código establece una causal de casación en el fondo.

En la jurisdicción ordinaria se presentan con frecuencia problemas relacionados con la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, pero los jueces y tribunales no aplican esta penetración constitucional en el derecho privado.

Con relación al amparo, la Constitución en el artículo 188 restringe su procedencia únicamente contra las disposiciones, actos o resoluciones y en general en contra de toda acción u omisión de cualquier autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución. Sólo cabe, pues, contra actos de autoridad, pero a este concepto se le ha dado una interpretación más amplia, autorizando el amparo contra particulares que prestan servicios públicos, entes autónomos y descentralizados. Por ejemplo en Nicaragua ha procedido contra la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua,⁶⁹ el Instituto Nicaragüense de Energía,⁷⁰ el Instituto Nicaragüense de Seguridad Social,⁷¹ el Consejo Universitario de la Universidad Nacional de Ingeniería⁷² y el Consejo Nacional de Universidades (CNU).⁷³

Esta amplitud nos podría permitir conocer en amparo determinados supuestos de aplicación de los derechos fundamentales.

⁶⁹ S. 11:40 a.m. del 13 de marzo de 1968, B. J. , p. 31.

⁷⁰ S. C. Núm. 134, 10:00 a.m. del 21 de septiembre de 2006.

⁷¹ S. C. Núm. 133, 11:30 a.m. del 21 de septiembre de 2006, 10:05 a.m. del 15 de marzo de 2005.

⁷² S. C. Núm. 63, 8:30 a.m. del 2 de abril de 2003.

⁷³ S. C. Núm. 35, 8:30 a.m. del 8 de marzo de 2005.

Es conveniente advertir que el amparo no cabe contra las resoluciones judiciales, aunque se han dictado algunas sentencias en que se ha aceptado en situaciones excepcionales. El amparo contra las relaciones judiciales ha permitido a los Tribunales Constitucionales de otros países conocer con amplitud sobre la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

2. Algunos casos regulados o no por la ley y de aplicación directa

A. Contratación

En materia de contratación existe libertad de acuerdo con lo expresado anteriormente. No obstante, para mantener el equilibrio contractual entre poderes y deberes, la autonomía de la voluntad ha recibido limitación en materia laboral, contempladas en la Constitución y en las leyes laborales; en materia de inquilinato; en la contratación dentro del derecho de familia; declarando sin validez los contratos en aquellos casos en que la ley los declara nulos por ser contrarios a la moral, a las buenas costumbres o al orden público. Tanto en materia civil como en materia laboral son numerosas las aplicaciones de los derechos humanos en las relaciones entre particulares.

B. Investigación de la paternidad

Con relación a la investigación de la paternidad y maternidad la Constitución sienta el principio de permitirla,⁷⁴ por el contrario el Código Civil⁷⁵ parte de la idea de no permitir la investigación de la paternidad, salvo casos excepcionales, por lo que, como sostenía antes de la reforma de 2007, debería aplicarse directamente la Constitución y abrir la posibilidad de probarse de acuerdo con los medios de prueba aceptados incluyendo el ADN.

Sirva lo anterior de ejemplo para la aplicación directa en casos no contemplados en la ley ordinaria.

⁷⁴ Artículo 78.

⁷⁵ Artículo 225 y otros.

En la Gaceta, *Diario Oficial* 120 del 26 de junio de 2007, se publicó la Ley Núm. 120 de Responsabilidad Paterna y Materna, reglamentada, por el Decreto 102 del 2007 y publicado en la Gaceta, *Diario Oficial* 223, del 20 de noviembre 2007.

De acuerdo con esta ley, cuando el padre no haya reconocido al niño o la niña, la madre podrá declarar ante el registrador del Estado Civil de las Personas quién es el presunto padre y señalar su identidad y ubicarlo. En este momento se le informa que deben realizarse la prueba del ADN al presunto padre, la madre y el hijo o hija.⁷⁶

Con esta declaración se inicia el trámite administrativo de reconocimiento y el registrador procederá a inscribir al hijo o hija con el apellido del presunto padre y madre. Dicho funcionario citará al presunto padre para que dentro del término de 15 días comparezca a expresar lo que tenga a bien sobre la inscripción provisional de paternidad, bajo el apercibimiento que al no hacerlo se reconfirmará con el apellido de ambos. Esta inscripción provisional no causará estado hasta que se compruebe la paternidad de acuerdo con esta ley.⁷⁷

El notificado que se le aplicó el reconocimiento administrativo por no comparecer al Registro Civil tendrá un plazo de un mes para presentar ante el juzgado de familia, demanda de impugnación de la paternidad declarada administrativamente, sin que se suspenda la inscripción del niño o niña con el apellido del padre y madre.⁷⁸ Se obliga al presunto padre a ser demandante con las cargas propias de esta posición procesal.

Si el padre niega la paternidad ante el registrador y acepta practicarse la prueba del ADN se procederá a realizarla. Si el resultado es positivo se inscribirá con el apellido del padre y la madre y si es negativo se inscribirá con el apellido de la madre.⁷⁹

Si el presunto padre al ser citado niega la paternidad y rechaza practicarse la prueba de ADN, el registrador procederá a aplicar la presunción de paternidad y reconfirmará al hijo o hija con el apellido de ambos progenitores, quedando firme dicha declaración administrativa, otorgando las obligaciones legales propias de la paternidad.⁸⁰

⁷⁶ Artículo 6.

⁷⁷ Artículo 7.

⁷⁸ Artículo 8.

⁷⁹ Artículo 9.

⁸⁰ Artículo 10.

Si el citado no se presentare a realizar la prueba del ADN o si habiéndose presentado se negare a ello, el laboratorio dará constancia de tal negativa, lo que constituye una prueba en favor de la persona solicitante, pero creo que se puede discutir la paternidad en juicio.⁸¹

Si el padre niega la paternidad, pero acepta la prueba del ADN y el si el resultado es positivo, se confirmará la inscripción y si es negativa se inscribe al hijo o hija sólo con el apellido de la madre.⁸² El índice de prueba del ADN debe ser de 99.99%.

También se regula la investigación de la maternidad administrativa⁸³ y el derecho del padre a la investigación de la paternidad administrativa de su hijo o hija.⁸⁴

C. Alimentos

En materia de igualdad de hijos naturales con los legítimos la Constitución establece que tienen iguales derechos.⁸⁵ Pero el Código Civil los discriminaba en materia de alimentos, sin embargo por ley especial del 18 de febrero de 1992 los coloca en igualdad de condiciones.

D. Sucesiones intestadas

En materia de sucesiones intestadas en el Código Civil⁸⁶ se le concede un trato discriminatorio a los hijos naturales en contra del principio de igualdad de los hijos legítimos y naturales consagrado en el artículo 75, por lo que ahora los jueces en forma directa están aplicando de preferencia la disposición constitucional y se espera una reforma del Código Civil para ajustarlo a la Constitución.

Este es un caso de aplicación directa del artículo 75 de la Constitución.

⁸¹ Artículo 10.

⁸² Artículo 9.

⁸³ Artículo 15.

⁸⁴ Artículo 14.

⁸⁵ Artículo 75.

⁸⁶ Artículos 998 y ss.

E. *La apelación*

De acuerdo con el artículo 458 del Código de Procedimiento Civil no se permite la apelación cuando ambas partes acuerdan no apelar. La Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que esta disposición tiene por objeto evitar la renuncia del más débil, por lo que se exige que la renuncia sea de mutua y no sólo de una.⁸⁷

F. *Consumidores*

También existe protección a los consumidores regulados en la ley del 10. de noviembre de 1954 y su reglamento del 14 de junio de 1999.

A los consumidores al adquirir bienes y servicios se les garantiza calidad y cantidad, la seguridad, la salud, la información veraz, los daños y perjuicios que sufra, la celebración de una contratación justa, prohibiendo seis tipos de cláusulas que se declaran nulas si se estipulan, la irrenunciabilidad de sus derechos, la celebración de contratos de adhesión en forma clara, con letras visibles, escritos en idioma español e interpretados en su favor.

El consumidor también tiene derechos a un medio ambiente adecuado que garantice la conservación y desarrollo de los recursos naturales.

Se protege la vida y sus bienes, cuando haga uso de los servicios de transporte, acuático y aéreo. El proveedor pagará los daños y perjuicios si no toma las medidas necesarias para evitar el riesgo.

La preocupación por proteger a los consumidores nace en 1962 en el mensaje de Kennedy al Congreso de los Estados Unidos, al compartir la idea de “que todos somos consumidores”. El consumidor goza de una serie de derechos y garantías y además de las leyes en favor de los consumidores.

G. *Ambiente*

Se protege el ambiente en el artículo 60 de la Constitución desarrollado en la Ley General del Medio Ambiente y los Recursos Naturales del 27 de marzo de 1996 y su reglamento del 14 de julio de 1999.

⁸⁷ S. 10:30 a.m. del 25 de febrero de 1996, B. J., p. 32.

La sobreexplotación de los recursos naturales, la contaminación de ríos, lagos, mares, aire y ciudades, la destrucción de la fauna y flora, la desertificación, la destrucción de las bellezas naturales, el calentamiento global, los rigurosos cambios climáticos, han deteriorado el planeta, desmejorando la calidad de vida y dañado la salud física y mental de las personas.

Esta ley concede acción popular para iniciar acciones administrativas, civiles y penales.

H. *Asociaciones y sociedades*

Existen dos tipos de asociaciones: unas asociaciones sin fines de lucro, de carácter social, gremiales, religiosas, culturales, deportivas, políticas y de cualquier otra índole, contempladas en el artículo 49 de la Constitución, y otras de carácter económico con fines de lucro (sociedades comerciales, civiles, etc.) que surgen de la libertad de empresa contemplada en el artículo 99 párrafo 2 de la Constitución.

De acuerdo con el citado artículo 49 de la Constitución se concede el derecho de formar organizaciones a los trabajadores de la ciudad y el campo, a las mujeres, a los jóvenes, a los profesionales, a los técnicos, a los intelectuales, a los artistas, a los religiosos, a las comunidades de la Costa Atlántica y a los pobladores en general, sin discriminación alguna, con el fin social de lograr la realización de sus aspiraciones de acuerdo a sus intereses y participar en la construcción de una nueva sociedad. Las asociaciones tendrán una función social.

A nadie se le puede negar la admisión en las mencionadas organizaciones ni decretar su expulsión por razones de raza, religiones, sexo, opinión, idioma, posición social o económica y otras causas groseramente discriminatorias. Por supuesto, que no se puede admitir a quien no es abogado en el Colegio de Abogados y se puede expulsar si se comprueba posteriormente que no lo es; en una asociación católica se le puede negar acceso a un musulmán y se puede expulsar al católico que se convierte en musulmán; pero en una asociación de abogados, de médicos, de agricultores, etcétera, no se les puede negar el acceso o expulsarlos porque sean musulmanes, liberales, negros, blancos, etcétera, de acuerdo con el artículo 27 de la Constitución que prohíbe la discriminación.

I. Condiciones generales de la contratación

En esta época de contratación masiva han surgido las condiciones de la contratación para facilitar la contratación y proteger al adquirente de bienes y servicios. Son condiciones generales de la contratación un conjunto de cláusulas uniformes, impuestas por una de las partes, que se incorporan a los contratos que se van a realizar en masa.

Se encuentran tales condiciones en los contratos de servicio de teléfono, luz, agua, electricidad, gas, etcétera; en los servicios bancarios como préstamos, depósitos, cuenta corriente, tarjetas de crédito, etcétera y en otros tipos de contratos.

Las condiciones generales de la contratación aparecen insertadas en las pólizas de seguro y se rigen por la Ley General de Instituciones de Seguros (Ley 1727), publicada en La Gaceta 77 del 26 de noviembre de 1970 y sus reformas.

Los modelos de póliza requieren la previa autorización de la Superintendencia de Bancos, no obstante, antes de ser utilizados deben ponerse a disposiciones de dicho organismo.

Las pólizas deben regirse por las disposiciones del Código de Comercio, de la Ley de Títulos Valores, del Código Civil y demás disposiciones legales de carácter imperativo, bajo pena de ineficacia de la estipulación respectiva; deben redactarse en idioma español en forma que sean fácilmente comprensibles para el asegurado, en letras que sean fácilmente legibles. Las empresas aseguradoras no podrán modificar o enmendar los modelos de pólizas, endosos o cláusulas especiales que les fueren aprobadas por la Superintendencia.

Las tarjetas de crédito están reguladas por la Ley de Promoción y Ordenamiento del Uso de la Tarjeta de Crédito del 10. de noviembre de 1994 y por las normas sobre la promoción y ordenamiento del uso de las tarjetas de crédito aprobadas por la resolución del 26 de septiembre del 2006. Esta ley tiene por objeto proteger al usuario de las tarjetas de crédito con relación a las condiciones generales impuestas por el emisor de la tarjeta y los intereses que se cobran.

Los modelos de contrato de apertura en cuenta corriente y uso de tarjeta de crédito deben ser aprobadas por la Superintendencia de Bancos. Este contrato es considerado por la ley como de adhesión.

En el artículo 10 se establecen las condiciones que debe tener el contrato de emisión de tarjetas de crédito.

En el artículo 11 de la ley se establece la nulidad de ciertas cláusulas. Por ejemplo: las que renuncien a los derechos y garantías de la ley, las modificaciones unilaterales que haga el emisor de las condiciones del contrato; las cláusulas adicionales no autorizadas por el órgano regulador; las que impongan al usuario de las tarjetas un domicilio diferente al propio.

En los países europeos es muy común la regulación legal de las relaciones generales de la contratación. En España existe una regulación general en la Ley 7 del 13 de abril de 1998.

Para esta ley las condiciones generales de contratación son cláusulas de contenido contractual establecidas por una de las partes, pero impuestas a la otra. Son aquellas cláusulas que se conocen como la letra pequeña de los contratos y que en ciertas ocasiones se remiten a documentos o condiciones que no aparecen en el contrato.

Las condiciones generales son partes integrantes del contrato cuando han sido aceptados por el adherente y el contrato es firmado. No se consideran aceptadas cuando el que impone las condiciones no ha informado al otro contratante o adherente de dichas condiciones ni le ha entregado un ejemplar de las mismas.

Cuando los contratos no necesiten celebrarse por escrito es suficiente que el que imponga las condiciones las hagan visibles dentro del lugar donde se les celebra el contrato.

No quedan incorporadas al contrato y, como consecuencia, no obligan al adherente, las condiciones siguientes: las que no hayan podido ser conocidas por el adherente al tiempo de firmarse el contrato o cuando no hayan sido firmadas si la ley impone ese requisito, las ilegibles, ambiguas, oscuras, incomprensibles.

Son nulas las condiciones generales cuando contradigan lo establecido en la ley en perjuicio del adherente o sean abusivas para el consumidor. En general se consideran cláusulas abusivas aquellas no negociadas individualmente que al contrariar la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio del contrato.

La ley establece cinco tipos de acciones contra las condiciones generales ilegales: la acción de nulidad; la acción de no incorporación; la acción de cesación; la acción de retractación, y la declarativa. Las dos primeras son individuales y las tres últimas colectivas.

La de nulidad tiene por objeto declarar la nulidad de una condición general del contrato por ser abusivas en contra del consumidor o porque contradigan lo dispuesto en la ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva.

La acción de no incorporación tiene por objeto declarar que una condición general no quede incorporada en el contrato y, en consecuencia, no obliga a los contratantes porque el adherente no ha tenido la oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato las condiciones generales o cuando sean ilegibles, ambiguas u oscuras.

La acción de cesación tiene por objeto obtener una sentencia judicial que obligue al demandado a eliminar las condiciones generales que se consideren nulas y abstenerse de utilizarlas en el futuro y al mismo tiempo determinar o aclarar qué parte o qué cláusula del contrato se considera válida y eficaz.

La acción de retractación tiene por objeto obtener una sentencia judicial que imponga al demandado la obligación de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar condiciones generales nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro.

La acción declarativa tiene por objeto el reconocimiento de una cláusula como condición general de contratación e instar su inscripción cuando ésta sea obligatoria.

Para las acciones colectivas se conceden legitimaciones a ciertas organizaciones relacionadas con estos problemas.

La acción de cesación y la de retractación prescriben a los dos años a partir de la inscripción en el Registro de Condiciones Generales de Contratación. La declarativa no prescribe.

Los notarios y registradores de la propiedad tienen la obligación de informar a los consumidores sobre la aplicación de la ley y su alcance.

Existe un registro donde se inscriben las condiciones generales de la contratación a fin de que las personas puedan conocer de la existencia de ella. Se denomina Registro de las Condiciones Generales de la Contrativa. También se anotan las acciones judiciales, lo mismo que las minúsculas resoluciones judiciales.

La inscripción de las condiciones generales es voluntaria, pero se podrán imponer en determinados sectores específicos de la contratación.

Es necesaria la inscripción en el Registro de las Condiciones Generales de la Contratación de las sentencias de la cesación o retractación.

Se establecen dos reglas importantes de interpretación: cuando exista contradicción entre las condiciones particulares específicamente previstas y las generales, prevalecen éstas; las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán en favor del adherente.

Creo que algunas disposiciones de la Constitución pueden ser aplicados directamente. El artículo 75 que regula la igualdad de los hijos legítimos e ilegítimos. El artículo 82 que se refiere a los derechos de los trabajadores en sus incisos 1 y 2, el artículo 5 que establece la dignidad humana, el artículo 27 que establece la igualdad y las prohibiciones discriminatorias; el artículo 25 inciso 3 que establece el derecho a la personalidad y capacidad jurídica; entre otros.

De los artículos 160 y 165 anteriormente transcritos se puede deducir que la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas se puede hacer a través de la ley (artículo 160), lo que significa que como norma general será la *Drittwirkung* mediata la aplicable, salvo excepcionalmente la inmediata.

Esto significa que el principal elemento del juez será la ley, y en defecto de la ley, el juez debe aplicar las normas y conceptos indeterminados del derecho privado, como lo hemos explicado y si el caso lo amerita la aplicación directa de la norma constitucional.

La aplicación directa o indirecta de los derechos fundamentales en las relaciones privadas depende del contenido y naturaleza de cada derecho, pues no todos son aplicables en el derecho privado porque podría resultar gravemente afectado o aniquilado.

J. La prueba

Con relación a la prueba existen límites a la libre contratación en virtud del orden público.

En mi Introducción al proceso⁸⁸ expresé:

En materia probatoria, la libre contratación encuentra serios límites. No son válidos los convenios o cláusulas siguientes:

⁸⁸ Escobar Fornos, Iván, *Introducción al proceso*, Nicaragua, Editorial Hispamer, 1998, pp. 255 y 256.

a) El convenio o cláusula que le otorga al medio de prueba un mérito que la ley no le reconoce (superior o diferente), o bien le niega o disminuye el que la ley le otorga, si se sigue el sistema de la tarifa legal de la prueba. Cuando se sigue el sistema de la sana crítica, tampoco obligan al juez estos convenios o cláusulas, pues si la ley no somete a éste a una valoración preestablecida, con mayor razón no lo pueden hacer las partes.

b) El convenio en que se invierte la carga de la prueba, pues las reglas que se establecen con relación a ella son de orden público. Un convenio de esta naturaleza adolecería de nulidad absoluta, por la ilicitud del objeto. La Corte Suprema de Justicia se adhiere a esta opinión.⁸⁹ No obstante, debe advertirse que ciertos autores aceptan la validez del convenio de inversión de la carga de la prueba (Lessona, Rosenberg, Planiol y Rippert).

Por otra parte, algunos autores admiten el convenio en virtud del cual se impone a una de las partes la carga de la prueba sobre un hecho determinado, siempre que la ley no disponga nada sobre dicho hecho.

c) El convenio que le concede mérito ejecutivo a un documento que no lo tiene o le niega al que lo tiene.

d) El convenio que crea presunciones de hecho. Ejemplo: se presume que el daño o la enfermedad existía con anterioridad al contrato, si resulta dentro de tres días posteriores a su celebración. El ejemplo es de Rosenberg, para quien, por contrario, es válido este convenio.

⁸⁹ *Idem.*

NUEVAS TENDENCIAS SOBRE SISTEMA ELECTORAL, SISTEMA DE PARTIDOS Y MECANISMOS DE DEMOCRACIA DIRECTA EN AMÉRICA LATINA

J. Jesús OROZCO HENRÍQUEZ*

SUMARIO: I. *Sistemas electorales*. II. *Sistemas de partidos políticos*. III. *Mecanismos de democracia directa*. IV. *Reflexiones finales*.

En el marco de la Tercera Ola Democrática,¹ a partir aproximadamente de 1977-1978, los países de América Latina empezaron a desarrollar una importante agenda de reformas constitucionales, políticas y electorales, relacionadas con el régimen de gobierno, sistema electoral, sistema de partidos y mecanismos de democracia directa. Este proceso de reformas se ha caracterizado por su contribución a la transición o consolidación de la democracia en los dieciocho países de la región,² propiciando el hecho histórico inédito de que nunca en América Latina la democracia se ha extendido tanto (aun cuando no en todas partes con la profundidad deseada) y por un periodo tan prolongado.

Del análisis de la evolución que han tenido los sistemas electorales, los sistemas de partidos políticos y los mecanismos de democracia directa en América Latina, cabe desprender las siguientes tendencias:³

* Investigador titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ Véase Huntington, Samuel, *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*, Londres, Norman, 1991.

² Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

³ Al respecto, véase, Zovatto, Daniel, y Orozco Henríquez, J. Jesús, “Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007: Lectura regional comparada”, en Zovatto, Daniel y Orozco Henríquez, Jesús (coords.), *Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007*, México, UNAM-IDEA Internacional, 2008, pp. 3-209.

I. SISTEMAS ELECTORALES

Para la elección presidencial predomina la elección por mayoría absoluta o especial con previsión de dos vueltas. En efecto, en nueve casos (Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, Guatemala, Perú, República Dominicana y Uruguay) gana el candidato que obtiene 50% más uno de los votos válidos, mientras que en otros cuatro (Argentina, Costa Rica, Ecuador y Nicaragua) se da un sistema de segunda vuelta con umbral reducido (45%, 40% o hasta 35%). En los cinco países restantes, se elige presidente mediante el sistema de mayoría relativa (Honduras, México, Panamá, Paraguay y Venezuela).

En apariencia, esta variable influye de manera positiva en la legitimidad del mandato, al menos cuando algún candidato gana la primera ronda con una tercera parte o menos del total de votos.⁴ Sin embargo, el “*ballotage*” no ha estado en varios países a la altura de las expectativas, y ha agravado los problemas de gobernabilidad, particularmente cuando se le combinó con elecciones legislativas no simultáneas.

La legislación latinoamericana vigente es claramente favorable a la reelección, pues más de dos terceras partes de los países (14 de 18) la permiten, situación que fortalece el presidencialismo. Sin embargo, la normativa presenta variaciones importantes: en siete países (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, República Dominicana y Venezuela) se permite la reelección consecutiva; incluso, en este último, según reciente reforma constitucional apoyada por referéndum, se prevé la reelección indefinida. En otros siete países (Chile, Costa Rica, El Salvador, Nicaragua, Panamá, Perú y Uruguay) sólo es posible transcurrido al menos un mandato presidencial. En las cuatro naciones restantes (Guatemala, Honduras, México y Paraguay) la reelección está totalmente vedada.

Para las elecciones legislativas, predomina en la región la representación proporcional en listas cerradas y bloqueadas. El sistema de representación proporcional se aplica en 14 de los 18 países: Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador,⁵ El Salvador, Guatemala, Honduras,

⁴ Véase al respecto: Payne, Mark *et al.*, *La política importa. Democracia y desarrollo en América Latina*, México, BID-IDEA-Editorial Planeta, 2006, p. 22.

⁵ Ecuador ha sido clasificado con base en la fórmula electoral. En este país se utiliza un sistema electoral de fórmula proporcional en circunscripciones pequeñas. Sin em-

Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay. Por otra parte, en dos países, Bolivia y Venezuela, se utiliza el sistema de representación proporcional personalizada, en el que se intenta aumentar la intensidad de la participación electoral sin disminuir la representatividad. Por último, en Chile se aplica un sistema binominal, y en México un sistema mixto o segmentado, aplicando una combinación de la fórmula de representación proporcional con la de mayoría simple.

En cuanto al uso de la fórmula electoral, cabe destacar que en nueve países de la región se utiliza la fórmula D'Hondt, es decir, la menos proporcional y que favorece de manera sistemática a los partidos más grandes (Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela). Por otra parte, en Brasil, El Salvador y Honduras se utiliza la fórmula de Hare y promedio más alto, que resulta más imparcial respecto de los partidos grandes y los pequeños, y suele producir resultados de elevada proporcionalidad; variaciones del método Hare se instrumentan en Costa Rica y Nicaragua. Cabe señalar que otros países utilizan una combinación de fórmulas electorales: en Bolivia se aplica la fórmula D'Hondt para la parte de representantes que se eligen en circunscripciones plurinominales, y mayoría simple para los que se eligen en circunscripciones uninominales; en México se aplica Hare corregido con resto más alto para la parte de representación proporcional, y en las circunscripciones uninominales el sistema de mayoría simple; igual sucede en Panamá, donde se combina mayoría simple en las circunscripciones uninominales y método Hare en las plurinominales. Finalmente, en Chile, al existir un sistema binominal, se asignan los escaños a los dos partidos con mayor número de votos salvo cuando el primero obtiene el doble de votos que el segundo.

Con respecto a la estructura de la papeleta, se observa en la región que siete países utilizan listas cerradas y bloqueadas para la elección de los diputados: Argentina, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Paraguay y Uruguay. También en Bolivia, México y Venezuela, pero para la parte de representantes que se elige mediante representación proporcional; en Colombia,⁶ Panamá, Perú y República Dominicana se aplica el

bargo, si se quisiera utilizar como criterio de clasificación el principio de representación predominante, el sistema tiende hacia un efecto de tipo mayoritario.

⁶ En Colombia, la regulación permite a los partidos elegir la utilización de lista cerrada y bloqueada o el voto preferente.

voto preferencial. En Brasil, Ecuador y Honduras se emplea el sistema de listas abiertas con voto personalizado, y, por último, en Chile se aplica el voto personalizado con el sistema binominal.

Este predominio de los sistemas electorales proporcionales, que favorecen el valor de la representación (aunque no demasiado) por encima del valor de la eficacia, ha traído, entre otras, tres consecuencias principales respecto de la gobernabilidad democrática y el funcionamiento del sistema de partidos políticos: 1) los partidos pequeños tienen la oportunidad de obtener representación, pero no suele ser proporcional a la totalidad de su fuerza electoral; 2) en estas tres décadas se ha producido un aumento del número efectivo promedio de partidos políticos, propiciando la fragmentación del sistema de partidos, y 3) consecuencia de todo ello, en América Latina la mayoría de los Ejecutivos han tenido serios problemas durante las últimas décadas a la hora de armar las mayorías necesarias en el legislativo (gobiernos divididos), provocándose que pese a contar con presidentes fuertes (buenos niveles de apoyo popular y considerables facultades constitucionales) hayan enfrentado problemas de gobernabilidad y de bloqueo legislativo al encontrarse en minoría en el Congreso.

En cuanto a las reformas en la Cámara Alta, cabe señalar que durante el periodo de estudio siete países modificaron su estructura legislativa: Argentina, Colombia, México, Paraguay, República Dominicana, Perú y Venezuela, en tanto que Bolivia recién se transformó en unicameral. En el resto de los países con sistema bicameral (Brasil, Chile y Uruguay) no se registraron mayores cambios en el sistema de elección.

Con respecto a los representantes de la Cámara Alta, en tres países de la región se utilizan sistemas de representación proporcional en circunscripciones grandes, como en Colombia, Paraguay y Uruguay. En dos países, Argentina y Bolivia, se utiliza el sistema de mayoría simple con representación de minorías, mientras que en Brasil y República Dominicana se aplica el de mayoría simple. México, por su parte, presenta un sistema mixto, y Chile mantiene el binominal. Como fórmula electoral, en Colombia, Paraguay y Uruguay se utiliza el sistema D'Hondt; en Brasil y República Dominicana la fórmula de mayoría simple, mientras que Argentina y Bolivia usan fórmulas de mayoría simple con representación de minorías. México combina la fórmula de mayoría simple con representación de minorías y, por lo que se refiere a las curules de representación proporcional, Hare corregido y resto más alto. Chile aplica la fórmula binominal.

Finalmente cabe señalar, en relación con la estructura de la papeleta, el predominio del uso de las listas cerradas y bloqueadas (Argentina, Bolivia, Paraguay y Uruguay). En México también se utilizan las listas cerradas y bloqueadas para el componente de representación proporcional, mientras que para el componente de mayoría simple se usa un sistema de voto personalizado. En República Dominicana y Brasil se vota a los candidatos de manera individual, y en Colombia el voto preferencial es optativo para los partidos.

En América Latina, la tendencia ha sido en favor de las elecciones concurrentes de presidente y legislativas. En efecto, en 12 de los 18 países se celebran elecciones simultáneas (Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay), en otros dos países se presentan esquemas parcialmente simultáneos (Argentina y México) y sólo en cuatro países (Colombia, El Salvador, República Dominicana y Venezuela) se celebran las elecciones presidenciales y legislativas en fechas separadas. El caso de Colombia es excepcional, porque las elecciones para ambos poderes se realizan el mismo año, en ciclos de cuatro años, pero las legislativas se celebran dos meses y medio antes de la primera vuelta presidencial.

Tomando en cuenta que en la región predominan los regímenes presidenciales, la concurrencia de estas elecciones con las legislativas ha permitido generar el efecto arrastre entre ambas, favoreciendo los niveles de participación electoral y la identidad partidaria,⁷ a la vez que aumenta la legitimidad de los gobiernos electos y fortalece la figura presidencial en la región

En cuanto al organismo encargado de organizar las elecciones y resolver los conflictos, una de las características esenciales de América Latina es la existencia, en todos y cada uno de sus países, de organismos electorales especializados, previstos generalmente a nivel constitucional, con funciones jurisdiccionales y/o administrativas en la materia: los llamados tribunales electorales.⁸ En algunos de estos países hay dos organismos

⁷ Shugart, Matthew, y Carey, John M., *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. 19.

⁸ Estos organismos también se denominan, por ejemplo, Corte Electoral (Uruguay), Jurado Nacional de Elecciones (Perú), Cámara Nacional Electoral (Argentina), Junta Central Electoral (República Dominicana), Consejo Supremo Electoral (Nicaragua) o

electorales, uno con atribuciones administrativas y otro con jurisdiccionales. Dichos organismos tienen frecuentemente una naturaleza autónoma respecto de los tradicionales poderes públicos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), si bien en ocasiones constituyen una rama especializada dentro del correspondiente Poder Judicial, en el entendido de que todos son independientes del Ejecutivo y la gran mayoría, en la actualidad, con un carácter permanente.⁹

A varios tribunales electorales latinoamericanos se les confieren atribuciones para resolver en última instancia, es decir, de manera final y definitiva acerca de la validez de las elecciones. Esto último no ocurre, por lo general, con organismos de otras regiones que también pertenecen al modelo independiente para organizar las elecciones, como las comisiones electorales, en tanto que, si bien cuentan con autonomía técnica y funcional, es habitual que se las ubique formalmente dentro del Poder Legislativo y casi ninguna de ellas tiene competencia para decidir en última instancia acerca de la validez de las elecciones, pues contra sus decisiones procede con frecuencia alguna impugnación ante la jurisdicción ordinaria y/o constitucional.¹⁰

En tres casos (Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica, Consejo Supremo Electoral de Nicaragua y la Corte Electoral del Uruguay), las resoluciones del organismo electoral respectivo son definitivas e inatacables, por lo que no pueden ser objeto de revisión por órgano alguno. Por tanto, en los quince restantes, las decisiones del organismo electoral encargado de organizar los comicios (con independencia de que también disponga de competencia para resolver algunos medios de impugnación de naturaleza propiamente administrativa) son susceptibles de impugnación ante la justicia constitucional, la justicia administrativa o la justicia electoral especializada.

Instituto Federal Electoral (por lo que se refiere al encargado de organizar las elecciones en México).

⁹ Cfr. Orozco Henríquez, Jesús, “El contencioso electoral. La calificación electoral”, en Nohlen, Dieter *et al.* (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, IIDH, Universidad de Heidelberg, IDEA Internacional, TEPJF, IFE y Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 1152.

¹⁰ Véase Orozco Henríquez, Jesús, “Los sistemas de justicia electoral en el derecho comparado”, *Sistemas de justicia electoral: evaluación y perspectivas*, México, TEPJF, 2001, pp. 45-58.

Así, mientras Colombia es el único país donde las impugnaciones contra las decisiones del organismo electoral administrativo (el Consejo Nacional Electoral o la Registraduría Nacional del Estado Civil) se practican ante la justicia administrativa (el Consejo de Estado, cuyas resoluciones sí son definitivas e inatacables), en diez países las decisiones del respectivo organismo electoral administrativo y/o jurisdiccional son impugnables, por cuestiones de inconstitucionalidad, ante la justicia constitucional, que en la región se le encomienda generalmente a la Corte Suprema de Justicia respectiva y, sólo en algunos casos, a algún Tribunal Constitucional. En los cuatro países restantes (Chile, México, Perú y Venezuela), las decisiones del organismo electoral administrativo son impugnables ante la justicia electoral especializada, ya sea que tenga carácter autónomo —caso de Chile y Perú— o forme parte del respectivo Poder Judicial, como sucede en México y Venezuela.

II. SISTEMAS DE PARTIDOS POLÍTICOS

1. *Democracia interna de los partidos*

En estas tres décadas la región ha generado reformas con una tendencia cada vez mayor a pasar de procedimientos de designación de dirigentes y candidatos en manos de las cúpulas, al de elecciones internas (cerradas o abiertas) o, al menos, a través de convenciones. Mientras que trece países prevén legalmente que haya procedimientos democráticos para la selección de candidatos a cargos de elección popular, nueve sólo lo contemplan respecto de la selección de dirigentes.¹¹ Aun cuando los ordenamientos constitucionales y legales establecen determinadas bases y pautas generales o exigencias democráticas a seguir por los partidos políticos, igualmente delegan en los órganos competentes de los propios partidos su facultad de autoorganizarse y establecer en sus estatutos o cartas orgánicas las normas atinentes a su estructura y funcionamiento democrático interno.¹² Estos cambios, si bien han sido significativos y van por el camino correcto, al incrementar el carácter democrático, el control y la trans-

¹¹ Véase Zovatto, Daniel, “La democracia interna de los partidos políticos en América Latina”, *Revista Debates de Actualidad*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, núm. 188, junio-septiembre de 2002, p. 59.

¹² Véase Orozco Henríquez, Jesús, “La democracia interna de los partidos políticos en Iberoamérica y su garantía jurisdiccional”, México, UNAM-Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia, julio-diciembre de 2004, pp. 219-245.

parencia al interior de los partidos, siguen siendo parte de un proceso lento y gradual. Por ello, es necesario continuar con el fortalecimiento de las estructuras democráticas internas. Se parte de la premisa de que “la democracia de partidos requiere a su vez la democracia en los partidos”. La consolidación de la democracia en la región pasa, sin duda, por la ampliación de la democracia interna de los partidos políticos.

Un balance de la incorporación de prácticas de democracia interna en los partidos políticos de la región arroja resultados mixtos. Entre los efectos positivos debe destacarse que la introducción de elecciones internas competitivas ha refrescado las tradicionales estructuras oligárquicas, disminuido el grado de centralización del proceso de elección de candidatos en las cúpulas y facilitado la inclusión de otros actores en la toma de decisiones dentro del partido.¹³

Los efectos negativos de esta apertura en la vida de los partidos se manifiestan sobre todo en términos de su cohesión y armonía interna. Ciertamente, la adopción de prácticas democráticas en su interior ha significado, en muchos casos, el surgimiento de enfrentamientos entre las diferentes facciones partidistas, la fragmentación del partido e incluso su división. Además, y en relación con los resultados electorales, Colomer ha indicado que la inclusión de las elecciones internas no ha significado necesariamente un éxito electoral para los partidos latinoamericanos, ya que en algunos casos los candidatos seleccionados sobre la base de elecciones primarias tienden a ser relativamente poco populares o perdedores en las elecciones presidenciales correspondientes.¹⁴

2. *Financiamiento de los partidos políticos*

En lo formal, se aprecia un sistema predominantemente mixto, con una tendencia en favor del financiamiento público y una proclividad a acentuar los límites legales a las contribuciones privadas. Todos los países, excepto Venezuela, cuentan con financiamiento mixto, si bien en grados diferentes. Los métodos de distribución del financiamiento públi-

¹³ Freidenberg, Flavia, “Democracia interna en los partidos políticos”, en Nohlen, Dieter, *et al.* (comps.), *op. cit.*, p. 659.

¹⁴ Colomer, Josep, “Las elecciones primarias presidenciales en América Latina y sus consecuencias”, en Abal Medina, Juan y Cavarozzi, Marcelo (comps.), *El asedio a la política*, Konrad Adenauer, Buenos Aires, 2002, p. 119.

co directo en la región son fundamentalmente de tres tipos: proporcional a la fuerza electoral (en nueve países: Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Uruguay); un método combinado, en el que una parte se distribuye equitativamente entre los partidos y la otra de acuerdo con la fuerza electoral (en siete, Argentina, Brasil, Ecuador, México, Panamá, Perú y República Dominicana), y un tercer método es aquel en el que una parte se distribuye de manera proporcional a la fuerza electoral y otra de acuerdo con la representación parlamentaria (Paraguay).

La mayor parte de los países (16) establece restricciones sobre el origen de las contribuciones privadas, predominando las prohibiciones de donaciones de gobiernos, instituciones o individuos extranjeros y, en algunos, respecto de sociedades mercantiles, contratistas del Estado o fuentes anónimas. Además, ciertos países establecen límites al monto de las contribuciones privadas. Por otra parte, existe una tendencia en favor de controlar los disparadores del gasto electoral, estableciendo topes y acortando campañas, con resultados disímiles en los diferentes países.

Mientras ciertos temas han sido tratados adecuadamente, otros, en cambio, como el acceso equitativo a los medios de comunicación, cuentan en la mayoría de los casos con una regulación precaria o inexistente. En este sentido, surgen dos tendencias relevantes en los procesos de reforma: en primera instancia, la mayoría de los países confiere a los partidos espacios gratuitos en los medios de comunicación electrónicos, sobre todo en la televisión pública. Por otro lado, se observa la intención de otorgar este tipo de financiamiento indirecto exclusivamente para fines de propaganda electoral; sólo en Brasil, Colombia, México, Panamá y Perú la legislación electoral específica que el acceso de los partidos a los medios de comunicación es de carácter permanente. Incluso, en Brasil, Chile y México se prohíbe la contratación comercial de tiempo aire en los medios de comunicación para fines electorales. Sin embargo, en la mayoría de los países queda aún mucho por avanzar en la regulación referida al acceso a los medios, particularmente en razón de que los efectos alcanzados sobre la equidad en la contienda y sobre el control de los gastos electorales no parecen haber sido significativos.¹⁵

¹⁵ Cabe destacar las recientes reformas aprobadas en México en 2007, que cambian radicalmente la regulación que existía desde 1996. El régimen mixto que había establecido esa reforma y que permitía la compra de publicidad de manera exclusiva por los parti-

La región se ha caracterizado por la regulación abundante, acompañada de bajos niveles de transparencia, órganos de control débiles y un régimen de sanciones bastante ineficaz. Pese a los avances en la regulación del financiamiento y, en algunos países (como, en buena medida, México) en cuanto a los mecanismos de fiscalización, existe aún en América Latina una gran distancia entre las normas y las buenas prácticas. Por tanto, se debe avanzar en la línea de fortalecer los órganos de control y crear un verdadero y eficaz régimen de sanciones.

3. Mecanismos de discriminación positiva

En el caso de la participación política de la mujer, aunque un número significativo de países ha establecido medidas para asegurar la inclusión femenina en los espacios políticos (once en total: Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú y República Dominicana), se trata de un tema reciente sobre el cual aún no se pueden sacar conclusiones claras en cuanto a sus efectos en la región.

Antes de la aplicación de la cuota, el porcentaje de representación de mujeres en los parlamentos de estos países apenas alcanzaba 9%. Tras la adopción de las cuotas en la década de los noventa (Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Perú y República Dominicana) vieron cómo ese porcentaje promedio se duplicó, llegando a 18%. Honduras, país que las adoptó tiempo después, tuvo un incremento de 6 a 23%. Asimismo, según cifras de la Unión Interparlamentaria,¹⁶ la región tiene un promedio de participación femenina en cámaras bajas del orden de 19%. Un análisis más detallado revela que en los once países que han establecido cuotas en sus legislaciones la representación alcanza en promedio 22%, mientras en aquellos que no las han establecido apenas llega a 14%. Sin embargo, aunque importantes, estas cifras están lejos aún de garantizar una masa crítica de mujeres, con la excepción de tres

dos políticos, de manera paralela a tiempos en que el propio IFE los contrataba y gestionaba, y los ponía a disposición de los partidos, fue sustituido por reglas muy distintas en la última reforma electoral de 2007. En particular, la prohibición terminante de que los partidos puedan contratar publicidad en medios electrónicos de comunicación. Ésta, sin duda alguna, constituye la parte medular de la reforma de 2007 y es probable que será la de más impacto en el desarrollo del sistema de financiamiento en México en los próximos años.

¹⁶ Al respecto, véase: <http://www.ipu.org/wmn-e/world.htm>.

países: Costa Rica, Argentina y, recientemente Perú. Sin duda, América Latina debe seguir avanzando en la línea de garantizar la paridad de género, no sólo en la regulación sino fundamentalmente en la práctica política.

En materia de participación política de minorías étnicas, y en específico de las poblaciones indígenas, cabe señalar que los marcos normativos siguen siendo insuficientes para garantizar el acceso político a sectores que tradicionalmente han sido subrepresentados. Los siete países latinoamericanos que han realizado reformas sobre la participación política de las etnias son Bolivia, Colombia, México, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela. La ausencia casi total de normas referidas a la inclusión política de grupos étnicos sorprende, teniendo en cuenta que en América Latina la población indígena es aproximadamente de unos 40 millones de personas, equivalente a 8% de los números demográficos. En algunos países, estos sectores representan más de 40% de la población, como en Bolivia y Guatemala.¹⁷ Evidentemente, todavía queda mucho por hacer.

La dinámica política de los países de la región ha requerido procesos de reforma para incorporar otras formas de participación política fuera de los partidos, como movimientos políticos, agrupaciones y candidaturas independientes. El surgimiento y regulación de esas candidaturas ha significado el rompimiento del monopolio de los partidos a nivel presidencial en ocho países (Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Honduras, Paraguay, República Dominicana y Venezuela). A pesar de que su incorporación legislativa ha sido reciente, la experiencia muestra que el descrédito general de los partidos ha generado una aceptación importante de estas nuevas formas de participación, por lo cual es probable que futuros cambios deban considerar esta variable y ponderar el impacto que podría generar en el sistema de partidos políticos. Mientras que la mayoría de los países latinoamericanos todavía no contemplan candidaturas independientes para elecciones presidenciales, cabe señalar que la mitad sí las prevé para elecciones legislativas y la mayoría de ellos sí las aceptan para elecciones locales.

El transfuguismo político, identificado como uno de los principales problemas que enfrentan los partidos políticos de la región, no ha generado a la fecha instrumentos de reforma significativos. En efecto, a excepción de Bolivia, Ecuador y, más recientemente, Brasil vía jurisprudencial (los cuales establecen la obligación de todos los representantes de elec-

¹⁷ Bello, Álvaro, *Etnicidad y ciudadanía en América Latina. La acción colectiva de los pueblos indígenas*, Santiago de Chile, CEPAL-GTZ, 2004, p. 29.

ción popular a mantenerse fieles a los partidos que los postularon, bajo sanción de separación o pérdida de la calidad de diputado a quienes abandonen o sean expulsados del partido), existe un vacío importante de regulación. Sin embargo, y ante el crecimiento de este fenómeno en la vida partidaria, es probable que se vuelva de atención obligada en los siguientes procesos reformadores.

III. MECANISMOS DE DEMOCRACIA DIRECTA

El análisis de la experiencia latinoamericana muestra la progresiva incorporación de mecanismos de democracia directa en los órdenes normativos de la región. En particular, a principios de los años noventa cobró fuerza la tendencia a expandir dichos mecanismos en busca de mayores niveles de participación ciudadana para corregir la crisis de representación y enfrentar los problemas de gobernabilidad.

En relación con las instituciones de democracia directa, como la iniciativa legislativa popular, las consultas populares (como el plebiscito y el referendo, los cuales pueden ser “obligatorios” o “facultativos” y, a su vez, subdividirse en obligatorios en forma automática y obligatorios en forma acotada) y la revocatoria de mandato, mientras que doce países prevén, al menos, uno de esos mecanismos y éste o estos han sido utilizados, hay cuatro países (El Salvador, Honduras, Nicaragua y Paraguay) que, aun cuando también lo(s) contempla(n), todavía no lo(s) ha(n) utilizado. Por tanto, son sólo dos países (México y República Dominicana) los que no prevén mecanismo alguno de democracia directa a nivel nacional (en el entendido de que en México la mayoría de las entidades federativas sí contemplan este tipo de mecanismos, aun cuando los han utilizado escasamente).

En general, el uso a escala nacional de estos mecanismos ha sido más bien modesto y altamente concentrado en un número reducido de países. Asimismo, su aplicación ha obtenido un resultado mixto, oscilante entre intentos de manipulación neopopulistas por parte de los presidentes en algunos casos, y posiciones conservadoras o tradicionalistas en otros. En este sentido, en términos generales, la región debe todavía ganar madurez política a fin de ver los mecanismos de democracia directa como instrumentos para consolidar el sistema democrático, que complementan, pero no sustituyen, a las instituciones de la democracia representativa.

En época reciente, ha surgido una estrategia alternativa a la fórmula tradicional de la democracia constitucional liberal, que consiste en la refundación, por la vía de asambleas constituyentes y el uso estratégico de la democracia participativa, de una específica modalidad de Estado constitucional. Son los casos de Venezuela, Bolivia y Ecuador, que confrontan en buena medida los contenidos y métodos prácticamente del resto de las democracias latinoamericanas.

MECANISMOS DE DEMOCRACIA DIRECTA A NIVEL NACIONAL

<i>País</i>	<i>Iniciativa legislativa popular</i>	<i>Consulta popular (pebiscito/referendo)</i>	<i>Revocatoria de mandato</i>
Argentina	Sí	Sí	No
Bolivia	Sí No se ha utilizado	Sí	No
Brasil	Sí No se ha utilizado	Sí	No
Chile	No	Sí, sólo para reforma constitucional cuando hay desacuerdo entre Ejecutivo y Congreso	No
Colombia	Sí	Sí	No
Costa Rica	Sí No se ha utilizado	Sí	No
Ecuador	Sí No se ha utilizado	Sí	Sí, para diputados provinciales
Guatemala	Sí No se ha utilizado	Sí	No
Panamá	No	Sí	Sí, ¹ sí se ha utilizado
Perú	Sí No se ha utilizado	Sí	No ²

<i>País</i>	<i>Iniciativa legislativa popular</i>	<i>Consulta popular (pebiscito/referendo)</i>	<i>Revocatoria de mandato</i>
Uruguay	Sí No se ha utilizado	Sí	No
Venezuela	Sí No se ha utilizado	Sí	Sí, para todos los cargos
El Salvador	No	Sí No se ha utilizado	No
Honduras	No	Sí No se ha utilizado	No
Nicaragua	Sí No se ha utilizado	Sí No se ha utilizado	No
Paraguay	Sí No se ha utilizado	Sí No se ha utilizado	No
México	No	No	No
República Dominicana	No	No	No

¹ De acuerdo con el artículo 151 de la Constitución Política de Panamá, los partidos políticos pueden ejercer la revocatoria de mandato para destituir a los diputados que hayan postulado y los ciudadanos de un circuito electoral para revocar el mandato de los diputados de libre postulación.

² De acuerdo con el artículo 2, literal a, de la Ley 26300 y artículo 20 de la misma norma, existe la revocatoria del cargo de autoridades regionales y municipales.

IV. REFLEXIONES FINALES

Del análisis de los procesos de reforma política y electoral en América Latina se desprenden dos conclusiones principales. La primera, que durante las últimas décadas se han logrado avances importantes en materia de sistema electoral, sistema de partidos y mecanismos de democracia directa en el área latinoamericana, aunque con variaciones sustanciales entre los distintos países. La segunda, que la región aún tiene desafíos por enfrentar, para los cuales se requiere de nuevos procesos de reforma, junto al indispensable desarrollo de una nueva cultura política e institucional.

Esta nueva agenda de reformas debe cumplir con el objetivo de buscar la cooperación y un balance adecuado entre representación y gobernabilidad, así como entre estabilidad, representación y eficacia.

Debe asimismo ser capaz de dar respuesta a las tres crisis principales que atraviesa la región: 1) la crisis de representación, vinculada con el sistema electoral y los partidos políticos; 2) la crisis de rendición de cuentas, y 3) la crisis de eficacia relacionada con el Estado mismo. Hoy, como consecuencia de estas tres crisis y de la debilidad institucional que aqueja a la mayoría de los países de América Latina, si bien en grado diverso, éstos no cuentan con los mecanismos institucionales idóneos para enfrentar severas presiones políticas, sociales y económicas.

Durante los últimos años se puso demasiado énfasis en los aspectos de la representación y de la participación. Ahora es necesario que la región se preocupe por mejorar la gobernabilidad, en especial la capacidad de los sistemas electorales para formar coaliciones cuyo objetivo sea crear mayorías que respalden a los gobiernos sin perder representación.

Asimismo, la prioridad debe pasar por el fortalecimiento y la institucionalización del sistema de partidos. Al decir de Lipset, nada contribuye tanto a la credibilidad y a la consolidación de la democracia como el prestigio y la institucionalización de un sistema de partidos, y a la inversa, nada erosiona más la vida democrática como el desprestigio y la parálisis de los partidos y su incapacidad para ofrecer respuestas eficaces a las demandas de la ciudadanía. La sostenibilidad de la democracia, su profundización y consolidación demandan el fortalecimiento e institucionalización de los partidos políticos, no su extinción.

Diferenciando entre la legitimidad de entrada (*input*) y la legitimidad de salida (*output*), Nohlen advierte que el pensamiento reformista en América Latina, aun en democracia, parece estar impregnado por estrategias típicas del régimen autoritario: ante la crisis de legitimidad se tiende a ampliar los canales de participación (*input*), lo cual se corresponde con la tradicional actitud de desconfianza generalizada frente al Estado por parte de la sociedad. Tal tendencia se confirma con la progresiva conceptualización de la participación como una característica adicional y no inherente a la democracia representativa. La así llamada “democracia participativa o directa”, sin embargo, desestima los problemas de gobernabilidad democrática. Mientras no se resuelvan los problemas de gobernabilidad y de rendimiento de los gobier-

nos democráticos (*output*), la consolidación democrática en la región será siempre un tema pendiente. De ahí que las propuestas de reforma tienen que reordenar las prioridades en sus orientaciones y privilegiar el mejoramiento de la gobernabilidad democrática a través del aumento de la efectividad de los sistemas políticos.

Las funciones prioritarias en el momento histórico que atraviesa la región son, por tanto, fortalecer las instituciones políticas para aumentar su efectividad y eficiencia, y con ello aumentar su legitimidad. De ahí la necesidad de *una sociedad civil comprometida con la democracia* que no menosprecie los mecanismos institucionales de representación. Estoy convencido de que eventos como el presente contribuyen en tal dirección.

LAS EVOLUCIONES DE LOS SISTEMAS
DE PARTIDOS, EL SISTEMA ELECTORAL
Y LAS INSTITUCIONES DE LA DEMOCRACIA
DIRECTA EN AMÉRICA LATINA

Julio César ORTIZ GUTIÉRREZ*

SUMARIO: I. *Aproximación conceptual*. II. *La evolución continental de la democracia y el presidencialismo*. III. *El derecho constitucional y las nuevas tendencias en los sistemas de partidos, el sistema electoral y las instituciones de la democracia directa en América Latina*. IV. *Las nuevas tendencias del derecho constitucional en los países de la subregión andina*. V. *La evolución constitucional reciente en Colombia*. VI. *Bibliografía*. VII. *Anexos*.

I. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

1. El objeto de esta ponencia es el examen de las recientes oportunidades, los desafíos, los dilemas y los riesgos de la democracia constitucional liberal en América Latina, especialmente en los países de la subregión andina que han adoptado nuevas Constituciones o que han reformado las existentes para asegurar nuevas formas de organización estatal, de participación democrática y electoral y de reelección presidencial.¹

2. Desde luego, no se trata de examinar las nuevas tendencias del constitucionalismo de América Latina para profundizar y enriquecer el conocimiento sobre las distintas trayectorias, características y experien-

* Univeridad Externado de Colombia.

¹ Seminario Internacional “Nuevas tendencias del constitucionalismo en América Latina”, Ciudad de México, marzo 18, 19 y 20 de 2009.

cias de la región después de los treinta años de desarrollo de los cambios políticos y de las transformaciones constitucionales en América Latina, lo que se ha hecho en varios eventos académicos organizados por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Se trata de poner en claro cuáles son las más recientes y las principales estrategias e instituciones del constitucionalismo y del orden político de las democracias constitucionales en los países de la región, y determinar si aquéllas configuran o no nuevas tendencias del derecho constitucional en las materias relacionadas con los regímenes de partidos, los sistemas electorales y las instituciones de la democracia directa, entre otros.²

3. En efecto, ante la nueva agenda de reformas que necesitan los países del continente en materia política y electoral, y con base en el examen de la trayectoria típica de construcción de la democracia constitucional liberal de los años que examinamos, se debe dar respuesta preliminar a interrogantes como los siguientes:

- a. ¿Cuáles son las nuevas tendencias del derecho constitucional en materia de los sistemas electorales, de los sistemas de partidos y de los mecanismos de democracia directa?
- b. ¿Cuál es la tipología o cuáles son los criterios de comparación, las instituciones, los sistemas y los procedimientos electorales que se han introducido en los países del continente?
- c. ¿Cuáles son sus principales innovaciones en materia de los sistemas de organización de elecciones y de solución de conflictos electorales?
- d. ¿Cuál es la evolución de los sistemas de partidos y el reconocimiento de formas alternas de organización política y la tensión entre partidos y movimientos sociales?

² Este esfuerzo de los constitucionalistas latinoamericanos a estas alturas del avance del siglo XXI, no es reciente ni se reduce a esta reunión en México; especialmente, cabe destacar como antecedentes inmediatos, las notables actividades que en este orden de ideas y durante todo el año 2008, realizaron el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional en Bogotá, Santiago y San Salvador. Las ponencias de los eventos de Bogotá y Santiago de Chile ya aparecen publicadas por el Centro de Estudios Constitucionales de Chile y por la Universidad Externado de Colombia respectivamente.

II. LA EVOLUCIÓN CONTINENTAL DE LA DEMOCRACIA Y EL PRESIDENCIALISMO

1. Como se ha señalado por la doctrina del derecho constitucional latinoamericano,³ en general con fines metodológicos y para atender interrogantes como los anteriores, se advierte que el proceso continental de consolidación de la democracia se ha dividido en tres segmentos o momentos históricos con sus respectivas características propias e influencias mutuas, así:

a. En los primeros años de este periodo 1978-1988, se produce el más importante movimiento de instauración constitucional de regímenes políticos civiles en casi todos los países de la región, de una parte, y se arriba a la consolidación democrática de sus instituciones, de otra. Además, durante esos diez años iniciales se reconocen en el nivel constitucional los derechos humanos y los instrumentos de tutela y amparo constitucional.

De otra parte, se produce la inserción o reformulación de los instrumentos de la democracia representativa con serias instituciones y procedimientos electorales, lo mismo que el inicio de reajustes en las estructuras políticas y de gobierno de los países con el diseño de nuevos poderes ejecutivos, legislativos y judiciales y con la modificación profunda de los instrumentos constitucionales para las aperturas y las desregulaciones económicas.

También, durante este periodo histórico se configura un nuevo equilibrio en las economías y de los modelos de la hacienda pública con fuertes tendencias en favor de las privatizaciones, de las desregulaciones y en general con el predominio de las tendencias orientadas a abrir las economías a los capitales privados internacionales y de internacionalizar los procesos económicos y de comercio.

b. En la segunda década 1988-1998, se produce una muy notable la expansión de las instituciones de garantía de los derechos humanos y de

³ Véase, Nogueira Alcalá, Humberto (coord.), *La evolución político-constitucional de América del Sur 1976-2005*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, y Librotecnia, Chile, 2009; además, Carpizo, Jorge, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007; Valadés, Diego, *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005; Valadés, Diego y Serna, José María (coords.), *El gobierno en América Latina ¿Presidencialismo o parlamentarismo?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2000.

sus instrumentos y mecanismos de protección y defensa; además, en la región también se produce un muy rico movimiento de reforzamiento de sus garantías judiciales que incluye la justicia constitucional en sus diversas proyecciones y esferas normativas.

Durante este tiempo y en la mayor parte de los países del continente se imponen varias formas de expresión política de la diversidad cultural, el pluralismo y las competencias políticas de los varios grupos sociales y territoriales.

En el desarrollo de esta parte del proceso de democratizaciones y de institucionalización de la democracia en el continente, se asegura la consolidación de los sistemas electorales pluralistas y democráticos, la renovación electoral de los gobiernos y la sustitución democrática de los gobernantes; durante este tiempo comienza la nueva institucionalización de los partidos y movimientos políticos y sociales.

Además, en la mayor parte de los diecinueve países de la región se asegura la incorporación de las instituciones modernas de la democracia participativa y deliberativa y se introducen nuevos reajustes, reacomodos a los viejos y tradicionales conflictos en la estructura del Estado en favor de la democracia territorial y local; en este sentido se introducen instituciones como los llamados órganos constitucionales autónomos e independientes y los organismos constitucionales de control.

c. En el decenio de 1998-2008, a las nuevas instituciones constitucionales de las democracias de la región se agregan otras instituciones orientadas a establecer los nuevos equilibrios entre los poderes públicos tradicionales y se aseguran mejores condiciones en favor de la independencia judicial y la lucha contra la corrupción pública y privada.

d. De otra parte, es evidente que en estos últimos diez años se han consolidado las nuevas agendas económicas y sociales elaboradas de modo diverso entre los gobiernos de los países de la región para enfrentar los endémicos y dolorosos contextos de pobreza y desarrollo humano insuficientes; también es evidente el fortalecimiento reciente de nuevo fenómeno del desafío de los poderes fácticos que limitan la “estatalidad” y la calidad de la democracia, e incluso que obligan a repensar el papel del Estado en la economía.

Ha sido evidente que la mayor parte de los gobiernos de la región han sacrificado el cumplimiento de los cometidos constitucionales del estado social de derecho orientados hacia el desarrollo humano y económico

sostenible, en favor del establecimiento y ejecución de las políticas económicas del crecimiento de los mercados, con prevalencia de las reglas en favor de la productividad y la competitividad privadas y con la configuración de estados mínimos.

Igualmente últimamente se ha configurado o acentuado la tendencia hacia la presidencialización de las instituciones constitucionales que orientan la regulación del régimen de comercio exterior, de aduanas y de cambios internacionales así como del manejo de la moneda y del crédito público y privado, todo lo cual ha transformado los modelos económicos del intervencionismo tradicional y orgánico, en modelos presidenciales de disposición y de control de los mercados, pieza esencial de las economías y del poder político en el mundo de hoy.

2. Los enfoques recientes del derecho constitucional de América Latina, elaborados después de consolidada la tercera ola de democratización en el continente, han formulado interrogantes, entre otros temas, sobre los siguientes, que son la materia específica de esta ponencia, así:

- a. ¿Cuál ha sido la evolución político constitucional de los estados de la región?
- b. ¿Cuáles han sido las modificaciones a los regímenes de gobierno y a los sistemas de partidos?
- c. ¿Cuáles han sido los principales cambios en los sistemas electorales y cual ha sido la evolución de la democracia representativa?
- d. ¿Cuáles son las consecuencias de la introducción de las instituciones de la democracia directa?

3. De otra parte durante todo este periodo de treinta años ha sido evidente la influencia del constitucionalismo europeo, especialmente de España, Italia, Alemania y Portugal con la introducción de nuevas instituciones relacionadas con la jurisdicción constitucional, con la adopción del concepto y las instituciones del Bloque de Constitucionalidad, el reconocimiento de los derechos de nueva generación o los nuevos derechos como el *habeas data*, la protección especializada de los derechos humanos como con el defensor del pueblo, la independencia técnica y política de los varios tipos de Ministerio Público y algunas instituciones propias de los sistemas parlamentarios como las interpelaciones a los ministros, el voto de confianza y la censura, la segunda vuelta y la mayoría absoluta para la elección del presidente de la re-

pública, los consejos de la judicatura, la judicialización de los conflictos electorales y las funciones autónomas de fiscalización de la gestión administrativa de los poderes públicos y del manejo de los recursos naturales.

En efecto, la mayor parte de las reformas a los regímenes de gobierno en la región se han dedicado al establecimiento de algunas importantes diferencias de fondo, pero en ellas predominan las reformas de forma y buena parte de éstas provienen del derecho constitucional europeo.

4. A pesar de la introducción de reformas enderezadas a racionalizar nuestros regímenes políticos en materia de las relaciones Ejecutivo-Legislativo, y de que también se han introducido nuevos y muy variados órganos y organismos de control y de entidades autónomas e independientes, como en el control de los partidos y movimientos políticos y de dirección, la vigilancia y control de las elecciones, no se aprecian nuevas tendencias que pretendan desconocer el predominio del régimen de gobierno presidencial, ni a proponer que éste no siga siendo el modelo vigente en todos los países de América Latina.

También se encuentran formas complejas de presidencialismo como los presidencialismos de coalición, presidencialismos con elementos parlamentarios, presidencialismos acentuados y presidencialismos hegemónicos, pero en todos ellos dominan sus elementos esenciales y en todos estos es marcado el acento presidencialista.⁴

5. Recientemente y en materia de los regímenes políticos o de gobierno de los países de América Latina, no se han producido cambios de mayor alcance y trascendencia que los desvirtúen en sus componentes es-

⁴ Además, es preciso tener en la cuenta los trabajos conjuntos adelantados por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México y el Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral IDEA Internacional que aparecen contenidos en los dos exhaustivos volúmenes publicados en 2006 y 2008 que se ocupan de la regulación jurídica de los partidos políticos y de la reforma política y electoral en América Latina sobre los cuales girará buena parte de esta ponencia; también se debe tener en cuenta como documento de capital importancia para esta ponencia el *tratado de derecho electoral comparado de América Latina* publicado en 2007. Véase Zovatto, Daniel (coord.), *La regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina*, México, UNAM, 2006; Zovatto, Daniel y Orozco Henríquez, J. Jesús (coords.), *Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007*, México, UNAM, 2008. Además, puede consultarse sobre estos temas el *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007. Nohlen, Dieter, Zovatto, Daniel, Orozco, Jesús y Thompson, José (comps.). Este trabajo fue coeditado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, la Universidad de Heidelberg, Internacional IDEA, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y el Instituto Federal Electoral.

tructurales y sustanciales mayores, ya que no obstante los importantes ajustes introducidos y las significativas reformas adoptadas en los últimos años, ellas no alcanzan a desmontar sus piezas esenciales que indican que son presidenciales y predominantemente democráticos.⁵

En algunos de los países que examinamos se reconoce la paulatina y acelerada configuración de especies de neo presidencialismos o de hiperpresidencialismos mediáticos de contenido personalista como en el caso de Venezuela y de Colombia que desconocen las bases del equilibrio de poderes, que debilitan los pesos y los contrapesos, y en los que los derechos humanos y su protección resultan afectados.

6. La democracia representativa ha constituido una variable central en el proceso de democratización desde el inicio de la tercera ola de democratización que se mide desde 1978; además, la consolidación de las instituciones constitucionales de la democracia representativa y del Estado de derecho, ausentes durante buena parte del siglo XX en varios de los países de la región, constituye una variable central en el proceso de democratización en América Latina; ahora bien, la nueva introducción de las ideas de la representación democrática y la reciente existencia de unas sociedades liberales en el continente se ha visto afectada por varias deficiencias en materia de instituciones y de procedimientos de control a los gobernantes y a la administración, y de protección integral de los derechos de los gobernados.

7. En esta ponencia también examinamos las transformaciones de los llamados países bolivarianos o de la subregión andina e identificamos las nuevas tendencias de modificación de las Constituciones en los mencionados países, pues en estos países, los últimos diez años (1999-2009), se han producido profundas modificaciones constitucionales de carácter sustancial y orgánico, que permiten indicar que en algunos de aquellos se han desfigurado varios de los elementos sustanciales de los modelos tra-

⁵ Este examen se hace desde una perspectiva comparativa en atención a la existencia de varios y diversos procesos y proyecciones del constitucionalismo regional en tiempos de democratización global y de consolidación democrática, que ya alcanzan los treinta (30) años de evolución continuada, sin que se reduzca a la presentación formal de los textos normativos de estas democracias. Además, las reflexiones que presentamos en este seminario no se ocupan de las tradicionales descripciones de este tipo de instituciones, sino de manifestar las especificidades y características propias de varios de los países de la región, de una parte, de sus grandes trayectorias y de sus más notables líneas de experiencia, de otra.

dicionales de presidencialismo latinoamericano aplicado en estos países cuando han disfrutado de la democracia.

Al respecto, se advierte la existencia en estos países de una nueva ola en esta parte del continente, caracterizada por modalidades notables de presidencialismo mediático y por un fuerte vigor económico del Poder Ejecutivo en las que se evidencia:

- a. La tendencia hacia la concentración personal de poder en cabeza del presidente de la República.
- b. El fortalecimiento de los gobiernos personalistas.
- c. El paulatino desarraigo de la democracia representativa y la desconfianza y la ilegitimidad provocada de los partidos políticos.
- d. La diáspora o la dispersión anárquica de las elites políticas tradicionales, de una parte, y la promoción de coaliciones y de gobiernos divididos o compartidos, de otra.
- e. Además, se observa la introducción de instituciones que provocan la movilización masiva de los gobernados y de las sociedades en general, comandados por los gobernantes mismos, con la puesta en funcionamiento de instituciones de la democracia directa como los referendos reformativos de la Constitución altamente cargados de ideologías y los mal llamados referendos revocatorios de los funcionarios de origen político en lo que se ha llamado el poder de la calle y de la movilización social en un época de predominio de los grandes medios de comunicación masiva.

III. EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LAS NUEVAS TENDENCIAS EN LOS SISTEMAS DE PARTIDOS, EL SISTEMA ELECTORAL Y LAS INSTITUCIONES DE LA DEMOCRACIA DIRECTA EN AMÉRICA LATINA⁶

1. Como se indicó más arriba, en las tres décadas mencionadas (1978-2008) en los países de América Latina se han producido varias reformas en materia de los sistemas de regulación de los partidos políticos y de los regímenes electorales con diferentes resultados y consecuencias que aun dejan muchas expectativas por resolver. También en algunos países de la región se han modificado varias Constituciones para introducir mecanis-

⁶ Véanse cuadros 1 y 2 anexos.

mos en los que se incorporan las instituciones de la llamada la democracia directa y las reglas que autorizan la reelección presidencial inmediata, todos con resultados y consecuencias de diverso contenido y objeto de consideraciones de orden mixto.

Además, muy recientemente se han producido serios movimientos de cambio constitucional en los países de la región andina y respecto de ellos cabe observar la necesidad de evaluar los movimientos ocurridos entre finales de 2008 y los inicios de 2009 en Bolivia, Ecuador, Venezuela y Colombia en los que se adoptaron unas nuevas Constituciones en el caso de los dos primeros países, y se reformaron o se adelantan reformas constitucionales sobre las instituciones de la reelección presidencial inmediata en los dos últimos.⁷

2. Aquí cabe reiterar que en el inicio de esta primera década del siglo XXI en Venezuela, luego en Bolivia y ahora en el Ecuador se hizo evidente la formulación y puesta en práctica de una estrategia alternativa que se orienta hacia la supuesta refundación del estado constitucional con modalidades y variante extrañas a las tradiciones y configuraciones de los estados liberales de derecho en la subregión andina.

Entre otros conceptos nuevos que comienzan a ser aplicados en estos regímenes constitucionales se destaca que la noción de estado social, democrático y constitucional de derecho ahora se acompaña de la noción de estado de justicia y estado comunitario y se invocan nuevos paradigmas sobre el derecho y la participación social y ciudadana. También se ha puesto énfasis en las nuevas nociones de pluralismo normativo, social, étnico, territorial y político con las cuales se han fundamentado los nuevos derechos de las poblaciones indígenas y de grupos étnicos y de las comunidades ancestrales de campesinos.

También en las nuevas Constituciones, especialmente en las de Ecuador y Bolivia se han incorporado las nociones de estado comunitario y plurinacional. Por ello, se han incorporado instituciones de regulación de

⁷ El 26 de diciembre de 2008, en Colombia se adoptó una reforma constitucional con la cual se suspenden con muy pocas excepciones, los concursos de méritos y los regímenes de incorporación de los servidores públicos al Estado por mérito y por oposiciones. En dicha reforma se decretó la incorporación automática y sin concurso ni oposiciones a los destinos estatales del servicio público de quienes de encontraban en ejercicio de los cargos oficiales con anterioridad al inicio del trámite de la reforma. Se dice que esta es una reforma preparatoria de la reforma que habilitará la reelección inmediata y continuada por segunda vez del presidenta Álvaro Uribe Vélez pues se asegura un buen número de votantes presentes en las nominas oficiales.

los derechos e instituciones de las comunidades indígenas y ancestrales y de promoción de la democracia directa y participativa con especial énfasis en los derechos de aquellas comunidades y en varias hipótesis de sus territorios como veremos más adelante.

3. En opinión de Zovatto y Orozco,⁸ en los últimos años se han consolidado las tendencias en favor de la elección presidencial por vía de régimen de la mayoría absoluta y a dos vueltas, pero en varios de los países en donde se incorporó esta figura se han generado problemas de gobernabilidad por la falta de coherencia y de relación política directa con las elecciones de los poderes legislativos.

En este sentido también se ha consolidado la nueva tendencia que refleja el casi absoluto predominio de las varias especies de simultaneidad de la elección de los órganos del Poder Legislativo con la elección presidencial, de una parte, y de la elección presidencial por mayoría absoluta y a dos vueltas, de otra. En el mencionado estudio se advierte que durante las últimas décadas se han logrado avances importantes en estas materias, especialmente y como veremos más adelante, en cuanto hace a los regímenes de integración y elección legislativa y elección y reelección presidencial.

De igual modo, la mayoría de las Constituciones de los países de América Latina permiten la reelección presidencial; en este sentido, se observa que en catorce Constituciones se permite la reelección presidencial y sólo en cuatro está prohibida. Además, en sólo siete países esta permitida la reelección inmediata y en los otros siete también esta permitida pero no inmediata.

4. Es evidente la tendencia a incorporar instituciones que favorecen la reelección presidencial en varias modalidades como la inmediata que ya ha sido adoptada en siete países; la reelección inmediata e indefinida sólo ha sido adoptada en Venezuela y, en Colombia, ahora, se tramita una reforma constitucional para permitir la reelección presidencial inmediata hasta por dos veces consecutivas.

En efecto, en el régimen de Venezuela y con la reforma introducida en 2009 a la Constitución de 1999 que la admitía de modo inmediato y por una sola vez, a pesar de la derrota del referendo reformativo anterior, se

⁸ *Op. cit.*, p. 193.

acaba de autorizar para periodos de seis años la reelección inmediata del presidente de la república.⁹

Así las cosas, un cuando no predomina la reelección presidencial inmediata, es clara la reciente consolidación de la tendencia regional hacia su establecimiento como ocurre con las últimas reformas constitucionales de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, República Dominicana y Venezuela.¹⁰

5. Ahora, en la nueva Constitución de Bolivia se establece la elección directa del presidente y del vicepresidente para un periodo de cinco años, mediante el voto obligatorio, universal, directo y secreto; esta elección se hace bajo el régimen de mayoría absoluta y a dos vueltas, pero con umbral reducido del cuarenta por ciento y ventaja del diez por ciento sobre el contendor más cercano. Además, en la nueva Constitución de Bolivia se admite la reelección inmediata y continua pero por una sola vez (artículos 166 y 168).

En este mismo sentido en la nueva Constitución del Ecuador se establece un mecanismo similar, pues en el sistema que será empleado para la elección del presidente y del vicepresidente establece que aquella elección se hace para periodos de cuatro años en una misma formula o papeleta, por mayoría absoluta y a dos vueltas, pero, de igual modo, con umbral reducido al cuarenta por ciento y una diferencia mayor del diez por ciento frente a la segunda papeleta más votada. También se autorizó la reelección inmediata y por una sola vez del presidente de la república (artículos 143 y 144).

6. Cabe indicar que la mayor parte de los países de la región sufren profundas crisis en materia de representación política y democrática, generada por deficiencias en la regulación de los sistemas electorales y de los partidos políticos y por su ineficacia práctica; esta crisis también se

⁹ Cabe recordar que en Colombia se adelanta un proceso de reforma constitucional por vía del doble referendo propositivo y aprobatorio que permitiría la reelección inmediata y por segunda vez consecutiva del actual presidente.

¹⁰ Obsérvese que en el régimen político constitucional de Colombia, cuando menos desde 1886, nunca de admitió la llamada reelección presidencial inmediata hasta su muy reciente establecimiento por la reforma de 2004 y que en los dos intentos de extensión de los periodos presidenciales de los dos jefes y caudillos Rafael Reyes (1910) y Gustavo Rojas (1957) por Asambleas Constituyentes con el propósito de prorrogar su permanencia en el cargo, estos intentos significaron su salida del poder y el restablecimiento de la gobernabilidad democrática y de las coaliciones de los dos partidos tradicionales.

expresa en la falta de transparencia y de control en la organización y funcionamiento de los partidos políticos y de los organismos estatales que los vigilan.

Varias de estas reformas en materias relacionadas con el sistema de partidos políticos expresan y configuran de modo lento y gradual una tendencia cada vez mayor de afirmación de la transparencia y del control democrático interno, consistente en establecer procedimientos de designación de candidatos y autoridades de los partidos en actividades y eventos ampliados ya sea a la estructura interna de la organización partidista o con la participación abierta de los electores en general.¹¹

También se ha pasado de las viejas estructuras de clientelas internas y de jerarquías tradicionales establecidas de modo vertical, a la adopción de procedimientos electorales internos de naturaleza democrática para desmontar las prácticas del poder tradicional de los partidos.

Esta tendencia de transparencia y control democrático en los partidos se ha incorporado en varias Constituciones en las que se establece como condición de reconocimiento de la personalidad jurídica y del ejercicio de los derechos políticos de dichas organizaciones y aun a los llamados movimientos políticos y sociales. En todo caso se reconoce que esta tendencia ha sido positiva para avanzar hacia la superación de las viejas prácticas de selección informal y discrecional de los aspirantes a candidatos.¹²

La nueva Constitución política del Ecuador regula de modo ciertamente novedoso el tema de las organizaciones políticas en sus artículos 108 a 112; en estas nuevas disposiciones se imponen a los partidos y movimientos políticos nuevas obligaciones y elementos de configuración que van más allá de la tradicional exigencia democrática sobre su organización y estructura internas, como son los elementos de la paridad entre hombres y mujeres en su dirección, la garantía de la alternabilidad y la rendición de cuentas ahora exigidos. Además, se les exige que adopten

¹¹ Como lo advierten Zovatto y Orozco, “El tema de la democracia interna de los partidos es uno de los que en los últimos años ha cobrado mayor relevancia en América Latina. Con la premisa de que los partidos y los Estados deben buscar mecanismos que contribuyan a mejorar el funcionamiento del Estado democrático y representativo, la legislación y la práctica política de la región han ido incorporando mecanismos de democracia interna en la vida de los partidos políticos. Se parte de la idea de que “la democracia de partidos requiera a su vez de democracia en los partidos”. *Cfr. op. cit.*, p. 143.

¹² *Cfr. Zovatto y Orozco, op. cit.*, p. 146.

expresiones ideológicas, políticas y filosóficas incluyente y no discriminatorias; a los partidos se les exige que su estructura sea nacional, que definan su programa de gobierno y que mantengan el registro de sus afiliados, los cuales cuando menos deben ser 1.5% del registro electoral utilizado en el último evento electoral. Requisitos menos rígidos y extensos se fijan en la Constitución para los movimientos políticos.

De igual manera, la Constitución del Ecuador permite la financiación de los partidos y movimientos políticos con recursos de sus afiliados y simpatizantes y con recursos estatales de conformidad con los requisitos que establezca la ley. Los movimientos políticos requieren para recibir igual trato que los partidos políticos que obtengan en dos elecciones plurinominales sucesivas cuando menos el cinco por ciento de los votos válidos a nivel nacional. También en la nueva Constitución del Ecuador se establece la obligación de la realización de procesos electorales internos o de elecciones primarias (artículo 108).

7. En el caso de la nueva Constitución de Bolivia, en el artículo 26 se establece el listado de derechos políticos de los ciudadanos y ciudadanas que comprende la organización con fines de participación política y el respeto a los procedimientos de la democracia comunitaria y a los procesos electorales propios y especialmente los de la elección de los representantes de las naciones y rublos indígenas (artículo 209). Además, en el capítulo segundo del título IV de esta nueva Constitución se establecen las reglas sobre la representación política entre las que se advierte que la postulación de los candidatos a los cargos públicos electos requiere de la postulación de las organizaciones de las naciones y pueblos indígenas, de las agrupaciones ciudadanas y de los partidos políticos que en todo caso deben tener una organización democrática. Allí se establece que en estas organizaciones, agrupaciones y partidos deben realizarse elecciones internas en las que se respete el derecho a la participación igual de hombres y mujeres. Para el caso de las organizaciones de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos se establece que la elección de sus candidatos se hará de conformidad con sus normas propias y con las de la democracia comunitaria (artículo 210).

De igual modo, la Constitución de Bolivia se establece que el órgano electoral supervisará el estricto cumplimiento de las disposiciones normativas de los pueblos y naciones indígenas.

8. En algunos de los países se han introducido instituciones que aseguran la presencia electoral de representantes de grupos sociales significativos y de las minorías o grupos étnicos y poblacionales o de representantes de género como en el caso de Colombia con los representantes de los pueblos indígenas o de los residentes en el exterior y las leyes de cuotas en la administración de justicia y en la administración pública en general. Es lo que la doctrina ha llamado discriminación positiva se han establecido mecanismos para asegurar la presencia de la mujer y la equidad de género y de las minorías étnicas aun cuando se advierte que buena parte de estas regulaciones son aun insuficientes y pobres.

En el caso de la nueva Constitución de Bolivia, se establece que en el Tribunal Supremo Electoral que estará integrado por siete miembros deben tomar sientos dos miembros de origen indígena originario campesino (artículo 206).

Además, se han establecido aun cuando con varias deficiencias prácticas, sistemas de representación proporcional que ha permitido el acceso de los partidos y de los movimientos políticos minoritarios a los destinos de representación democrática y el aumento de los partidos con representación y legitimidad electoral efectiva.

Este tipo de reformas han planteado en algunos casos serios problemas de gobernabilidad y de bloqueo progresivo a los gobiernos. En este sentido también es evidente el predominio de las instituciones de la representación proporcional y las listas cerradas y bloqueadas como instrumentos para la elección de los congresos y de los organismos colegiados de origen electoral así como el predominio de las reglas de la simultaneidad en las elecciones de los poderes ejecutivos y legislativos.

9. En varias Constituciones se admite la inscripción de candidaturas independientes y de actores externos a los partidos y movimientos políticos por mecanismos como los de las firmas de respaldo y por estos mecanismos han arribado a la presidencia de la república candidatos sin partido organizado y con ellos se ha profundizado el desprestigio de los partidos o el surgimiento de estructuras partidistas muy frágiles y *ad hoc*.

Además todas estas instituciones han permitido la configuración de prácticas perniciosas de transfuguismo y la presencia de candidaturas de actores eventuales y de protagonistas accidentales de la actividad política que tienen

éxito inmediato pero fugaz por la vigorosa presencia de los medios masivos de comunicación.

Recientemente, como ocurre con el proyecto de nueva reforma política en Colombia se busca institucionalizar de nuevo a los partidos políticos con reglas como la de la dependencia de la personería del partido o del movimiento político con la exigencia de un umbral que oscila entre el tres y el cinco por ciento de los votos depositados en una elección y la obtención de un número mínimo de curules.

10. De otra parte y a pesar de la paulatina y abundante incorporación de principios y de reglas constitucionales en favor del control y del soporte público de la financiación de los partidos políticos, aun no ha sido posible superar la grave problemática de esta materia en la región, pues todavía existen organismos de control débiles y regímenes de sanciones ineficaces para impedir la presencia de recursos ilegítimos o de origen ilícito o de desequilibrios en la participación de las varias fuentes privadas o públicas de financiación de los partidos y de las campañas electorales.

Es evidente la ausencia de controles y de correctivos eficaces de una parte y la permanente ocurrencia de escandalosas situaciones de infiltración de dineros de los grupos mafiosos de narcotraficantes de otra en algunos países como en Colombia, o de dineros pertenecientes a grupos de importantes burócratas contratistas estatales y de empresarios que asaltan las necesidades de financiación de los partidos y movimientos políticos y de las elecciones para controlarlos y así capturar al estado a las instituciones gubernamentales.

11. Sin duda en varios de los países de la región se encuentran serias situaciones de déficit democrático que afectan la configuración de los regímenes de partidos políticos que desfiguran las relaciones entre el Poder Ejecutivo y los poderes legislativos y judiciales, hasta configurar nuevas especies de híperpresidencialismos y varios tipos de deficiencias en materia de las instituciones y los procedimientos de control a los gobernantes y a la administración, y de protección integral de los derechos de los gobernados.

12. De igual modo se advierte la tendencia a la incorporación de instrumentos de la democracia directa y de la democracia participativa,¹³ en este sentido es evidente que a pesar de la tradicional configuración de la

¹³ Véanse, cuadros 3 y 4 anexos.

mayor parte de las naciones de la región como democracias representativas en el periodo que examinamos se han introducido en los ordenamientos constitucionales instituciones, derechos e instituciones de la llamada democracia directa para permitir a los ciudadanos su participación en los procesos de adopción de decisiones de carácter y naturaleza pública. Dichas decisiones pueden tener alcance normativo o administrativo y van más allá de la tradicional función de elegir y ser elegido que se predica de la democracia representativa.

La gran mayoría de las Constituciones latinoamericanas han introducido las instituciones de la democracia directa en los treinta años de evolución democrática y la mayor parte de estos han hecho uso de los mismos pero la tendencia dominante es la de su empleo en los niveles local y territorial.¹⁴

Especialmente los llamados referendos reformativos de la Constitución provocados de modo vertical por los mismos gobernantes para prolongar sus periodos presidenciales o para suprimir instituciones tradicionales de la democracia representativa.

En este sentido, en la nueva Constitución Política de Bolivia se establecen las instituciones de la democracia directa y participativa del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria del mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa; también se incorporan conceptos nuevos como los de la democracia comunitaria que consiste en que por medio de elecciones, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígenas originarios y campesinos entre otros (artículos 11 y 26 numerales 3 y 4).

En la nueva Constitución del Ecuador se establece el título IV dedicado a regular la participación y organización del poder y un capítulo específico

¹⁴ Zovatto y Orozco sostienen que "...en cuanto a los resultados de la aplicación de éstos mecanismos cabe destacar que en nuestra región han tenido un resultado mixto, oscilante entre intentos de manipulación neopopulista y posiciones conservadoras y tradicionalistas. De esta forma como lo demuestra la práctica latinoamericana, los mecanismos de democracia directa pueden significar un elemento distorsionador en ausencia de instituciones democráticas representativas eficientes fundadas en un sistema de partidos políticos estable y correctamente arraigado en la sociedad. Hace falta, por lo tanto, llevar a cabo un proceso de reforma en materia de democracia directa dirigido a democratizar el empleo de estos institutos, es decir, volverlos más accesibles a la ciudadanía". *Cfr., op. cit.*, p. 143.

co dedicado a lo derechos de participación y dentro de ellos incluye el derecho a la consulta y a la revocatoria del mandato; además en el mencionado título la constitución del Ecuador se regula de manera exhaustiva la llamada participación democrática y se autorizan las audiencias públicas, las veedurías, las asambleas, los cabildos populares, los consejos consultivos, los observatorios y otras instancias ciudadanas (artículo 100). En el artículo 103 dedicado a la democracia directa regula las instituciones de la iniciativa popular en materia legislativa y de reforma constitucional, la consulta popular y la revocatoria del mandato.

13. En estas dos nuevas Constituciones se establecen además los derechos y las instituciones de la democracia directa de las llamadas naciones y pueblos indígena originario campesinos a ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles y especialmente el derechos a la consulta previa obligatoria respecto de la explotación de los recurso naturales no renovables en el territorio que habitan (artículo 15 de la nueva Constitución de Bolivia).¹⁵

En este mismo sentido la nueva Constitución del Ecuador reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, entre otros, el derecho a la consulta previa, libre e informada dentro de plazos razonables sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental y culturalmente y a participar en los beneficios de esas actividades. La consulta deber ser obligatoria y oportuna.

¹⁵ Estas instituciones coinciden en parte con lo dispuesto en los artículos 329 y 330 de la Constitución Política de Colombia.

IV. LAS NUEVAS TENDENCIAS
DEL DERECHO CONSTITUCIONAL
EN LOS PAÍSES DE LA SUBREGIÓN ANDINA

1. En nuestro caso se parte de la existencia del largo periodo de evolución histórica y política en la región en el que se produce un notable proceso de sucesivos y sorprendentes cambios constitucionales y políticos, signados todos, sin excepción hasta hace poco, por un evidente sentido democrático y constitucional desconocido en el pasado entre nosotros.

No obstante, la notable evolución que se reconoce de este periodo, es preciso responder a las anteriores preguntas con las siguientes advertencias:

- a. Es evidente la falta de confianza en los partidos políticos.
- b. Se han generalizado las tendencias hacia la atomización de los partidos políticos y se evidencia su transformación en partidos empresa y en esporádicas coaliciones de agencias de políticos de oportunidad con recursos mediáticos. También se han configurado nuevos tipos de partidos presidenciales o de coalición y de gobierno.
- c. Se ha acentuado el paulatino debilitamiento de los poderes legislativos y judiciales.
- d. Se ha consolidado una nueva tendencia reeleccionista de los presidentes.
- e. Se evidencia una nueva tendencia de realizar referendos manipulados para reformar o para cambiar las Constituciones especialmente para permitir la reelección presidencial inmediata.
- f. Se evidencia la configuración de nuevas modalidades de hiper presidencialismo, especialmente en las atribuciones presidenciales en materias económicas.
- g. La extensión de los problemas de la corrupción política y la presencia de dineros del crimen organizado en las campañas políticas y en la financiación de los partidos políticos.

2. Sobre las expresiones recientes del constitucionalismo en la mencionada subregión, se ha advertido que ellas ponen en peligro dos de los supuestos de las democracias contemporáneas, así:

- a. Desconocen que todas las democracias en la modernidad son democracias de partidos y
- b. Derogan el supuesto esencial de la renovación periódica de los gobernantes.

Como se advirtió más arriba, en este último periodo, es decir en éstos diez primeros años del siglo XXI se evidencia la construcción de varias formulas, por demás novedosas y complejas, fundadas en supuestos y premisas evidentemente contrarias a los modelos liberales dominantes en el continente desde el siglo XXI.

Esta tendencia consiste, ahora, en la pretendida oferta de refundación, por la vía de asambleas constituyentes y el uso estratégico de la democracia participativa, de una específica modalidad de Estado constitucional que se diseña para confrontar en buena medida los contenidos y métodos de la democracia, los regímenes de partidos y los sistemas electorales, prácticamente del resto de los Estados latinoamericanos.

Esta estrategia se ha ejecutado especialmente en el desarrollo de ideologías alternativas de diversa etiología, que se atribuyen el soporte de nuevos paradigmas filosóficos y políticos, en principio fundadas en la construcción de nuevas modalidades de aquel tipo de Estado constitucional que se orientan a la confrontación y al desafío al modelo liberal tradicional del Estado de derecho y desatienden sus relaciones con el Estado social de derecho.

Estos desafíos se han formulado con reformas constitucionales ordenadas por asambleas constituyentes y con procedimiento referendarios fuertemente mediatizados y dirigidos.

También se puede advertir que buena parte de los procesos políticos inaugurados con los mencionados cambios y reformas constitucionales recientes, se encuentran en plena dinámica, son inconclusos aún y no se pueden anticipar consideraciones desde el punto de vista del derecho constitucional sobre los desarrollos futuros de ellos, especialmente en materia de las posibles modalidades de configuración de nuevas estructuras de poder que deslegitiman a los partidos y promueven nuevos tipos de movimientos y grupos de representación política y de coaliciones personalista o caudillistas y de posibles y recurrentes desarrollos de la democracia directa.

En estas condiciones hoy aparecen más sombras que luces en lo que se refiere al futuro de la vigencia de las reglas mínimas de las democracias y

a la estabilidad constitucional contemporánea en aquellos países. Tampoco es posible anticipar qué es lo que puede resultar en estos regímenes después de adoptadas las nuevas modalidades de reelección presidencial inmediata por varios periodos consecutivos y en algún caso de modo indefinido como quiera que las instituciones del Estado de derecho y los regímenes presidenciales suponen un mínimo renovación periódica de los gobernantes y de separación de poderes y funciones.

Así, no es claro el destino de las instituciones del Estado de derecho en manos de los gobiernos mediáticos y presencialistas con los llamados instrumentos de la democracia directa de iniciativa gubernamental que les sirve a los gobernantes para gobernar al minuto, en varias especies de programas o espectáculos de televisión y desinstitucionalizar las relaciones de poder con las instancias constitucionales, legales, administrativas, territoriales y aún internacionales.

Las preexistentes Constituciones como la de Colombia de 1991, que, ciertamente, no es antigua, se han modificado profundamente en varias materias, especialmente en temas como los del régimen de partidos, el de elecciones y de las instituciones de la democracia directa, para permitir la prolongación jurídica de la permanencia del presidente de la República en el gobierno, desde luego con altos niveles de legitimidad y aprobación popular de la gestión pública, como parece que ocurre en la mayoría de los restantes países de la región.

Casi todas estas modificaciones están signadas por los propósitos de transformar los regímenes de partidos en evidentes crisis, de aplicar algunas instituciones de la democracia directa y de prolongar los periodos presidenciales. Esto ha significado en todos los casos serios conflictos internos, aun en desarrollo, como la disolución y la recomposición artificial de los partidos para gobernar sin ellos, o el enfrentamiento con instituciones del Poder Judicial y de los viejos poderes del orden territorial o su disolución o captura por el poder presidencial.

De igual modo dichas reformas giran en la mayor parte de los países mencionados en torno del control del Estado en los recursos públicos, en las relaciones económicas y comerciales con la comunidad internacional.

Los viejos modelos presidenciales de la subregión, históricamente cerrados a los mercados financieros y comerciales internacionales, y extraños a los mercados mundiales de mercancías, salvo en materia de la exportación de recursos naturales, resultaron afectados y comprometidos

por la presencia de abundantes espacios financieros internacionales y por la demanda de aperturas, globalización, intercambio y transformaciones económicas en general.

Estas condiciones han servido de parte del discurso legitimador de los mencionados procesos de cambio y reforma constitucional, unas veces para proponer cautelas y cierres y para reclamar derechos y en otras como en Colombia para reclamar mayores niveles de confianza y trato cercano con beneficios económicos.

Sus varios regímenes de partidos, integrados por organizaciones y fracciones de los partidos tradicionales, oligárquicos y elitistas, con fuerte presencia de las fuerzas militares y conformadas en rededor de partidos, comenzaron sus varios procesos de descomposición y reforma en la década de los años noventa del siglo pasado como ocurrió en Colombia y Venezuela.

En la última década los mencionados regímenes se han transformado completamente en modelos similares de corte neo caudillista y mediático, neopopulistas y paternalistas, fortalecidos por la avalancha de recursos económicos internacionales, con unas Constituciones extremadamente presidenciales, principalmente en materia de las competencias económicas y de control y regulación de los mercados por el gobierno; con elementos nuevos como las de la democracia sin partidos, los llamados Estados comunitarios y comunales y la representación y legitimidad de los movimientos sociales, comunidades y pueblos indígenas y los grupos significativos de ciudadanos.

En todos ellos se ha apelado a la institución del referendo y a la democracia directa para avalar políticamente los cambios profundos introducidos. Además, es posible advertir la existencia de nuevas tendencias del constitucionalismo en materia de los sistemas electorales y de partidos, así como en las instituciones de la democracia directa; en todo caso aquéllos merecen mayores exámenes que los hasta ahora adelantados, pues se trata de regímenes que se han edificado con consignas y propuestas de supresión de los viejos regímenes y de las viejas prácticas de la política.

En tres de estos países se han adoptado nuevas Constituciones, también por vía del referendo aprobatorio o confirmatorio de iniciativa presidencial, en medio de varios tipos de crisis y conflictos de orden interno en unos casos, e internacional en otros.

VI. LA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL RECIENTE EN COLOMBIA

1. Durante el gobierno bipartidista de Alfonso López Michelsen, llamado “Gobierno Puente” y de la “Representación Adecuada y Equitativa”, comenzó el largo proceso de modernización constitucional y de transformación de las instituciones políticas nacionales, dirigido, en su primera parte, al establecimiento a nivel constitucional de las nuevas bases de la democracia en Colombia, principalmente en el régimen territorial y en el de la Justicia, y a la apertura del orden político a las nuevas fuerzas y movimientos políticos excluidas por el Frente Nacional de los derechos a la participación política.

Se trató de adelantar el proceso de democratización de la democracia colombiana cuyas instituciones habían sido restauradas en 1957 con el mal llamado plebiscito y el establecimiento del acuerdo bipartidista del Frente Nacional que, posteriormente, incluyó la alternación de los partidos en la Presidencia de la República y la paridad burocrática en todos los niveles de las administraciones públicas, el legislativo y el Poder Judicial.

El proceso que se inició en 1977 con el propósito del llamado “Desmonte del Frente Nacional” bipartidista liberal-conservador y con la posibilidad política de reunir la llamada “Pequeña Constituyente”, que coincide con la llamada “tercera ola de la democratización América Latina” se desarrolló durante quince años hasta 1991 en medio de inmensas dificultades políticas y de profundas frustraciones institucionales; además, este proceso fue afectado por condiciones y circunstancias de inmensa descomposición del orden público generadas por el crimen organizado principalmente originados en el agresivo accionar de los narcotraficantes, y por las fuerzas de la insurgencia guerrillera y de otras fuerzas regionales denominadas de autodefensas o paramilitarismo.

Esta situación además fue acompañada de varios “procesos de paz” adelantados dentro y fuera de Colombia con algunos de aquellos grupos como el M-19, el EPL y las FARC; pero, además, se encontró con genocidios como el que se decretó por las llamadas “fuerzas oscuras del régimen” y por varios grupos de paramilitares que terminaron en la masacre a la Unión Patriótica UP entre otros actos de atrocidad y barbarie.

El proceso continuó durante el gobierno de Julio César Turbay Ayala en 1979 con la reforma integral de la vieja Constitución de 1886, lamentablemente declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia por razones de forma; además, este proceso de transición avanzó con las reformas constitucionales de Belisario Betancur como la “Elección Popular de Alcaldes” y de la llamada “Democracia Local”, y terminó con los proyectos de reforma de estirpe liberal del gobierno de Virgilio Barco Vargas, también frustradas inicialmente, pues al final de su periodo constitucional (1990) se dio la posibilidad de la llamada “séptima papeleta” y la convocatoria de la Asamblea Nacional Constitucional.¹⁶

2. La segunda parte de este proceso se inició con la expedición de la carta política de 1991, que significó, de un lado, la propuesta de cambio constitucional y político integral con la expedición no esperada de una nueva Constitución hacia la configuración del Estado social, democrático y constitucional de derecho del que nos habíamos alejado a partir de la dictadura de Rojas Pinilla (1953-1957) y con el posterior establecimiento del Frente Nacional (1957-1978).

Esta nueva Constitución además condujo al establecimiento de un nuevo modelo de Constitución económica con la llamada economía social de mercado basada en los principales supuestos de neoliberalismo de corte social, aperturista, privatizador y desregulador.

Esta nueva etapa se extiende, con múltiples reformas e intentos de reforma constitucional hasta estos días de 2009 con el trámite de un proyecto de referendo de reforma constitucional de iniciativa popular para permitir la segunda reelección inmediata del presidente en ejercicio Álvaro Uribe Vélez; también se tramita por estos días un importante proyecto de reforma política que pretende recoger instituciones nuevas para atender las demandas de la justicia penal sobre los congresistas con la llamada silla vacía, entre otras, como veremos más adelante.

3. Para lo que ocupa esta ponencia, en la carta política de 1991 y en sus evoluciones y transformaciones, encontramos las “nuevas” institucio-

¹⁶ Varios intentos como la reforma constitucional de convocatoria de una asamblea constituyente (1977) y la expedición de la reforma constitucional de 1999, sucumbieron en su paso por el control judicial de constitucionalidad en la Corte Suprema de Justicia. Como otras reformas aprobadas en el periodo anterior al de la expedición de la Constitución de 1991, se destaca la reforma de la mayoría de edad y la ciudadanía en 1976 y la mencionada elección popular de alcaldes de 1986.

nes establecidas con el propósito de eliminar el bipartidismo tradicional de Colombia, para abrir el modelo constitucional al pluralismo social y político y al multipartidismo, y para neutralizar la influencia de los poderes ejecutivo y legislativo en la organización y realización de las elecciones. Así, el gobierno de César Gaviria se propuso introducir las reglas indispensables para asegurar la apertura política reclamada desde los mismos inicios del Frente Nacional

En opinión de varios de los principales actores de ese proceso y los responsables de la redacción de las principales disposiciones de la carta política de 1991:

Aunque la Constitución de 1991 dio un paso enorme en materia de apertura política, es evidente que algunas de sus instituciones coadyuvieron (aunque no originaron) el proceso de despartidización de la política, de desmoronamiento de los partidos, de falta de racionalidad auténtica desde el punto de vista democrático en el trabajo del legislativo y la pérdida de gobernabilidad.¹⁷

Además, allí se propuso la modernización de las instituciones electorales y se consagraron las principales instituciones contemporáneas de la democracia directa; también se introdujeron los principales supuestos del pluralismo político, étnico, cultural y social que paulatinamente han cobrado vigencia y eficacia.¹⁸

En materia electoral, se introdujeron instituciones de especial rigor como el exagerado régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los actores políticos, sus familias y relacionados, y figuras en extremo novedosas en Colombia como la elección de los senadores en una única circunscripción nacional y la elección de presidente y vicepresidente de la República por mayoría absoluta de los votos y en dos vueltas.

¹⁷ Calle, Humberto de la, “Reforma electoral en Colombia”, *Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 392-456.

¹⁸ Desde luego, también se introdujeron nuevas instituciones relacionadas con la organización del Estado, con las relaciones entre el poder ejecutivo y el Poder Legislativo y el control político, con la administración de justicia, con la justicia constitucional, los derechos constitucionales, las instituciones territoriales y con el régimen de la economía, la hacienda pública, los servicios públicos y las relaciones internacionales.

Posteriormente, se introdujeron varias reformas a la carta política de 1991, especialmente al régimen electoral y de partidos y a las instituciones de la democracia directa como el régimen de bancadas y el de la disciplina de los partidos, como se verá más adelante.

4. Durante el gobierno de César Gaviria Trujillo, con la expedición de la carta política de 1991, redactada en buena parte con textos nuevos por una asamblea constituyente popular, multipartidista y democrática¹⁹ con la influencia del pensamiento constitucional y contemporáneo predominantemente español y norteamericano, desde luego en la mayor parte elaboradas dentro las viejas formas del constitucionalismo nacional y regional especialmente con algunas instituciones de la Constitución venezolana de 1961, en la república de Colombia se cumplió con el compromiso regional de adelantar el más profundo y complejo proceso de transformaciones del viejo orden político nacional, construido desde 1886 en medio de notables dificultades de orden público interno y de enfrentamientos bipartidistas dolorosos como la llamada violencia de 1946 en adelante.²⁰ Cabe destacar que los llamados mecanismos de participación democrática o de la democracia directa reciben la influencia de la Constitución de Venezuela que ya los había incorporado desde 1961.

5. En la Constitución Política de 1991 aparecieron nuevas instituciones electorales desconocidas en Colombia como:

- a. El suministro estatal u oficial de las papeletas numeradas lo el llamado tarjetón electoral impreso en papel de seguridad.
- b. El voto en cubículos individuales.
- c. La supresión del régimen de los suplentes y un nuevo régimen de reemplazos exclusivamente aplicable para las faltas absolutas en el caso de las elecciones de organismos de integración plural.

¹⁹ En la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 participaron 70 representantes elegidos por casi todos los partidos y movimientos existentes en la época, y tuvieron asiento por elección popular expresidentes, ex ministros de Estado, ex alcaldes de Bogotá, sindicalistas, indígenas, dirigentes agrarios, deportivos y sociales, ex guerrilleros, periodistas, las comunidades negras, exmagistrados y profesores de derecho constitucional y de economía y hacienda pública, intelectuales y poetas.

²⁰ Las principales reformas introducidas a la Constitución de 1886 con efectos directos en el orden político fueron las de 1910, 1936, 1945, 1957, 1968 y 1986. Con aquellas se configuró un régimen constitucional materia de múltiples críticas y observaciones, principalmente orientadas a describir sus contenidos en unos periodos excluyentes y de hegemonía de partidos y en otros de bipartidismos extremos.

- d. La separación de la elección del presidente y el vicepresidente de la República de cualquier otra elección.
- e. La separación de las fechas de elección del Congreso de la elección de las autoridades departamentales y municipales.
- f. Las nuevas funciones del Consejo Nacional Electoral y del Registrador Nacional del Estado Civil.
- g. La naturaleza autónoma e independiente de la organización electoral.
- h. El voto como derecho y como deber.
- i. El voto programático que permite la revocatoria del mandato de las autoridades territoriales.

6. De otra parte, en la versión original de la carta política de 1991 también se introdujeron nuevas instituciones relacionadas con el sistema de partidos y las instituciones de la democracia directa, así:²¹

- a. El establecimiento de un título especial sobre la participación democrática y los partidos políticos.
- b. La nueva noción de soberanía popular.
- c. Los mecanismos de participación del pueblo.
- d. La representación democrática en las distintas instancias de participación concertación, control y vigilancia de la gestión pública.
- e. Las consultas populares sobre decisiones de trascendencia nacional y de origen presidencial con concepto previo del Senado de la República.
- f. Las consultas de los gobernadores y alcaldes para asuntos de interés local o territorial.
- g. La iniciativa normativa de orden territorial de los respectivos habitantes.
- h. La elección popular de representantes en las juntas de las empresas que prestan servicios públicos dentro de la entidad territorial respectiva.

²¹ Cfr. Ortiz, Julio, “Reglas, principios y valores de las democracias contemporáneas en la carta política de 1991, Una democracia a pesar de la tragedia”, *Sistema representativo y democracia semidirecta, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, 2002, pp. 639-672.

- i. El derecho de todos los nacionales a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos y de retirarse de ellos.
- j. El derecho de las organizaciones sociales a manifestarse y a participar en eventos políticos.
- k. El régimen abierto y amplio de la personería jurídica de los partidos políticos y la pérdida o extinción de la personería.
- l. Las condiciones para inscribir candidatos y participar en elecciones.
- m. La contribución estatal a la financiación del funcionamiento y de las campañas electorales de los partidos políticos con personería.
- n. Los demás derechos de reposición de gastos, la rendición de cuentas y la posibilidad de limitar por ley el monto de los gastos de los partidos, movimientos o candidatos y de las contribuciones individuales.
- o. El derecho de los partidos con personería jurídica a utilizar los medios de comunicación del Estado.
- p. Los varios derechos que hacen parte del llamado Estatuto de la Oposición en favor de los partidos y movimientos que no participen en el gobierno, como el acceso a la información y a los documentos oficiales, el uso de los medios de comunicación social del Estado el derecho de replica e los medios de comunicación del Estado y de participación en los organismos electorales.
- q. El derecho de los partidos y movimientos minoritarios de participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados según su representación en ellos.

7. Como se advierte en la versión inicial de la carta política de 1991, dicho cambio constitucional introdujo nuevas estrategias que supuestamente permitirían desmontar el viejo régimen cerrado de partidos consociales, e introducir algunas de las más modernas instituciones en materia electoral y de la organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos.

Empero, esta configuración inicial del modelo constitucional ha sufrido múltiples reformas, reajustes, y retoques de profunda importancia y contenido supuestamente introducidos en el derecho constitucional colombiano para atender defectos, riesgos y desafíos de la democracia colombiana, sig-

nados por las fueras de la corrupción, el narcotráfico, la alteración terrorista del orden público y la politiquería nacional.²²

Además, se propuso como justificación de los primeros retoques, le existencia original de serios defectos y de graves problemas de la estructuración del régimen político como la ineficiencia del Congreso de la República, su incapacidad de actuar en funciones de control político y serios problemas éticos y criminales y de debilidad institucional y profesional.

8. Los cambios recientes en el sistema electoral, en el sistema de partidos y en las instituciones de la democracia directa en la República de Colombia,²³ se han formulado con base los varios propósitos de orden académico y político, promovidos por los gobiernos de Andrés Pastrana y Álvaro Uribe Vélez con el acompañamiento de los partidos políticos tradicionales y sus principales jefes nacionales como César Gaviria, desde luego, acompañados por los representantes del llamado Polo Democrático.

9. En las reformas introducidas en Colombia se advierte su urgente necesidad de las reformas frente al intenso proceso de descomposición moral de los actores políticos por sus alianzas con el narcotráfico, por la violencia y la acción criminal de las organizaciones de gru-

²² En la reforma constitucional de 1996 se extendió el riguroso régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los congresistas y el deber de residencia de los candidatos en la respectiva circunscripción electoral durante por lo menos un año antes de la elección. Con la reforma constitucional núm. 2 de 2002 se modificó el período de los gobernadores, diputados territoriales, alcaldes, concejales y ediles a cuatro años. Y se unificaron sus periodos.

²³ Sobre el proceso colombiano cabe destacar por su importancia política para los estamentos políticos tradicionales el trabajo Reformas institucionales en Colombia de varios economistas y politólogos colombianos y extranjeros con la dirección del profesor de la Universidad de Harvard Alberto Alesina en particular es importante mencionar el ensayo Sistema electoral y de partido en Colombia: propuestas de reforma, de Gerard Roland y Juan Gonzalo Zapata. Como lo advierte Augusto Hernández Becerra al examinar dicho documento: “Básicamente el informe presenta una descripción muy superficial e incompleta del sistema electoral y del sistema de partidos, donde se echa de menos la referencia a elementos esenciales, tales como el régimen jurídico del derecho de sufragio, la capacidad de los electores y candidatos (calidades e inhabilidades), el tamaño y las características de las circunscripciones, y la forma del voto. En cuanto a los partidos, era forzoso comentar el régimen jurídico de creación de partidos y movimientos políticos y de la financiación de las campañas y de las propias organizaciones partidistas, el tema de las personerías jurídicas, la duración de las campañas, las funciones de control y vigilancia del Consejo Nacional Electoral, la publicidad, las encuestas, el acceso a los medios de comunicación”.

pos de paramilitares sobre la política y la sociedad y del acoso de la guerrilla de las FARC.

Esto introdujo fuertes y acelerados niveles de pérdida de legitimidad y de respeto social de los partidos y de los actores en todos sus niveles; además, es conocido el imperativo político de intervenir la actividad de los partidos en las instituciones representativas como en el Congreso de la República, de promover la creación de nuevos partidos y la eliminación de los grupos y partidos de las minorías con la introducción de umbrales estrictos, temas que se ubican dentro de la agenda de asuntos de los que se ocupa el derecho constitucional contemporáneo.

De otra parte, en el caso colombiano en este período tanto la reforma al régimen electoral y como la reforma al sistema de partidos políticos obedece a razones mucho más difíciles y complejas que a la pura necesidad del régimen político de introducir un nuevo diseño de los mecanismos de elección de miembros de los cuerpos de representación; en nuestro caso pues no sólo se trata de responder a los asuntos de los que se debe ocupar el derecho electoral y sino que se deben atender otros temas que se relacionan con el sistema político en general y los procesos de descomposición del orden público y con el crimen organizado.

10. En el desarrollo de las instituciones políticas colombianas afloraron los defectos y las desviaciones del modelo de la Constitución de 1991 y por ello se ha debido cambiar buena parte de la normatividad inicial con regulaciones más detalladas y precisas.

En sus años iniciales las instituciones constitucionales colombianas en estas materias no pasaron las pruebas de su funcionamiento y aparecieron prácticas de extremo clientelismo, desorden e indisciplina en el comportamiento de los integrantes y directivos de los partidos que reprodujeron las viejas conductas de fraccionamiento privado de los partidos y movimientos, burocratización, captura de las administraciones, patrimonialización de las finalidades de los partidos, y la banalización de la conducta partidista.

Además, aquellas instituciones constitucionales fueron sometidas a las pruebas de fuego de la amenaza y de las acciones criminales de los grupos de poder local aliados con las fuerzas del narcotráfico, del paramilitarismo y de las fuerzas guerrilleras, cuando no se simpatía, afinidad o articulación criminal con aquellas bandas.

La reforma constitucional de 2003, llamada “Reforma Política”, fue en realidad una reforma electoral, que buscó fortalecer a los actores políticos que son los partidos y los movimientos políticos, afinar los mecanismos internos de funcionamiento de los mismos, su régimen de financiación, el sistema de acceso a los medios de comunicación, y la actuación de los mismos en las corporaciones públicas de elección popular, especialmente mediante la figura del régimen de las bancadas.

En este sentido la reforma contenida en el Acto Legislativo núm. 01 de 2003 introdujo importantes modificaciones a la carta política de 1991 en lo que atañe a los mecanismos y modalidades de participación política, y al régimen de los actores políticos, como la confirmación de el derecho ciudadano de fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, la libertad de afiliarse o retirarse de ellos, la proscripción de la doble militancia y la obligatoriedad de organización democrática de los partidos y movimientos políticos.

También se hace posible la celebración de consultas populares o internas para la escogencia de candidatos, y se concede el mismo régimen de financiación y publicidad que rige para las elecciones ordinarias; se establece el umbral de 2% de los votos emitidos válidamente en el territorio nacional en elecciones de Cámara de Representantes o pare el Senado, para acceder a la personería jurídica o conservarla, y el régimen especial para las circunscripciones de minorías y un régimen diferencial de requerimientos para inscripción de candidatos, según se trate de partidos y movimientos con personería jurídica reconocida o no. Se dispone que los partidos y movimientos deban establecer estatutariamente un régimen disciplinario interno con el régimen de bancadas que debe reglamentar legislador entre otras normas de contenido electoral.²⁴

Además, se introducen normas mediante las cuales se precisan la cuantía, las modalidades y las responsabilidades en materia de financiación de partidos de movimientos políticos y de campañas electorales.

Se regula la figura de las listas y candidatos únicos, y de las listas abiertas con voto preferente, y se introduce el sistema de cifra repartidora para la asignación de curules en las corporaciones de elección popular.

²⁴ El extenso texto de la llamada reforma política de 2003 aparece como anexo a esta ponencia.

No obstante la mencionada reforma no abordó el fondo del problema político de Colombia y se pasó por alto la impresionante y patológica criminalización de la sociedad política colombiana y la grave articulación de varios de los más importantes jefes políticos nacionales y regionales con los grupos de paramilitares dedicados a producir uno de los más grandes genocidios en la historia moderna de América Latina y del mundo.

11. En resumen entre éstas normas constitucionales introducidas a la carta política de 1991 se encuentran:

- a. La prohibición de la doble militancia de partidos.
- b. Las reglas para la organización democrática interna de los partidos y movimientos y de las consultas populares o internas.
- c. Las nuevas reglas para el reconocimiento de la personería jurídica de los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos, basadas en un marco mínimo del 2% de los votos emitidos validamente para las elecciones de Cámara de representantes y Senado de la República.
- d. El régimen de avales para la inscripción de candidatos.
- e. Las reglas y los principios de la disciplina interna de los partidos y movimientos políticos y del régimen de bancadas.
- f. La reorganización de las bancadas de los representantes y senadores para constituir partidos en el año 2003.
- g. El nuevo régimen de faltas temporales y de licencias y reemplazos de los miembros de las corporaciones de elección popular.
- h. La introducción de las reglas de la cifra repartidora que sustituye el régimen del cociente electoral y la aplicación ex excepcional del mismo con sujeción a un umbral del treinta por ciento del cociente electoral en caso circunscripciones electorales donde se elijan dos curules.
- i. El régimen del voto preferente y el de las listas cerradas.
- j. La nueva composición de los organismos que integran a la Organización Electoral.
- k. Las nuevas funciones del Consejo Nacional Electoral y su profesionalización.

12. Posteriormente también apareció la voluntad política de permitir la reelección inmediata del presidente de la República lo que ha significado como agresiva reacción interna una especie de nuevo repudio al presidencialismo en Colombia y un proceso de nueva institucionalización de los partidos políticos que se reúnen en el nombre del presidente actual.

Esta autorización constitucional condujo a la modificación del régimen de la función pública y del servicio civil para aumentar las cautelas en torno de las inhabilidades e incompatibilidades, lo mismo que de las prohibiciones y autorizaciones para que se adelante la campaña presidencial en caso de la presentación del presidente en funciones como candidato a una reelección inmediata.

13. Ahora, como vimos, se tramita con muchas dificultades políticas una nueva reforma que pretende modificar el régimen del umbral y establecer figuras como la de la “silla vacía de los congresistas por razones penales”; también, y con fines claramente electorales, se aprobó el 26 de diciembre de 2008 una nueva reforma constitucional que suprime por tres años los efectos de los concursos para los cargos en el servicio público de la administración e incorpora de modo definitivo a las diversas carreras del servicio civil a todos los funcionarios nombrados en provisionalidad o interinidad siempre que cumplan los requisitos legales y reglamentarios exigidos para los cargos. Quedó excluida de dicha incorporación la rama judicial, dado el gran avance del Consejo Superior de la judicatura de Colombia en materia de carrera judicial.

14. En Colombia se insiste en adelantar otro proceso de reforma política presentado por el actual gobierno cuya discusión avanza a mitad de camino en el Congreso de la República y su texto ya fue publicado oficialmente.

Actualmente existen cuando menos dos grandes líneas de discusión sobre la responsabilidad de los partidos en Colombia y las sanciones que se derivan por actos de responsabilidad de los partidos por sus actuaciones y las de sus miembros así como sus sanciones; en este sentido se observa que la expedición de la Constitución trajo consigo una serie de derechos a los partidos pero también le impuso obligaciones que no se han aplicado y que se deben seguir desarrollando en la legislación. Se debe entender que una cosa es la responsabilidad judicial (penal, administrativa) individual y otra distinta la responsabilidad política que recae sobre los partidos. Se enfatizó que el régimen de responsabilidad que ten-

gan las colectividades políticas debe ser pensado a largo plazo y no dejarse caer en soluciones de inmediatez llevados por problemas políticos coyunturales.

Ninguno de estos temas ha sido pacífico y su discusión siempre se remonta al proceso de institucionalización de los partidos políticos en Colombia, desde la Ley 58 de 1985, la Constitución de 1991, el estatuto de los partidos políticos (Ley 130 de 1994) y la reforma política de 2003.

Algunos de los puntos más destacados del proyecto de la nueva reforma política son:

1. La llamada silla vacía y las vacancias de los congresistas

Con esta propuesta se quiere regresar a la Constitución de 1991 que acabó con las suplencias, con excepción de los siguientes casos: por muerte del congresista, por incapacidad física permanente, y por renuncia motivada. En este punto el proyecto advierte que se no será admisible la renuncia motivada cuando un miembro de una corporación pública este sometido a una investigación penal en curso. Si por faltas absolutas, que no den lugar a reemplazo, los miembros de cuerpos colegiados elegidos por una misma circunscripción electoral quedan reducidos a la mitad o menos, el gobierno convocará a elecciones para llenar las vacantes, siempre y cuando falte más de 18 meses para la terminación del periodo. El régimen de reemplazos, se aplicará para las investigaciones judiciales que se inicien a partir de la vigencia del Acto Legislativo. Obsérvese que se trata de depurar al Congreso de los representantes que resulten vinculados e lo que hemos llamado la paraparlítica y en delitos de lesa humanidad.

2. Nuevas normas sobre la personería jurídica de lo partidos políticos

El proyecto de reforma en trámite determina que se reconocerá la personería jurídica a los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos con votación no inferior al tres por ciento de los votos emitidos válidamente en el territorio nacional en elecciones de Cámara de Representantes o Senado de la República.

Además, allí se advierte que los partidos políticos se organizarán democráticamente y tendrán como principios rectores la transparencia, ob-

jetividad, moralidad, equidad de género y están sometidos al deber de presentar programas políticos.

3. *Consultas de los partidos*

Para la toma de sus decisiones, o la escogencia de candidatos propios o de coaliciones, los partidos políticos podrán celebrar consultas populares, consultas internas o consultas interpartidistas que coincidan o no con las elecciones a corporaciones públicas, de acuerdo con lo previsto en sus estatutos o en la ley de desarrollo. Se indica además que los resultados de las consultas son de obligatorio acatamiento para quienes hayan participado en ellas y que quienes ejerzan cargos de elección popular en corporaciones públicas o aspiren a ellos, no podrán apoyar candidatos a corporaciones públicas o cargos de elección popular distintos a los definidos por el partido o movimiento al cual se encuentren afiliados.

4. *Cambio de partido o movimiento y doble militancia*

El texto del proyecto de reforma en trámite propone que se prohíba la doble militancia de partidos o movimientos políticos y advierte que quien como miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones; además, se pretende establecer que durante los seis meses siguientes a la entrada en vigencia del acto legislativo, se autoriza, por una sola vez, a los miembros de los cuerpos colegiados de elección popular para inscribirse en un partido distinto al que los avaló, sin renunciar a la curul o incurrir en doble militancia.

5. *Voto en blanco*

Se pretende el establecimiento en Colombia del llamado voto en blanco, para que se repita por una sola vez la votación para elegir miembros de una corporación pública, gobernador, alcalde o la primera vuelta en las elecciones presidenciales, cuando los votos en blanco constituyan mayoría en relación con los votos válidos. Se advierte además en el pro-

yecto de reforma que cuando se trate de elecciones unipersonales no podrán presentarse los mismos candidatos y que en las de corporaciones públicas no se podrán presentar a las nuevas elecciones las listas que no hayan alcanzado el umbral.

6. La cifra repartidora y el nuevo umbral

Con este proyecto se pretende elevar el umbral de 2 a 3% para la obtención de curules en el Congreso y se advierte que para garantizar la equitativa representación de los partidos y movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos, las curules de las corporaciones públicas se distribuirán mediante el sistema de cifra repartidora entre las listas de candidatos que superen un mínimo de votos que no podrá ser inferior al tres por ciento de los sufragados para Senado de la República o al cincuenta por ciento del cociente electoral en el caso de las demás corporaciones, conforme lo establezcan la Constitución y la ley.

7. Prohibición de ofrecer cargos

Con este proyecto se pretende garantizar de la transparencia de las relaciones entre las ramas del poder ya que el gobierno no podrá conferir empleo a los magistrados de la rama judicial, así como al procurador general de la nación, fiscal general de la nación y contralor general de la república, ni a sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, durante el respectivo periodo de ejercicio de sus funciones o dentro del año siguiente a su retiro.

8. Los periodos cruzados no eliminan las inhabilidades

El proyecto de reforma prohíbe que una persona renuncie a un cargo de elección popular para lanzarse a otro si los periodos son concurrentes ya que se establecerá como regla que nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo si los respectivos periodos coinciden en el tiempo, así fuere parcialmente. Además, la renuncia a alguno de ellos no elimina la inhabilidad.

9. Elección del registrador por méritos

En este proyecto se establece que el Congreso de la República elegirá al Registrador Nacional del Estado Civil, de una terna conformada por aquellos aspirantes que hubieren ocupado los tres primeros lugares, según concurso público de méritos que reglamentará la ley. Y que dicha elección tendrá lugar previa audiencia pública; también se dispone que la carrera administrativa sea obligatoria en ese órgano autónomo e independiente e impone al registrador nacional los deberes de la imparcialidad y de la prevalencia del interés nacional.

10. Las funciones del Consejo de Estado

En este proyecto se indica que el Consejo de Estado como tribunal judicial electoral conocerá de las acciones jurisdiccionales de nulidad con sujeción a las reglas de competencia establecidas en la ley y que aquel juez deberá en el término máximo de un año en primera instancia y, en el término de seis meses, en los de única instancia.

Habrá un término de caducidad de 20 días para presentar una acción de nulidad electoral ante el Consejo de Estado, a partir de la notificación del acto administrativo expedido por el consejo Nacional Electoral.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce, *La nueva división de poderes*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- CARPISO, Jorge, *Algunas reflexiones constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- , *Concepto de la democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- CASTRO, Jaime, *Constitución Política de Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007.
- ESPOSITO, Roberto, *Confines de los políticos*, Madrid, Trotta, 1996.
- Memorias del VII Congreso Iberoamericano de derecho constitucional. Sistema representativo y democracia semidirecta*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

- Memorias del VII Congreso Iberoamericano de derecho constitucional. Partidos políticos: democracia interna y financiamiento de precampañas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- MONTERO, José Ramón *et al.*, *Partidos políticos*, Madrid, Trotta, 2007.
- NOGUIERA ALCALÁ, Humberto (coord.), *La evolución político-constitucional de América del Sur 1976-2005*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Librotecnia, 2009
- SARTORI, GIOVANNI, *Ingeniería constitucional comparada*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005.
- VALADÉS, Diego y Serna, José María (coords.), *El gobierno en América Latina ¿presidencialismos o parlamentarismo?*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- , *El gobierno de gabinete*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- (ed.), *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*, México, UNAM, 2005.
- , *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*, México, UNAM, Colegio Nacional, 2007.
- Zovatto, Daniel y Orozco, Jesús (coords.), *Reforma política y electoral en América Latina 1978-2008*, México, UNAM, 2008.
- (coord.), *Regulación jurídica de los partidos política en América Latina*, México, UNAM-Internacional IDEA, 2006.

VII. ANEXOS

Cuadro 1. RÉGIMEN ELECTORAL EN LOS PAÍSES DE NORTE Y CENTROAMÉRICA

Cargos de elección popular	Poder Legislativo				Poder Ejecutivo (Presidente)	Poder Judicial	
	País	Denominación	Circunscripción	Sistema de proporcionalidad	Segunda vuelta	Reelección	Cargos
	Costa Rica	Asamblea Legislativa (unicameral) Art. 105 CP	Provincial Art. 106 CP	Sistema de cociente, subcociente y mayor residuo. (Norma electoral)	Sí. Art. 138 CP	No, Art. 134 CP	
	El Salvador	Asamblea Legislativa (unicameral). Art. 120 CP	20 diputados circunscripción nacional y 64 en departamental (norma electoral)	Cociente (norma electoral)	Sí. Art. 80 CP	No reelección continua. Art. 74 CP	
	Honduras	Congreso de Diputados (unicameral) Art. 189 CP	Circunscripción electoral equivalente a los departamentos Art. 202 CP	Sistema de representación proporcional señalado en el Código Electoral (método D'hondt) Art. 202 CP	No. Art. 236 CP	No. Art. 4o. CP	
	Guatemala	Congreso (unicameral) Art. 157 CP	Distritos electorales que corresponden a los departamentos y la lista nacional Art. 157 CP	Sistema de representación y proporcional de minorías (norma electoral)	Sí. Art. 184 CP	Prohibición de reelección. Art. 187 CP	
	México	Congreso Art. 50 CP	Cámara de Diputados: 300 diputados en distritos electorales uninominales y 200 diputados por el Sistema de Listas Regionales, votadas en circunscripciones plurinominales. Art. 52 CP Cámara de Senadores: 28 senadores -(Cada estado y Distrito Federal), 32 senadores por el principio de representación	Cámara de Diputados: 300 diputados por votación mayoritaria relativa y 200 diputados por el principio de representación proporcional. Art. 52 CP Cámara de senadores: 28 senadores por el principio de votación mayoritaria relativa y uno será asignado a la primera minoría, 32 senadores por el principio de representación	No. Art. 81 CP Regulación en la norma electoral	Prohibición de reelección. Art. 83 CP	
	Nicaragua	Asamblea Nacional (unicameral) Art. 132 CP	20 diputados en circunscripción nacional y 70 en circunscripción departamental	Sistema de representación proporcional. Art. 132 CP	Sí. Art. 147 CP	No. Art. 148 CP	
	Panamá	Asamblea Legislativa (unicameral) Art. 140 CP	Circuitos electorales. Art. 141 CP	Cuociente electoral simple Art. 141 CP (norma electoral)	No. Art. 172 CP	Sí, con dos periodos constitucionales de intervalo. Art. 173 CP	
<p>Fuente: Elaboración propia Nota: En el Poder Judicial sólo se tuvo en cuenta la elección de magistrados de altas cortes.</p>							

Cuadro 2. RÉGIMEN ELECTORAL EN LOS PAÍSES DE SUDAMÉRICA

Cargos de Elección popular	Poder Legislativo				Poder Ejecutivo (Presidente)	Poder Judicial
	<i>País</i>	<i>Denominación</i>	<i>Circunscripción</i>	<i>Sistema de proporcionalidad</i>	<i>Segunda vuelta</i>	<i>Reelección</i>
Argentina	Congreso bicameral. Art. 44 CP	Cámara de Diputados y Senado: provincias y Buenos Aires en la proporción establecida en la CN. Art. 45 y 54 CP	Representación proporcional Método D'hondt. Normativa electoral	Sí. Art. 90 CP	Sí, una vez en forma inmediata y luego con un intervalo de un periodo. Art. 90 CP	
Bolivia	Asamblea Legislativa (Plurinacional). Art. 145 CP	Cámara de Diputados: Circunscripciones Nominales y Plurinominales en cada departamento y especial indígena y Cámara de senadores: Departamental. Art. 145 y 148 CP	Circunscripción uninominal: mayoría simple. Para las demás se eligen por el sistema proporcional que define la ley. Art. 145 CP	Sí. Art. 166 CP	Sí por una vez continua. Art. 168 CP	Sí. Art. 182, 188, 198, CP Magistrados Tribunal Supremo de Justicia, del Tribunal Agroambiental y del Tribunal Constitucional Plurinacional. Art. 194 CP Miembros del Consejo de la Magistratura
Brasil	Congreso, Art. 44 CP	Cámara de Diputados: Estado, territorios y Distrito federal. Senado federal: Territorios y Distrito Federal, Art. 45 y 46 CP	Cámara de Diputados: Sistema proporcional Senado Federal: Sistema mayoritario, Art. 45 y 46 CP	Sí. Art. 77 CP	Prohibida la reelección inmediata, Art. 82 CP	
Chile	Congreso, Art. 46 CP	Cámara de Diputados: Distrito electoral. Art. 47 CP Senado: Circunscripciones senatoriales acorde a las regiones. Art. 49 CP	Sistema binomina, Ley Electoral	Sí. Art. 26 CP	Prohibida la reelección inmediata. Art. 25 CP	
Colombia	Congreso bicameral Art. 114 CP	Cámara de representantes: Territorial, especial (grupos étnicos y minorías políticas) e internacional. Art. 176 CP Senado: Nacional y nacional especial para comunidades indígenas e internacional. Art. 171 CP	Cifra repartidora - Método D'hondt. Art. 263 y 263A CP Para circunscripción especial indígena: cociente electoral. Art. 171 CP	Sí. Art. 190 CP	Sí, por una vez. Art. 197 CP	
Ecuador	Asamblea Nacional (unicameral) Art. 118 CP	Circunscripción nacional, provincial por regiones, distritos y del exterior. Art. 118 CP	Transición - Método de D'hondt. Es de regulación legal y está en trámite nueva ley electoral	Sí. Art. 143 CP	Reelección una vez, Art. 144 CP	
Paraguay	Congreso Art. 182 CP	Cámara de Diputados: Colegio electoral departamental. Cámara de Senadores: Nacional. Art. 221 y 223 CP	Representación proporcional - Método de D'hondt. (Código Electoral)	Sí. Art. 230	No reelección. Art. 229 CP	
Perú	Congreso (unicameral). Art. 90 CP	Departamental (Ley Electoral)	Representación proporcional - Método de D'hondt. (Ley Electoral)	CP Sí. Art. 111 CP	Sí se requiere un periodo de intervalo. Art. 112 CP	
Uruguay	Asamblea General. Art. 93 CP	Cámara de Representantes: Departamental Cámara de Senadores: Circunscripción electoral nacional.	Representantes: Sistema de representación proporcional. Art. 88 CP Senadores: Sistema de representación proporcional integral. Art. 94 CP	No. Art. 151 CP	Sí se requiere un periodo de cinco años de intervalo. Art. 152 CP	
Venezuela	Asamblea nacional. (unicameral) Art. 186 CP	Federal y pueblos indígenas. Art. 186 CP	Representación proporcional. Art. 186 CP	No. Art. 228 CP	Indefinida. Art. 230 CP, mod. referendo 2009	

Fuente: Elaboración propia

Nota: En el poder judicial sólo se tuvo en cuenta la elección de magistrados de altas cortes.

Cuadro 3. DEMOCRACIA DIRECTA EN LOS PAÍSES DE NORTE Y CENTROAMÉRICA

Mecanismo	Voto		Iniciativa Legislativa		Referendo ^(*)		Plebiscito		*Revocatoria del mandato ^(**)		Consulta popular		Otros
	Facultativo	Obligatorio	Previsto	Núm. Electores	Previsto	Iniciativa electores	Previsto	Iniciativa electores	Previsto	Cargos de elección	Previsto	Vinculante	
Costa Rica		Sí. Art. 93 CP	Sí. Art. 123 CP	5% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral. Art. 123 CP	Sí. Art. 105 CP	Art. 105 CP (5%) de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral	Sí. Art. 168 creación de nuevas provincias						
El Salvador	Art. 73 CP										Sí. Art. 73 CP (consulta popular)	Sí	
Honduras		Sí. Art. 44 CP			Sí. Art. 2 CP	Art. 5.6% de los ciudadanos inscritos en el censo nacional Electoral	Sí. Art. 2 CP	Art. 5.6% de los ciudadanos inscritos en el Censo Nacional Electoral.					
Guatemala	Art. 136 CP				Sí. Art. 277 CP (reforma constitucional)	5000 ciudadanos debidamente empadronados por el Registro de Ciudadanos. Art. 277 CP					Art. 173 CP Procedimiento consultivo, obligatorio para	Sí	
México	Art. 41 CP												
Nicaragua	Art. 2 CP		Sí. Art. 140 CP	5,000 firmas	Art. 2 CP	Regulación legal	Art. 2 CP	Regulación legal					
Panamá	Art. 129 CP				Art. 308 CP				Art. 224 CP	Autoridades locales			

Fuente: Elaboración propia

Notas:

Los recuadros en blanco significan que la figura no está prevista.

Los recuadros en los que se indica "regulación legal", que el tópico es tratado únicamente en la ley, no en la Constitución.

En la iniciativa legislativa "núm. de Electores" corresponde a lo exigido en la Constitución para el ejercicio de este mecanismo.

En el referendo y el plebiscito "Iniciativa Electores" quiere decir si estos mecanismos pueden ser ejercidos por los electores "desde abajo"

En la revocatoria del mandato "Cargos de Elección" se refiere a que cargos de elección se aplica la medida, especialmente para identificar si cubre el ámbito nacional o sólo regional/local en este último caso habla de autoridades locales

(*) Sólo Costa Rica prevé el referendo derogatorio de leyes. Panamá prevé sólo referendo para reforma constitucional.

(**) En Costa Rica se prevé la revocatoria del mandato a nivel legal, no constitucional, sólo para alcaldes municipales.

Cuadro 4. DEMOCRACIA DIRECTA EN LOS PAÍSES DE SUDAMÉRICA

Mecanismo	Voto		Iniciativa Legislativa		Referendot(*)		Plebiscito		"Revocatoria Del Mandato (**)"		Consulta Popular		Otros	
	País	Facultativo	Obligatorio	Previsto	Núm. electores	Previsto	Iniciativa electores	Previsto	Iniciativa electores	Previsto en constitución estatales	Cargos de elección	Previsto		Vinculante
Argentina		Si - Art. 37 CP	Si - Art. 39 CP	Art. 39 CP Ley no puede exigir más del 3% del padrón electoral nacional	"Si. Art. 40 CP(consulta popular para aprobación de ley)"	Regulación legal				Previsto en constitución estatales		Previsto "Art. 40 CP Consulta popular para asuntos de interés general de la Nación"	No	
Bolivia		Si - Art. 26 CP	Si - Art. 11 CP	Regulación legal	Si - Art. 11 CP	Art. 240 mín 15% votantes padrón electoral (revocatorio). Art. 259 mín 5% para tratados internacionales				Si - Art. 11 CP	"Toda persona que ejerza un cargo electo, salvo el órgano judicial. Art. 240 CP Concordancias: Art. 157 CP Asambleistas. Art. 170 CP Presidente."	Art. 11 CP	Si	Consulta a los pueblos indígenas Art. 11 CP en conc Art. 30 CP
Brasil	"Si - Art. 14 CP Analfabetas, 16-18 años y mayores de 70"	Si - Art. 14 CP	Si - Art. 14 CP	Art. 61.1% Electorado Nacional de al menos 5 estados, mínimo 0.3% del electorado de cada Estado	Si - Art. 14 C.P	Regulación legal	Si - Art. 14 CP	Regulación legal						
Chile	"Si - Art. 14 CP extranjeros"	"Si - Art. 15 CP ciudadanos"						Art. 5o y 128 CP (Solo reformas constitucionales)	Regulación legal			Si - Art. 118 CP	No	
Colombia	Si - Art. 258 CP		Si - Art. 103 CP	Art. 155 CP 5% Censo electoral nacional	Si - Art. 103 CP	Art. 170 CP 10% censo electoral (derogatorio)-Regulación legal	Si - Art. 103 CP			Si - Art. 103 CP	Autoridades locales.	Si - Art. 103 CP	Si	
Ecuador	"Si - Art. 62 CP 16 a 18 años mayores 65 años"	"Si - Art. 62 CP 18 a 65 años"	Si - Art. 61 CP	Art. 103 CP 0,25% del electorado de la jurisdicción (Iniciativa Popular Normativa)	Art. 103 y 106 CP	Art. 103 CP 0,25% del electorado de la jurisdicción (Iniciativa Popular Normativa)	(***) Art. 61	Ver nota		Art. 105 CP	Autoridades de elección popular.	Si - Art. 61 CP	Si	Consulta a los pueblos indígenas Art. 57 CP
Paraguay	Si - Art. 118 CP		Si - Art. 123 CP	Regulación legal	Si. Art. 121 y 122 CP	No						No	Si	

Cuadro 4. DEMOCRACIA DIRECTA EN LOS PAÍSES DE SUDAMÉRICA

Mecanismo	Voto		Iniciativa Legislativa			Referendof(*)		Plebiscito			"Revocatoria Del Mandato (**)"		Consulta Popular		Otros
	Facultativo	Obligatorio	Previsto	Núm. electores	Previsto	Iniciativa electores	Previsto	Iniciativa electores	Previsto en constitucion estatales	Cargos de elección	Previsto	Vinculante			
Perú	Si - Art. 51 a partir de los 70 años	Si - Art. 51 CP	Si - Art. 107 CP	Regulación legal	Si - Art. 31 y 32 CP	Regulación legal			Art. 31 CP	Autoridades locales					
Uruguay		Si - Art. 77 CP	Si - Art. 79 CP	Art. 79 C P 25% inscritos habilitados para votar	Si - Art. 79 CP	Art. 79 C P 25% inscritos habilitados para votar	Si - Art. 331 CP (Reforma constitucionales)	Art. 331. 10% de los ciudadanos inscritos en el Registro Cívico Nacional							
Venezuela	Si - Art. 63 CP		Si - Art. 70 CP	Art. 204 - 0,1% inscritos Registro Civil y Electoral	Si - Art. 70 CP	Art. 71 CP min 10% de inscritos en el Registro Civil y Electoral		Art. 70 CP	Todos los cargos y magistraturas de elección popular	Art. 70 CP	Sí				

Fuente: Elaboración propia

Notas:

Los recuadros en blanco Significa que la figura no está prevista.

Los recuadros en los que se indica "regulación legal", que el tópic es tratado unicamente en la ley, no en la Constitución.

En la iniciativa legislativa "No. de Electores" corresponde a lo exigido en la Constitución para el ejercicio de este mecanismo.

En el referendo y el plebiscito "Iniciativa Electores" quiere decir Si estos mecanismos pueden ser ejercidos por los electores "desde abajo"

En la revocatoria del mandato "Cargos de Elección" se refiere a que cargos de elección se aplica la medida, especialmente para identificar Si cubre el ámbito nacional o sólo regional/local en este último caso de habla de autoridades locales

(*) Sólo Colombia, Venezuela y Uruguay tienen la figura del referendo derogatorio.

(**) En Ecuador no se establece en forma expresa el Plebiscito Sino la figura de la consulta que opera frente cualquier asunto, por tanto, es tan amplio que puede cobijar tanto el plebiscito como la consulta bajo la definición establecida en las normas colombianas.

SISTEMA ELECTORAL, SISTEMA DE PARTIDOS
Y MECANISMOS DE DEMOCRACIA DIRECTA
EN CENTROAMÉRICA, PANAMÁ
Y REPÚBLICA DOMINICANA

Salvador SÁNCHEZ

SUMARIO: I. *Consideraciones generales.* II. *Sistemas electorales.* III. *Sistemas de partidos.* IV. *Problemas de representación política.* V. *Mecanismos de democracia directa.* VI. *La expansión de la democracia representativa.* VII. *La expansión de la participación directa.* VIII. *Conclusiones.* IX. *Bibliografía.*

I. CONSIDERACIONES GENERALES

En este trabajo se examina el sistema electoral, el sistema de partidos y los mecanismos de democracia directa en América Central, entre 1978 y 2008. En el marco de la convocatoria del seminario internacional 2009 sobre Nuevas Tendencias en el Constitucionalismo Latinoamericano, esto implica identificar lo que de común tienen las experiencias nacionales, como aquello que las diferencia, para reconocer cuáles son las tendencias observables en el derecho constitucional de la región relacionados con estos temas. Es necesario reconocer que la temática propuesta es sumamente amplia como para ser cubierta con propiedad en todos sus aspectos importantes. Por ello espero acogerme a la propuesta de los convocantes, de renunciar a las descripciones exhaustivas y permitir que fluya una reflexión potencialmente más provechosa, como lo sería la de vincular algunos de los rasgos más distintivos de nuestros sistemas electorales y de partidos, con algunos casos ilustrativos de la regulación positiva y de la jurisprudencia relevante a los temas propuestos.

Algunas similitudes relevantes entre los países de la región, desde la perspectiva constitucional, consisten en la constatación de la puesta en marcha en todos nuestros países de regímenes que pueden ser descritos como republicanos, presidencialistas, y democrático-representativos. En lo que respecta a República Dominicana, que tiene un órgano legislativo bicameral, también hay que advertir que se diferencia por este rasgo de los otros casos examinados, que mantienen regímenes unicamerales.

Las democracias que hoy se observan operando en la región se establecieron principalmente a partir de los años setenta del siglo pasado, como parte de un fenómeno de progresiva democratización que se vivió a lo largo del planeta. Pese al trasfondo común de la democratización, en la región aparecen itinerarios muy diferentes, que van desde la victoria militar revolucionaria en Nicaragua en 1979 hasta la intervención militar extranjera en Panamá en 1989.¹

Los cambios introducidos a las Constituciones de la región, durante esa “tercera ola” democratizadora, anticiparon, acompañaron, o fueron producto de la instalación efectiva de la democracia. En todo caso, son parte del marco jurídico indispensable para conocer los procesos de transición a la democracia en la región. El estudio de esas transiciones, incluidas el marco y los cambios constitucionales involucrados en ellas, advierten sobre los problemas, las oportunidades y los riesgos que enfrentan todas las sociedades en esas circunstancias.

El puerto de arribada de todos estos itinerarios, empero, es básicamente una democracia representativa, que se debate hoy entre su estabilización, la regresión, o su profundización, especialmente mediante el perfeccionamiento de las instituciones representativas y la adopción de mecanismos de democracia participativa.

La democracia representativa existente resulta insuficiente para sus críticos, tanto por no corresponder su puesta en práctica con algunos de sus presupuestos ideales, porque teóricamente se presenta como superada por modelos democráticos alternativos, que se consideran preferibles.

El hecho es que los rasgos fundamentales de la democracia representativa alcanzada al final de las transiciones democráticas en la región, se gestaron en los períodos de preinstauración democrática. Igualmente, al

¹ Vale incluso aclarar que el caso costarricense no pertenece a la “tercera ola”, pues su transición democrática se concretó entre 1948 y 1953. La última transición, según algunos autores, en la de Guatemala, perfeccionada con elecciones libres en 1999.

menos en sus primeros momentos, esos rasgos iniciales, especialmente el sistema electoral y de partidos, han condicionado las posibilidades de profundización de la democracia existente, y probablemente las seguirán condicionando por mucho tiempo más.

Es decir, tal y como lo ha subrayado Álvaro Artiga, tanto los sistemas electorales como de partidos tienen ya aparición durante los regímenes no democráticos instaurados en la región antes de las transiciones.²

En la medida en que la mayoría de las transiciones centroamericanas fueron prolongadas en el tiempo, el análisis del periodo por ellas definido muestra la presencia de continuidades y novedades respecto del periodo autoritario. Esto quiere decir, en primer lugar, que los sistemas de partidos que surgen de las transiciones no nacen de la nada. Las características que actualmente definen su configuración fueron gestadas en el periodo autoritario. En segundo lugar, las novedades refieren primordialmente a la oferta partidista y no tanto a los patrones de interacción.³

Este dato es de gran interés, porque nos permite enmarcar adecuadamente la génesis de los sistemas electorales y de partidos actuales que, empero, ya han dado muestras de adaptarse a las nuevas realidades, con desigual evolución (en ocasiones se evoluciona para excluir, en otros casos, como la reciente alternancia política salvadoreña lo demuestra, también puede evolucionarse hacia una mayor inclusión en el sistema político).

Debe enfatizarse también que la culminación de las transiciones a la democracia representativa le significa a las instituciones democráticas un reto adicional, relacionado con la eficacia de los gobiernos para enfrentar los problemas sociales. La crítica al desempeño de los gobiernos democráticos, suele desembocar en el debilitamiento de la identificación de los ciudadanos con la forma democrática de gobierno.

Sin embargo, al margen de la eficacia de los gobiernos democráticos, la democracia como régimen presenta retos específicos, relacionados con

² Artiga González, Álvaro, *El proceso de estructuración de los actuales sistemas de partidos en Centroamérica*, p.46, <http://www.iis.ucr.ac.cr/publicaciones/libros/textos/2/de-mocracia/03Alvaro%20Artiga.pdf>. Para un caso nacional, véase, Sánchez, Salvador, “Transición a la democracia en Panamá”, en Castillero Calvo, Alfredo (dir.), *Historia general de la República de Panamá*, Comisión Nacional del Centenario, vol. III, t. II, 2004, pp. 283-301.

³ *Ibidem*, p. 50.

el objetivo político de asegurar la estabilidad de su forma representativa limitada, o promover su expansión.

La pretensión de expandir los sujetos y las formas de la participación, reconoce que nuestras democracias no son fieles a su promesa de no excluir a nadie de la representación democrática, pero debe reconocer igualmente que la situación imperfecta actual se presentan estable pero no es inmune a la regresión autoritaria. La expansión hacia formas más perfectas de representación plantea recorrer un camino que permita conservar los logros alcanzados sin dar oportunidad a la regresión. Los instrumentos disponibles para intervenir en el régimen de representación política están dados por el derecho constitucional, pero exigen el adecuado monitoreo empírico de sus efectos.

Por otro lado, la representación política tiene sus limitaciones, y el reclamo de algunos sectores la desborda. Paralelamente a la expansión de los sectores y formas de la representación, se plantea la expansión de los instrumentos no representativos de participación. Ese camino ha exigido la intervención en el régimen político para producir nuevos espacios de toma de decisiones públicas, con la activa participación de los destinatarios o afectados por las decisiones.

En este sentido, justo es reconocer que, al igual que ocurre con los instrumentos de representación política, manipulables en términos de falta de control del financiamiento privado, falta de adecuado financiamiento público, falta de democracia interna de los partidos, falta de acceso a los medios de comunicación de masas, manipulación de las fórmulas electorales o del diseño de las circunscripciones, por poner algunos casos, los instrumentos de democracia participativa también pueden ser objeto de distorsiones, análogas a las que padece la democracia representativa, o específicas a sus diversas manifestaciones.⁴

Mientras tanto, el sistema electoral y el sistema de partidos, piezas clave de los sistemas políticos de toda la región, también han sido objeto de sucesivas intervenciones, en primer lugar como pasos necesarios para producir la transición a la democracia, y luego como mecanismos para ampliar la representación de estos sistemas, o en sentido inverso, para privilegiar la gobernabilidad por sobre la representatividad.

⁴ La institucionalización de las formas típicas de la democracia directa (el referéndum, para poner el caso), muestra usualmente las limitaciones de esos mecanismos, así como la historia de su establecimiento demuestra su uso posible como herramienta de reemplazo —no de complemento— de la democracia representativa.

De estas reflexiones se deriva la necesidad de examinar, en relación con la región en el periodo 1978-2008, los sistemas electorales y de partidos. Igualmente, examinaré algunos casos de establecimiento de instituciones de democracia participativa, concretamente los casos de referéndum y la participación en elecciones de organizaciones no partidistas y de candidatos libremente postulados.

II. SISTEMAS ELECTORALES

Los sistemas electorales se analizan a partir de la constatación de que el régimen político vigente en toda América Central se ha desarrollado a la sombra de la figura presidencial. Así, al momento de analizar los sistemas electorales, básicamente son dos los objetivos prioritarios: examinar el sistema electoral aplicado a las elecciones presidenciales, y el aplicado a las elecciones legislativas (dejando al margen de este estudio el sistema electoral aplicable a los gobiernos locales, reconociendo sin embargo que no es esencialmente menos importante).

1. Elecciones presidenciales

Para examinar los sistemas electorales aplicados a las elecciones presidenciales, basta con considerar que existen dos grandes fórmulas, la de mayoría simple, es decir, que gana la presidencia la candidatura que obtenga más votos que cualquiera contra las que compite, y la de mayorías calificadas, que exigen algún porcentaje especial para poder alcanzar la presidencia, y en caso de que no se alcance inicialmente, disponiendo la realización de una segunda elección, entre los contendientes más votados.

Centroamérica presenta todos estos tipos:

1. Mayoría relativa. Utilizada en Honduras y Panamá, en Nicaragua, entre 1984 y 1995; y en República Dominicana también hasta 1995.
2. Mayoría calificada absoluta (doble vuelta). Utilizada en Guatemala y en El Salvador y en República Dominicana desde 1995 hasta las reformas de 2001.
3. Mayoría calificada menor que absoluta (doble vuelta). Es el caso de Costa Rica, de Nicaragua desde 1995, y República Dominicana desde 2001.

Las diferencias más destacables en lo que se refiere a la fórmula de mayoría calificada, aparecen cuando ya no es necesaria la mayoría absoluta, sino una mayoría que bien puede ser fija, como 40% en Costa Rica, 45% en República Dominicana, o incluir algún elemento condicional, como 35% más el margen del siguiente candidato de más de 5%, en Nicaragua.

También hay una variación observable en lo que se refiere a la simultaneidad de las elecciones presidenciales con las parlamentarias, que se presenta en todos los casos menos en El Salvador y República Dominicana.

2. Elecciones legislativas

Mucho se ha escrito sobre las elecciones parlamentarias, las reglas electorales y la repercusión que tienen en el resultado de las elecciones.

Algunas de las características de los sistemas electorales aplicados a las elecciones parlamentarias han sido identificadas como fundamentales:

A partir del trabajo de Lijphart de 1995, existe cierto consenso en que los sistemas electorales constan de cuatro dimensiones fundamentales y cuatro de corte más secundario, en términos de su potencial de impacto político: la fórmula electoral, la magnitud de la circunscripción, el umbral electoral y el tamaño de la Asamblea.⁵

Cada una de estas dimensiones fundamentales lo son por cuanto afectan la profundidad de la proporcionalidad del sistema electoral aplicado a la conformación de una asamblea parlamentaria; es decir, que afectan el grado en que una cámara llega a reflejar en su integración, el resultado en votos que alcanzaron los diferentes partidos políticos en competición.

- La fórmula electoral consiste en el procedimiento aplicado para transformar el número de votos obtenidos en escaños en la Asamblea. Las grandes alternativas son el sistema mayoritario, y la representación proporcional, pero en este último caso hay una gran variedad de alternativas, con efectos más o menos proporcionales.

⁵ García Diez, Fátima, *Procesos contemporáneos de reforma electoral en América Central y Caribe*, AECI-Universidad de Salamanca, 2005, p. 19. Las características secundarias serían: la estructura del voto, la desigualdad del voto (*malapportionment*), el ciclo electoral y la posibilidad de unión de listas (*apparentement*).

- La magnitud de la circunscripción se refiere al número de escaños en disputa. Puede tratarse de circunscripciones grandes —paradigmáticamente, una única circunscripción nacional en el que se disputen todos los escaños— o circunscripciones muy pequeñas, en la que se disputen únicamente uno, dos o tres escaños.
- El umbral electoral se refiere al porcentaje de votos necesario para que un partido político sobreviva a una elección.
- El tamaño de la Asamblea, se refiere al número de escaños en ella.

Para América Central, la diversidad en estos aspectos no es poca. Examinaré a continuación cada uno de estos aspectos por separado:⁶

3. *Fórmula electoral en América Central y República Dominicana*

Las fórmulas electorales aplicables a las elecciones parlamentarias en la región, son diversas, incluyen la fórmula Hare (Costa Rica, El Salvador, Honduras, Panamá), Hagenbach-Bischoff (Nicaragua) y D'Hondt (Guatemala y República Dominicana).

Los sistemas de adjudicación fueron establecidos en los diferentes países examinados, en diferentes fechas. Así, en orden de implantación, en Costa Rica desde 1962, en República Dominicana desde 1978, en Panamá y Guatemala desde 1983, en El Salvador y Honduras desde 1989, y en Nicaragua desde 2000.

Esta diversidad no deja de tener consecuencias. En la medida que la fórmula Hare adjudica a cada partido tantos escaños como cocientes quepan en su total de votos válidos en cada circunscripción, es la fórmula más proporcional, y se aplica en Costa Rica, El Salvador y Honduras. La misma fórmula, sin embargo, puede dar resultados diferentes, como ya se ha advertido, dependiendo entre otros aspectos del tamaño de la circunscripción o de la gestión de los restos o residuos.

⁶ En adelante me apoyaré principalmente en las estadísticas que presenta Harry Brown para la región, apoyado a su vez en las bases de datos de la Universidad de Salamanca. Véase, Brown Araúz, Harry, “Los sistemas electorales en la región de Centroamérica, Panamá y República Dominicana”, *Revista Panameña de Política*, julio-diciembre de 2008, núm. 6, Panamá, República de Panamá, pp. 21-37.

La misma fórmula Hare, por ejemplo, aplicada en Panamá, presenta un rasgo desproporcional, en la ejecución del último paso en la adjudicación de curules (y ya no sólo por la magnitud de las circunscripciones). Si luego de asignar las curules utilizando los cocientes, quedan escaños sin asignar, éstos se conceden, según la fórmula Hare simple, a los partidos que tengan el resto mayor, previa resta a los partidos que obtuvieron curules, del número de cocientes equivalentes a los escaños que alcanzaron. En Panamá la asignación de los restos (medios cocientes y residuos) ha sido un elemento central de todas las reformas electorales al régimen electoral aplicable a las elecciones legislativas.

Como ha indicado Brown, Guatemala y República Dominicana aplican desde 1983 y 1978, respectivamente, la fórmula D'Hondt, mientras que Nicaragua utiliza la fórmula Hagenbach-Bischoff, que es menos proporcional.

Otra diferencia significativa, en este caso marcada por el caso de Panamá, es el hecho de que teniendo un sistema electoral organizado territorialmente en circunscripciones uninominales y plurinominales, es el único país en la región con un sistema electoral mixto.⁷ Así, la fórmula Hare modificada, descrita párrafos arriba, sólo se aplica en los circuitos plurinominales, mientras que en los circuitos uninominales se aplica la mayoría relativa.

4. Magnitud de las circunscripciones

La primera gran distinción, respecto a la magnitud de las circunscripciones, corresponde a si éstas son representadas por uno o por más de un escaño. Esta distinción hace las circunscripciones uninominales o plurinominales. Luego, ciertamente se observará que las circunscripciones plurinominales pueden ser representadas a partir de un número bajo de curules (1-5 escaños), mediano (6-9 escaños), o por el contrario, de un número alto (10 escaños o más).⁸

⁷ La mayoría de las circunscripciones de la región son pequeñas, pero las uninominales son excepcionales, salvo en Panamá, donde hay 27 circunscripciones uninominales.

⁸ Nicaragua y Guatemala tienen dos niveles distritales. En el primer caso, además de las circunscripciones comunes, se eligen diputados por una circunscripción nacional. En el segundo, una cuarta parte de los diputados se eligen según el resultado de la elección.

Las magnitudes mínimas y máximas van en la región de 1 (Guatemala Panamá, Honduras, y Nicaragua) a 4 (Costa Rica) —la mínima— a entre 8 (Panamá) y 31 (Guatemala) —la máxima—. Como puede observarse, las magnitudes de las circunscripciones en los países centroamericanos son diversas, y varían dentro de los países, con frecuencia de forma significativa.

Debe destacarse el predominio de las circunscripciones de pequeña magnitud. En Panamá no hay circunscripciones grandes.⁹ El país con mayor porcentaje de circunscripciones grandes es Costa Rica con 28.6%; El Salvador tiene 13.3%; Guatemala 16.7%; Honduras y Nicaragua 11.1% y República Dominicana 9.4%.

5. *El umbral electoral o barrera legal*

Tal y como ya hemos indicado, el umbral electoral se refiere al porcentaje de votos que debe alcanzarse para participar en la repartición de escaños. Como lo describe García Diez:

El umbral electoral hace referencia a la barrera mínima, establecida generalmente en términos de porcentaje de votos, a partir de la cual no es posible obtener representación. El umbral puede desdoblarse a su vez en dos indicadores: el legal o establecido por la ley electoral y el efectivo, que es el que realmente existe cuando se valora no el punto a partir del cual los partidos pueden obtener representación, sino el punto a partir del cual la obtienen de facto. Altos umbrales electorales, legales pero sobre todo efectivos, son indicadores de sistemas excluyentes que no favorecen la calidad de la representación pero sí la formación de gobiernos mayoritarios monocolors y la gobernabilidad, mientras que lo contrario es indicador de sistemas mucho más proporcionales.¹⁰

Los umbrales para la participación en el reparto de escaños están presentes en toda la región, en la forma de porcentajes que deben ser alcanzados. Sin embargo, aunque la mayoría de los casos, 2% a 4%, en Costa Rica depende del subcociente calculado en cada circunscripción separadamente. En Panamá no existe, aunque sí hay umbral para la sobrevivencia

⁹ De hecho, Panamá es el único país en el que casi la totalidad de los escaños se asignan en circunscripciones pequeñas.

¹⁰ García Diez, Fatima, *op. cit.*, p. 34.

cia de los partidos después de una elección general (4%). De hecho, hasta 2004 Panamá contaba con la figura del diputado por agregación.

Los umbrales efectivos promedio son en todos los casos mucho mayores que los legales.

6. *Tamaño de las asambleas*

El tamaño de las asambleas también es un elemento a considerar como fundamental para todo sistema electoral aplicado al Órgano Legislativo. En la región varía de los 57 parlamentarios de Costa Rica, a los 178 de la cámara baja de República Dominicana.

Número de Parlamentarios

<i>País</i>	<i>Número de parlamentarios</i>
Guatemala	84
El Salvador	84
Honduras	128
Nicaragua	90
Costa Rica	57
Panamá	79 (71)
República Dominicana	178 diputados / 30 senadores

FUENTE: Elaboración propia.

El tamaño de la cámara (o cámaras) incide, cuando se utilizan mecanismos de representación proporcional, en el grado en que la fórmula aplicada puede llegar a ser eficaz en la garantía de ese resultado.

III. SISTEMAS DE PARTIDOS

Las distinciones más importantes para la determinación de un sistema partidario son su formato (relacionado con el número de partidos presentes y relevantes) y la dinámica de la competencia entre ellos.

Si bien el número de partidos parece *a priori* un dato fácilmente determinable, lo cierto es que se han ensayado diversos métodos, entre los que destacan el índice de Rae y el de Laakso y Taagepera.

En lo que respecta a las características de la competencia entre partidos, se plantea si los sistemas de partidos son moderados o polarizados, según los partidos (las élites partidarias, los miembros del partido o los electores) se encuentren a mayor o menor distancia, en términos de ubicación ideológica o programas.

Combinando estos factores, los sistemas de partidos pueden corresponder a cuatro modelos: bipartidismo polarizado, bipartidismo moderado, multipartidismo moderado y multipartidismo polarizado. En la región, se observa el predominio del multipartidismo moderado.

Una primera advertencia la hago en el sentido que el sistema electoral debe incluir tanto los aspectos propios del diseño y reforma del sistema, como de su administración. La administración electoral, pese a su importancia, hasta hace poco no era parte de los estudios dedicados a los sistemas electorales:

Esta relevancia de las cuestiones de administración electoral contrasta con la falta de atención hacia estos aspectos por parte de la literatura tradicional, lo cual está muy relacionado con el sesgo producido por los casos observados, ya que se consideraba que las cuestiones de administración electoral en el caso de las democracias occidentales avanzadas era una cuestión completamente zanjada. Se trata, además, de un aspecto mucho menos fascinante y más tedioso de estudiar y documentar. Sin embargo, las elecciones libres y justas son, nada menos, la segunda dimensión en rango de relevancia de la poliarquía. La gobernación de las elecciones es un asunto crucial y no en vano numerosos países han llegado a la guerra civil teniendo como factor precipitante del desencadenamiento de los acontecimientos el fraude electoral.¹¹

La expansión en el campo señalado por la administración electoral tampoco es fácil. Destaco por poner algún ejemplo, la incorporación de organizaciones de la sociedad civil a los procesos institucionalizados de reforma electoral en Panamá.

¹¹ García Diez, Fátima, *op. cit.*, p. 127.

IV. PROBLEMAS DE REPRESENTACIÓN POLÍTICA

La forma en que operan los sistemas electorales de la región, produce un sesgo desproporcionado en favor de los partidos grandes, en la mayoría de los países. Las posiciones extremas, en todo caso, están ocupadas por Panamá, con la menor proporcionalidad entre los votos y los escaños obtenidos por los partidos políticos, y El Salvador, que presenta la mayor proporcionalidad en la región.

PROPORCIONALIDAD DE LOS SISTEMAS ELECTORALES EN CENTROAMÉRICA, PANAMÁ y REPÚBLICA DOMINICANA*

<i>País</i>	<i>Año</i>	<i>Proporcionalidad</i>
Costa Rica	2006	1.98
El Salvador	2006	0.92
Guatemala	2003	2.24
Honduras	2005	2.46
Nicaragua	2006	2.12
Panamá	2004	4.97
Republica Dominicana	2006	2.32

Elaboración: Harry Brown Araúz.

* Calculada a través del índice de Rae.

Por otro lado, se dan procesos de involución en el escenario propiamente electoral, con las reformas introducidas en Nicaragua en 1999. Dice al respecto

En Nicaragua el sistema se ha tornado bipartidista, no por las preferencias de los votantes sino por las reformas a las leyes electorales que se realizaron en el marco del acuerdo celebrado en 1999 entre el Partido Liberal constitucionalista y el FSLN; reformas que perseguían controlar el proceso político con fines más que partidistas. De un ordenamiento legal electoral amplio se pasó a uno excesivamente restrictivo, que logró disminuir el número de partidos participantes en las elecciones presidenciales y

parlamentarias, que en 1996 había sido de veintitrés y veinticinco respectivamente. En las lecciones de 2001, solamente concurren tres partidos: el Liberal Constitucionalista, el FSLN y el Conservador. Otras agrupaciones no lograron mantener o alcanzar el registro electoral.¹²

El caso de Nicaragua sirve como ejemplo de un camino que puede recorrerse al plantearse la reforma electoral, y por esa vía, la reforma de la representación política: no el camino hacia una expansión del número y calidad de los participantes en el sistema electoral y de partidos, sino su reducción.

En clave similar, no necesariamente causada por la reforma del sistema electoral y de partidos, autores como Brown han identificado la tendencia de la progresiva concentración del voto en las sucesivas elecciones panameñas. En ese mismo país, las fórmulas para asegurar la participación política electoral de las mujeres no han sido eficaces, mientras que la participación electoral de los pueblos indígenas, directamente vinculada a circunscripciones territoriales pobladas por indígenas, sí han resultado para producir una participación parlamentaria aproximada al significado demográfico de la población indígena.

V. MECANISMOS DE DEMOCRACIA DIRECTA

Si tomamos en cuenta el punto de partida cronológico de la tercera ola de las democracias, podemos percatarnos que en 1978 había en la región democracias como Costa Rica, así como dictaduras militares, como en Panamá. Es decir, el punto de partida era diferente según el país. Para algunos se trataba de iniciar un proceso de transición a la democracia. Para otros, un proceso de expansión de la democracia representativa existente.

De modo semejante, pese a que la democracia descrita en los acuerdos de paz, Esquipulas II, era una que no sólo se detenía en la realización periódica de elecciones, el establecimiento de un sistema competitivo de partidos, en lo electoral, era un elemento indispensable.

La ejecución de un universo de elecciones generales en toda la región bastante amplio, desde 1990 especialmente, en las que las oposiciones políticas han vencido con frecuencia a los adversarios políticos en el gobierno,

¹² Rojas Bolaños, Manuel, *Sistemas de partidos y crisis de la representación en Centroamérica*, México, San Cristóbal de Las Casas, 14 de marzo de 2005.

permiten concluir precisamente que los sistemas electorales y de partidos han logrado consolidarse en cuanto pilar de la democracia representativa.

Ahora bien, tanto para las democracias que desde 1978 han operado ininterrumpidamente, como para las democracias establecidas entre 1988 y 1998, la democracia representativa ha resultado insatisfactoria.

Veamos algunos datos, de un fenómeno ya conocido, y que suele describirse como crisis de la democracia representativa, crisis de la democracia, o crisis de los partidos políticos.

La crisis de la democracia representativa, suele ser examinada como una crisis de representación. Al respecto puede suponerse tanto que hay como que no hay problema alguno con estas percepciones, pero aún aceptando que expresan un problema político, no hay ni diagnósticos ni perspectivas aceptadas plenamente.

Sostienen esa percepción, sin embargo, datos elocuentes, como la participación parlamentaria de las mujeres, que es claramente marginal en la mayoría de los países de la región:

En América Central y Caribe, el porcentaje de mujeres con representación parlamentaria (16.31%) está por debajo de la media del continente (18,5%) y es prácticamente idéntico al existente en el Parlamento centroamericano. Al interior de la región, los países con mayor déficit de representación en este aspecto son Honduras (5.5%), Guatemala (8.2%) y El Salvador (10.7%). Al comparar estas tasas de representación centroamericanas con el resto de América Latina, los dos países con menos representación parlamentaria para las mujeres son de la región: Honduras y Guatemala. Asimismo, Costa Rica es, por el otro extremo, el país con mayor número de mujeres representadas en la arena legislativa, seguido de cerca sólo por Argentina. República Dominicana, Nicaragua y Panamá, entre los países latinoamericanos que mejor representan a las mujeres comparativamente, mientras que El Salvador estaría entre los países con peores niveles de representación de las mujeres en el subcontinente.¹³

De modo semejante, puede concluirse respecto de la representación de otros grupos, en particular los pueblos autóctonos.

Uno de los diagnósticos que goza de mayor predicamento, es el que supone que las instancias emblemáticas del modelo representativo de democracia, los partidos políticos, han perdido o nunca han tenido, su capacidad

¹³ García Diez, Fátima, *op. cit.*, p. 84.

de representar a sus respectivas sociedades. Excluyendo a quienes podrían abanderar la eliminación de los partidos políticos, la respuesta usual a éste diagnóstico es que el rol representativo de los partidos políticos debería ser fortalecido, o completado.

En lo que se refiere al fortalecimiento de la representación de los partidos políticos, lo que ha venido a proponer es el aumento de los mecanismos de fiscalización a los partidos, y la construcción de una vida interna de los partidos bajo estándares democráticos equivalentes a los que se exigen de la vida política interpartidaria.

Esto se ha hecho ocasionalmente perdiendo de vista las consecuencias que para la democracia interpartidaria tienen las transformaciones que se exigen a los partidos políticos.

En lo que se refiere a completar el sistema político democrático, se propone la apertura al cumplimiento de las funciones usualmente atribuidas en exclusiva a los partidos políticos existentes, a otras instancias (léase movimientos, organizaciones de la sociedad civil, candidatos independientes de los partidos, nuevos partidos), y a formas de participación política sin intermediación con los ciudadanos (iniciativas, referéndum, revocatorias de mandato).

De modo paralelo, el reclamo por una profundización de la democracia representativa ha estado acompañada por la demanda de una expansión de la democracia en clave de devolución a los ciudadanos de responsabilidades en la toma de decisión, con lo cuál quedan reforzados procesos de descentralización y desconcentración de las funciones estatales, y se empodera a los ciudadanos en la búsqueda de información necesaria para esa participación, así como se condiciona a la participación ciudadana, que importantes sectores de la actividad estatal pueda ejecutarse. Igualmente, estos procesos producen efectos sobre la eficacia de la acción estatal, que repercuten con posterioridad en la legitimidad de los partidos políticos.

Este doble proceso de profundización y expansión de la democracia no se hace sin consecuencias.

¿Cuáles son los mecanismos usualmente vinculados al concepto de democracia participativa o directa? Mencionemos algunos:

1. Libre postulación a puestos de elección popular
2. Revocatoria popular de mandatos electorales
3. Iniciativa de reforma Constitucional

4. Iniciativa Legislativa, derogatoria o constitutiva
5. Referéndum aprobatorio o revocatorio
6. Consulta ciudadana mandataria, vinculante o no vinculante

De ellos, los más importantes para relacionar con el objeto de ésta conferencia, son la libre postulación y la pérdida del monopolio de la actividad política por medio de los partidos políticos, temas profundamente imbricados. Adicionalmente examinaré también la presencia en el derecho constitucional de la región, de regulación que admite la utilización del referéndum.

VI. LA EXPANSIÓN DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Un caso que es útil para hacer gráficos los conflictos específicos que surgen de la expansión de la representación, y de la intervención de organismos supranacionales de protección de los derechos humanos que son ahora otros actores internacionales que inciden en los procesos políticos nacionales (pero que también son una arena de los conflictos nacionales e internacionales), es el caso *Yatama vs. Nicaragua*.

En el caso *Yatama vs. Nicaragua* la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que la exigencia de participar en las elecciones a través de partidos políticos, constituía una restricción indebida al ejercicio de los derechos políticos, tomando en cuenta las circunstancias propias de los pueblos indígenas.

Así, la Corte opinó que la apertura a la participación electoral de organizaciones diferentes a los partidos políticos parece pertinente e incluso necesaria para favorecer o asegurar la participación política de grupos específicos de la sociedad, tomando en cuenta sus tradiciones y ordenamientos especiales.¹⁴

En ese marco de la garantía de los derechos políticos de los pueblos indígenas, por lo tanto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos podía ser interpretada como que ordena disponer de fórmulas de organización del voto de los electores que sean respetuosas de las tradiciones políticas de los pueblos indígenas. Así:

¹⁴ Caso *Yatama vs. Nicaragua*, sentencia del 23 de junio de 2005, párrafo 215.

218. La restricción de participar a través de un partido político impuso a los candidatos propuestos por Yatama una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, como requisito para ejercer el derecho a la participación política, en contravención de las normas internas [...] que obligan al Estado a respetar las formas de organización de las comunidades de la Costa Atlántica, y afectó en forma negativa la participación electoral de dichos candidatos en las elecciones municipales de 2000. El Estado no ha justificado que dicha restricción atienda a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo. Por el contrario, dicha restricción implica un impedimento para el ejercicio pleno del derecho a ser elegido de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas que integran Yatama.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también tuvo ocasión de pronunciarse recientemente, sobre la libre postulación. La Corte en el caso *Castañeda Gutman vs Estados Unidos Mexicanos*,¹⁵ consideró el caso originado en la negativa del Instituto Federal Electoral (IFE), ante la solicitud de inscripción como candidato al cargo de elección popular de presidente de los Estados Unidos Mexicanos del señor Jorge Castañeda Gutman, la cuál había sido presentada el 5 de marzo de 2004.

En la negativa del IFE a admitir la inscripción de Castañeda Gutman como candidato,¹⁶ se aplicaron las disposiciones jurídicas de un régimen de las elecciones y de los partidos políticos, que en general excluye la participación de candidatos independientes (en el sentido de no postulados por partidos políticos).

La Corte debió considerar si la exclusividad de nominación de candidatos a cargos federales en México, por parte de los partidos políticos, implicaba o no una restricción indebida a los derechos humanos consagrados en la Convención. Al final, determinó que el sistema de registro de candidaturas a cargo de partidos políticos no constituye una restricción ilegítima para regular el derecho a ser elegido previsto en el artículo 23 de la Convención.

En concreto, la Corte se interrogó sobre si la limitación planteada por la legislación mexicana se adecuaba a las condiciones establecidas en el marco del sistema interamericano de protección de los derechos

¹⁵ *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia del 6 de agosto de 2008.

¹⁶ Dictada por la Dirección de Prerogativas y Partidos Políticos del IFE, mediante el oficio núm. DEPPP/DPPF/569/04 del 11 de marzo de 2004.

humanos. Estas condiciones, que se originan a las posibilidades generales de restricción ordinaria de los derechos fundamentales tal y como se presentan en la Convención Americana, aparecen desarrolladas en Castañeda Gutman.

La Corte afirmó además que un sistema de postulación partidaria exclusiva es una de las formas que adopta el régimen democrático, y que no viola la Convención Americana. De forma contundente, ha afirmado que considera que ambos sistemas, uno construido sobre la base exclusivamente de partidos políticos, y otro que admite también candidaturas independientes, pueden ser compatibles con la Convención.¹⁷

El hecho de que en el caso *Yatama vs. Nicaragua* la Corte Interamericana se hubiera pronunciado en favor de la apertura del sistema partidario a la participación de otras organizaciones —en el caso contra Nicaragua, organizaciones políticas de pueblos indígenas— fácilmente podía extrapolarse a la apertura a favor de las candidaturas independientes o libres. Precisamente, ese fue el empeño de los representantes de la presunta víctima en el caso contra México. Sin embargo, la Corte no lo consideró análogo:

172. El caso *Yatama* trata de personas que pertenecen a comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua que se diferencian de la mayoría de la población, *inter alia*, por sus lenguas, costumbres y formas de organización, que enfrentaban serias dificultades que los mantenían en una situación de vulnerabilidad y marginalidad para participar en la toma de decisiones públicas dentro de dicho Estado, y donde el requisito de participar políticamente a través de un partido político se traducía en una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, que impedía, sin alternativas, la participación de dichos candidatos en las elecciones municipales respectivas. *En cambio, el presente caso se trata de una persona que deseaba presentarse como candidato independiente, que no alegó ni acreditó representar intereses de algún grupo vulnerable o marginado de la sociedad que estuviera impedido formal o materialmente para acceder a cualesquiera de las alternativas que el sistema electoral mexicano ofrecía para participar en las elecciones, y que tenía diversas alternativas idóneas para poder ser postulado como candidato* (énfasis mío).

¹⁷ Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, párrafo 204.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin embargo, puede ser puesta a prueba de nuevo. Recientemente en Panamá, pese a múltiples fallos de la Corte Suprema de Justicia en el sentido contrario, se ha vuelto a demandar la disposición del Código Electoral que exige la postulación partidaria para el cargo de presidente de la República. Los demandantes han anunciado, que si no consiguen satisfacción a sus aspiraciones, concurrirán al sistema interamericano.¹⁸

VII. LA EXPANSIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DIRECTA

Se han introducido a lo largo de las últimas décadas varios instrumentos de democracia participativa en las Constituciones de la región. En esta ocasión trataré la experiencia con la introducción del referéndum. Sin embargo, el impulso de esta figura es mucho mayor, al examinar la regulación constitucional de algunos de los países de la región. Destacan, por haber tenido visible ejecución práctica reciente, los celebrados en Panamá y en Costa Rica. Destacan igualmente los países en los que ese desarrollo no se ha hecho presente: El Salvador y República Dominicana.

En la Constitución de 1982 de la República de El Salvador, el único aspecto que se explicita sobre democracia directa es la consulta popular del proyecto de unión centroamericana. El artículo 89 de la Constitución de ese país dispone que “El proyecto y bases de la unión se someterán a consulta popular”. Esta disposición, desprovista de desarrollo legislativo, tendría su origen en la Constitución de 1962.¹⁹

En República Dominicana, por su parte,

No existen disposiciones de índole constitucional o legislativa que instituyen o regulen modalidades de democracia directa mediante las cuales la ciudadanía pueda participa en procesos de toma de decisiones, como pue-

¹⁸ Sánchez, Salvador, “La libre postulación presidencial”, *Revista Panameña de Política*, Panamá, núm. 6, julio-diciembre de 2008, pp. 9-20.

¹⁹ Véase, Artiga-González, Álvaro, “Reforma política en El Salvador”, en Zovatto, Daniel y Orozco Henríquez, J. Jesús (coords.), *Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007*, México, UNAM-IDEA, 2008, pp. 525-569.

den ser la consulta popular a través de referendo o pleviscito, la iniciativa legislativa y la revocatoria de mandato.²⁰

Así las cosas, pasemos a examinar algunos ordenamientos constitucionales en los que sí aparece la posibilidad del referéndum o plebiscitos.

1. *Guatemala*

Guatemala ha tenido alguna experiencia histórica con las consultas populares.²¹ Sólo en 1994, con la utilización del referéndum para aprobar una serie de reformas constitucionales, el instrumento adquiere una de sus formas típicas con las que aparece en democracia. La regulación constitucional guatemalteca prevé las siguientes cláusulas:

Artículo 173. Procedimiento Consultivo. Las decisiones políticas de especial trascendencia deberán ser sometidas a procedimiento consultivo de todos los ciudadanos. La consulta será convocada por el Tribunal Supremo Electoral a iniciativa del presidente de la República o del Congreso de la República, que fijarán con precisión la o las preguntas que se someterán a los ciudadanos. [...] La Ley Constitucional Electoral regulará lo relativo a esta institución.

Por su parte, el artículo 280 de la Constitución Guatemalteca estipula que el procedimiento contemplado en el artículo 173 se ejecutará la reforma de la Constitución, en una de sus modalidades. Aplicada a la reforma constitucional de 1999, los resultados fueron los siguientes:

²⁰ Duarte, Isis y Espinal, Rosario, “Reformas políticas en América Latina: República Dominicana”, en Zovatto, Daniel y J. Jesús Orozco Henríquez (coords.), *política y electoral en América Latina 1978-2007*, México, UNAM-IDEA, 2008, pp. 864-903.

²¹ Una experiencia que se remonta al referéndum de 21 de octubre de 1854, cuando el pueblo declaró presidente vitalicio al dictador Rafael Carrera. El 25 de mayo de 1935, la institución del referéndum también sirvió para prolongar por seis años el mandato del también dictador Jorge Ubico. El 10 de octubre de 1954, se utilizó igualmente para ratificar la presidencia del coronel Carlos Castillo Armas, el golpista que derrocó al presidente democrático Jacobo Arbenz. Es decir, en las primeras tres ocasiones, sirvió de un instrumento para la legitimación autoritaria, y no para la profundización democrática.

<i>Papeleta</i>	<i>Votación Sí</i>	<i>Votación No</i>
Pregunta 1: Nación y pueblos indígenas	327 854	366 591
Pregunta 2: Organismo Legislativo	284 423	392 223
Pregunta 3: Organismo Ejecutivo	294 849	392 223
Pregunta 4: Organismo Judicial	316 656	373 025
Votación total	757 940	

FUENTE: Base de Datos Políticos de las Américas. (2001)²²

Como puede observarse de la lectura de las cláusulas constitucionales, es destacable la utilización del lenguaje referido a “decisiones política de especial trascendencia” y de “procedimiento consultivo”.

2. Nicaragua

En Nicaragua la Constitución establece claramente, desde 1995, que el régimen político es participativo:

Artículo 2. La soberanía nacional reside en el pueblo y la ejerce a través de instrumentos democráticos, decidiendo y participando libremente en la construcción y perfeccionamiento del sistema económico, político y social de la nación. El poder político lo ejerce el pueblo por medio de sus representantes libremente elegidos por sufragio universal, igual, directo y secreto, sin que ninguna otra persona o reunión de personas pueda arrogarse este poder o representación. *También podrá ejercerlo de manera directa por medio del referéndum y del plebiscito y otros procedimientos que establezcan la presente Constitución y las leyes* (subrayado mío).

La Ley Electoral (Ley 331 de 2000), regula las consultas populares en la forma de plebiscito o referéndum (título IX, capítulo único). Esa

²² Base de Datos Políticos de las Américas. (2001) Guatemala: Referéndum, 1999 [Internet]. Georgetown University y Organización de Estados Americanos. En: <http://pdba.georgetown.edu/Elecdata/Guate/ref99.html>, 22 de abril 2001.

regulación autoriza tanto la iniciativa del Ejecutivo como la popular, necesitándose en este último caso un número no menor de 50 000 firmas. El Consejo Supremo Electoral regulará tanto el calendario, como lo atinente al financiamiento para las campañas y el uso de los medios de comunicación (artículo 137).

Es relevante la distinción entre plebiscito y referéndum que hace la legislación nicaragüense (diferencia que también es observable en el caso de Honduras). Para la ley electoral nicaragüense, plebiscito es “la consulta directa que se hace al pueblo sobre decisiones que dentro de sus facultades dicte el Poder Ejecutivo y cuya trascendencia incida en los intereses fundamentales de la nación” (artículo 133), mientras que referéndum es “el acto de someter directamente ante el pueblo leyes o reformas, de carácter ordinario o constitucional, para su ratificación” (artículo 134).

La Ley de Participación Ciudadana desarrolló adicionalmente otras muchas formas de participación, que garantizan el derecho a participar a extranjeros residentes y adolescentes, en determinados ámbitos.²³

4. Honduras

En 2004 Honduras procedió a reformar el artículo 5o. de la Constitución, mediante el decreto núm. 242-2003. El nuevo artículo, bastante extenso, no sólo introduce el principio de la democracia participativa, sino que incorpora directamente la regulación de algunos instrumentos de participación directa, como el referéndum y el plebiscito. El artículo lee así:

Artículo 5o. El gobierno debe sustentarse en el principio de la democracia participativa del cual se deriva la integración nacional, que implica participación de todos los sectores políticos en la administración pública, a fin de asegurar y fortalecer el progreso de Honduras basado en la estabilidad política y en la conciliación nacional. A efecto de fortalecer y hacer funcionar la democracia participativa se instituyen como mecanismos de consulta a los ciudadanos el referéndum y el plebiscito para asuntos de importancia fundamental en la vida nacional. Una ley especial aprobada por dos terceras partes de la totalidad de los diputados del Congreso Nacional, determinará los procedimientos, requisitos y demás aspectos nece-

²³ Ley núm. 475. Aprobada el 22 de octubre de 2003, *La Gaceta*, núm. 241, del 19 de diciembre del 2003.

sarios para el ejercicio de las consultas populares. El referéndum se convocará sobre una ley ordinaria o una norma constitucional o su reforma aprobadas para su ratificación o desaprobación por la ciudadanía. El plebiscito se convocará solicitando de los ciudadanos un pronunciamiento sobre aspectos constitucionales, legislativos o administrativos, sobre los cuales los poderes constituidos no han tomado ninguna decisión previa. Por iniciativa de por lo menos diez (10) Diputados del Congreso Nacional, del presidente de la República en relación del Consejo de Secretarios de Estado o del seis por ciento (6%) de los ciudadanos inscritos en el Censo Nacional Electoral, habilitados para ejercer el sufragio, mediante sus firmas y huellas dactilares debidamente comprobadas por el Tribunal Supremo Electoral, el Congreso Nacional conocerá y discutirá dichas peticiones, y si las aprobara con el voto afirmativo de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros; aprobará un decreto que determinará los extremos de la consulta, ordenando al Tribunal Supremo Electoral, la convocatoria a la ciudadanía para el referéndum o el plebiscito. Corresponde únicamente al Tribunal Supremo Electoral, convocar, organizar y dirigir las consultas a los ciudadanos señaladas en los párrafos anteriores. El ejercicio del sufragio en las consultas ciudadanas es obligatoria. No serán objeto de referéndum o plebiscito los proyectos orientados a reformar el artículo 374 de esta Constitución. Asimismo no podrán utilizarse las referidas consultas para asuntos relacionados con cuestiones tributarias, crédito público, amnistías, moneda nacional, presupuestos, tratados y convenciones internacionales y conquistas sociales. Corresponde al Tribunal Supremo Electoral, informar en un plazo no mayor a diez (10) días al Congreso Nacional los resultados de dichas consultas. El resultado de las consultas ciudadanas será de obligatorio cumplimiento: *a)* si participan por lo menos el cincuenta y uno por ciento (51%) de los ciudadanos inscritos en el Censo Nacional Electoral al momento de practicarse la consulta, y *b)* si el voto afirmativo logra la mayoría de votos válidos. Si el resultado de la votación no es afirmativo, la consulta sobre los mismos temas no podrá realizarse en el siguiente periodo de gobierno de la República. El Congreso Nacional ordenará la puesta en vigencia de las normas que resulten como consecuencia de la consulta mediante el procedimiento constitucional de vigencia de la ley. No procede el veto presidencial en los casos de consulta por medio de referéndum o plebiscito. En consecuencia el presidente de la República ordenará la promulgación de las normas aprobadas.

La motivación expresa de la reforma fue que se introducía para consolidar la democracia, adecuando el sistema de representación “mediante la

adopción de mecanismos complementarios de participación directa del pueblo” (considerando 1). Que las consultas libres a los ciudadanos “son los mejores instrumentos de la democracia para fortalecer el diálogo entre gobernantes y gobernados” (considerando 2). Que la incorporación del referéndum y el plebiscito a la Constitución hondureña “fortalecerán la democracia representativa y participativa” (considerando 3).

Las características de la institución quedaron marcadas por una división esencial, entre referéndum y plebiscito, el primero de los cuales se referiría a la presentación y consideración de los ciudadanos de actos jurídicos ya formados por las autoridades representativas, y el plebiscito de actos pendientes de ser formulados.

5. *Panamá*

Panamá ha tenido previsto el referéndum en su Constitución Política, desde los años setenta. En la Constitución de 1972 incluso se señaló, y sigue vigente, que los “ciudadanos tienen el derecho de iniciativa y de referéndum en los asuntos atribuidos a los concejos municipales” (artículo 239).

En aquella época también se incorporó la consulta popular en forma de plebiscito respecto a todo eventual tratado del canal de Panamá. Respecto a éste tema, el texto original de la Constitución de 1972, fue modificado en varias ocasiones.

La primera consulta popular de este tipo, fue efectivamente realizada en octubre de 1977 (Tratados Torrijos Carter) con el texto original y en un contexto autoritario, y la segunda en 2006, bajo la versión modificada en 2004, ya en plena democracia.

Artículo 325. Los tratados o convenios internacionales que celebre el órgano ejecutivo sobre el canal de esclusas, su zona adyacente y la protección de dicho canal, así como la construcción de un canal a nivel del mar o de un tercer juego de esclusas, deberán ser aprobados por el órgano legislativo y, luego de su aprobación, serán sometidos a referéndum nacional, que no podrá celebrarse antes de los tres meses siguientes a la aprobación legislativa. Ninguna enmienda, reserva o entendimiento que se refiera a dichos tratados o convenios tendrá validez, si no cumple con los requisitos de que trata el inciso anterior.

Esta disposición se aplicará también a cualquier propuesta de construcción de un tercer juego de esclusas o de un canal a nivel del mar por la ruta existente, que proponga realizar la autoridad del canal de Panamá, ya sea por administración o mediante contratos celebrados con alguna empresa o empresas privadas o pertenecientes a otro Estado u otros Estados. En estos casos, se someterá a referéndum la propuesta de construcción, la cual deberá ser aprobada previamente por el órgano ejecutivo y sometida al órgano legislativo para su aprobación o rechazo. También será sometido a referéndum cualquier proyecto sobre la construcción de un nuevo canal (1972, versión 2004).

En ésta segunda ocasión, la opción del sí al proyecto de ampliación del canal, obtuvo 705 284 votos, lo que representó 76.3% del total de los votos válidos emitidos, mientras que la opción del no consiguió 201 105 votos válidos, que representó 21.8% del total.²⁴ Hubo una participación electoral de 43.3%, que puede considerarse baja, pero que en todo caso debe compararse con otras consultas semejantes, y no con las elecciones generales. Los votos en blanco fueron 9.67 (1.1%) y los nulos fueron 7.673 (0.8%).²⁵

Algunas particularidades adicionales del referéndum en Panamá, se refieren a la regulación de la participación en ellos de movimientos no inscritos como partidos. Desde 1992 el Tribunal Electoral reglamenta vía decreto esta posibilidad, que fue particularmente notoria en 2006.²⁶

La Constitución vigente, tras la reforma constitucional de 2004, introdujo también la posibilidad de hacer cambios constitucionales mediante procedimientos como el de la Constituyente Paralela, al final del cuál debe someterse a la consideración popular el texto de la nueva Constitución:

Artículo 314. Podrá adoptarse una nueva Constitución, a través de una Asamblea Constituyente Paralela, que podrá ser convocada por decisión del órgano ejecutivo, ratificada por la mayoría absoluta del órgano legislativo, o por el órgano legislativo con el voto favorable de dos terceras partes de sus miem-

²⁴ Fanovich, Sigeilly y Sánchez, Salvador, "Panamá: El Canal como palanca del desarrollo", *Revista Panameña de Política*, núm. 4, julio-diciembre, 2007, pp. 23-41.

²⁵ Tribunal Electoral de la República de Panamá, <http://www.tribunal-electoral.gob.pa/referendum/documentos/resultados/cuadro-01-por-circuito.xls>.

²⁶ Valdéz Escoffery, Eduardo, "Reforma electoral en América Latina: el caso de Panamá", en Zovatto, Daniel y Orozco Henríquez, J. Jesús (coords.), *Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007*, México, UNAM-IDEA, 2008, pp. 743-781.

bros, o por iniciativa ciudadana, la cual deberá ser acompañada por las firmas de, por lo menos, el veinte por ciento de los integrantes del Registro Electoral correspondiente al 31 de diciembre del año anterior a la solicitud. En este caso, los peticionarios tendrán hasta seis meses para cumplir con este requisito de conformidad con el reglamento que al efecto expida el Tribunal Electoral... (1972, versión 2004).

Artículo 314. El nuevo acto constitucional aprobado con arreglo a este método será sometido a referéndum convocado por el Tribunal Electoral en un periodo no menor de tres meses, ni mayor de seis meses, contado a partir de la fecha de su publicación en el *Boletín del Tribunal Electoral*.

El acto constitucional aprobado con arreglo a cualquiera de los procedimientos señalados en este artículo y en el artículo anterior, empezará a regir desde su publicación en la *Gaceta Oficial*, la cual deberá hacerse por el órgano ejecutivo, dentro de los diez días hábiles que siguen a su ratificación por la Asamblea Nacional, o dentro de los treinta días hábiles siguientes a su aprobación mediante referéndum, según fuere el caso, sin que la publicación posterior a dichos plazos sea causa de inconstitucionalidad.

En el periodo examinado, debe agregarse, se realizaron al menos otras tres consultas populares nacionales: reformas constitucionales aprobadas por referéndum no previsto en la Constitución (1983), reformas constitucionales según lo previsto en la Constitución, rechazadas en 1994, y nuevamente, reformas constitucionales rechazadas, en 1998.

En lo que respecta al uso del referéndum en el marco de la reforma de la Constitución, es importante la experiencia de 1983, que fue impugnada por inconstitucional, al no enmarcarse en la cláusula de reforma vigente en la época. La reflexión de la Corte Suprema de Justicia, al determinar la constitucionalidad de la convocatoria a referéndum, fue la siguiente:

El artículo 140 de la Constitución, por lo tanto, interpretado en el contexto amplio de las normas constitucionales y no con un criterio restrictivo y excluyente, debe aceptarse que se refiere al sistema jurídico de reformas normales y corrientes, sin que ello, claro está, signifique que en ciertos casos y situaciones dadas en la realidad social y política nacional, se tenga que recurrir a otros procedimientos de reformas regulares y democráticas aún cuando éstos no estuvieren expresamente contemplados en normas de rango constitucional, pero que tienen pleno fundamento y justificación en el marco amplio de la Constitución.

Así, cuando se crean esas condiciones que afectan en una forma u otra, o cambien sustancialmente las instituciones creadas en la propia Constitución el artículo 140 que se analiza resulta ineficaz, constitucional y jurídicamente como método o procedimiento reformativo a la Constitución.

En ese sentido, cuando los Órganos del Estado se proponen perseguir esos propósitos de reformas sustanciales tiene que recurrir (sic) fuente originaria del poder público, para que sea el titular legítimo de ese poder, el pueblo, el que decida mediante su expresa voluntad fiel y honradamente respetadas la validez constitucional y jurídica del acto emanado de uno de los Órganos del Estado.²⁷

Es significativo que todas las reformas constitucionales sometidas a referéndum hayan abordado temas importantes del diseño del sistema electoral y de partidos, en especial la de 1983 (enmarcada en una de las transiciones de la democracia en Panamá, que fracasó luego del fraude electoral de 1984), la reforma integral de la Constitución de 1972 en 1994, y la pretendida adopción de la reelección presidencial y nuevas normas sobre el Tribunal Electoral, en 1998.²⁸

6. Costa Rica

El referéndum en Costa Rica aparece como herramienta democrática participativa en escala nacional con las reformas constitucionales de 2002 y 2003. La primera utilización de estas disposiciones ocurre en 2007, en relación del proyecto de ley de aprobación del “Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica-Estados Unidos” (TLC).

Artículo 9. El gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Lo ejercen el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial (2003).

²⁷ Fallo de 21 de abril de 1983. No publicado en la G.O., Publicado en el *Registro Judicial* de abril de 1983, pp. 100-122. Ponente: Rodrigo Molina. Recurrente: Miguel Antonio Bernal, Enrique Adames y Joaquín Ortega.

²⁸ En diciembre de 1940 ya se había celebrado un referéndum para ratificar la Constitución Política que entró a regir el 2 de enero de 1941.

Artículo 105. La potestad de legislar reside en el pueblo, el cual la delega en la Asamblea Legislativa por medio del sufragio. Tal potestad no podrá ser renunciada ni estar sujeta a limitaciones mediante ningún convenio ni contrato, directa ni indirectamente, salvo por los tratados, conforme a los principios del derecho internacional.

El pueblo también podrá ejercer esta potestad mediante el referéndum, para aprobar o derogar leyes y reformas parciales de la Constitución, cuando lo convoque al menos un cinco por ciento (5%) de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral; la Asamblea Legislativa, mediante la aprobación de las dos terceras partes del total de sus miembros, o el Poder Ejecutivo junto con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.

El referéndum no procederá si los proyectos son relativos a materia presupuestaria, tributaria, fiscal, monetaria, crediticia, de pensiones, seguridad, aprobación de empréstitos y contratos o actos de naturaleza administrativa.

Este instituto será regulado por ley, aprobada por las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.

Por propio mandato de la Constitución, la institución del referéndum requería de una ley que la desarrollara, la cual fue efectivamente expedida en marzo de 2006: Ley sobre Regulación del Referéndum (núm. 8492 del 9 de marzo).²⁹

El referéndum en Costa Rica se ha establecido tanto en su modalidad legislativa (tanto constitutivo como abrogativo) como constitucional.

Por otro lado, su ejercicio plantea varias limitaciones importantes, referidas a los tiempos de su realización (nunca seis meses antes ni después de una elección presidencial), materiales (quedando excluidos materia presupuestaria, tributaria, fiscal, monetaria, crediticia, de pensiones, seguridad, aprobación de empréstitos y contratos o actos de naturaleza administrativa), y requiriendo también superar un umbral de participación. “Al menos, el treinta por ciento (30%) de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral, para la legislación ordinaria, y el cuarenta por ciento (40%) como mínimo, para las reformas parciales de la Constitución y los asuntos que requieran aprobación legislativa por mayoría calificada”.

²⁹ Sobrado González, Luis Antonio, “Primera experiencia de referéndum en Costa Rica: regulación y alcances”, *Revista de Derecho Electoral*, núm. 4, segundo semestre, 2007.

La iniciativa para promoverlo pertenece al Ejecutivo (+29 diputados), al Legislativo (aprobado por 2/3 partes de sus miembros) y a los ciudadanos, para lo que es necesario la adhesión de 5% del padrón electoral.

Por otro lado, el artículo 168 de la Constitución de Costa Rica manda la realización de otro tipo de consultas populares, en caso de alterarse la división político administrativa del Estado:

Artículo 168. Para los efectos de la Administración Pública el territorio nacional se divide en provincias, éstas en cantones y los cantones en distritos. La ley podrá establecer distribuciones especiales.

La Asamblea Legislativa podrá decretar, observando los trámites de reforma parcial a esta Constitución, la creación de nuevas provincias, siempre que el proyecto respectivo fuera aprobado de previo en un plebiscito que la Asamblea ordenará celebrar en la provincia o provincias que soporten la desmembración.

La creación de nuevos cantones requiere ser aprobada por la Asamblea Legislativa mediante votación no menor de los dos tercios del total de sus miembros.

Se trata esta de una modalidad de consulta popular, cuyo antecedente efectivo más remoto es la decisión tomada por los pueblos de lo que hoy es Guanacaste, de integrarse a Costa Rica, en 1824.

VIII. CONCLUSIONES

Las reflexiones siguientes han sido elaboradas sobre la base de las interrogantes que se plantearon durante el seminario internacional 2009 sobre Nuevas Tendencias en el Constitucionalismo Latinoamericano.

A ese respecto, la primera conclusión es que, sin duda, la democracia representativa ha constituido una variable central en el proceso de democratización de la región. Ha sido un mínimo indispensable para muchos actores.

Hasta ahora, los instrumentos de democracia participativa sólo plantean un reto relativo. Parece imperioso sin embargo prestar atención a la promesa incumplida de la representatividad política. El flanco más notoriamente débil de las democracias en la región, es la posibilidad de que las elecciones no integren a la comunidad política a la que sirven como mecanismo de selección de líderes (como mínimo). Los espacios de

apertura a la participación política electoral (requisitos para la inscripción de partidos políticos; proporcionalidad del sistema electoral aplicado a las elecciones parlamentarias; participación en el sufragio activo y pasivo de todos los sectores; financiamiento de las campañas, acceso a los medios de comunicación), deben ser observados.

Los instrumentos típicos de la democracia directa sólo parecen haberse extendido en la región de forma parcial y limitada. Además, en los ordenamientos constitucionales que los recogen, dichos instrumentos (hablo en particular de las consultas populares) aparecen como herramientas para profundizar las democracias existentes, se activan por estímulo, principalmente, de los propios sujetos típicos del sistema de partidos.

Esto no significa que estas herramientas no tengan capacidad para movilizar a grandes sectores de la sociedad, incluso estimulando la participación electoral significativamente. En este punto, los ejemplos contrapuestos del referéndum sobre el TLC en Costa Rica, o el referéndum sobre la ampliación del canal, en Panamá, son casos contrapuestos.

Por otro lado, algunas de las formas típicas de democracia participativa, están regulados de forma tal que son en gran medida una ficción. En este sentido, las condiciones para presentar candidaturas independientes de los partidos, que con frecuencia hacen señalamiento de número de adherentes, suele plantear una restricción difícil de superar, equivalente a los efectos reductores de los límites para la inscripción de partidos políticos o barreras electorales altas. Esto puede observarse, al menos, en los requisitos necesarios para convocar popularmente una Asamblea Constituyente en Panamá.

Las reformas que profundicen la democracia en el sentido de democracia participativa, producen cambios en las interacciones con los actores políticos preexistentes. Sin embargo, es destacable que en realidad, los actores que se aprovechan de estas nuevas oportunidades de participación, pueden ser los mismos actores (en cuanto individuos) que en una determinada coyuntura quedan al margen de las formas usuales de representación política. Este efecto no resulta incluyente por tanto ni de nuevos actores ni de nuevas temáticas, y resulta particularmente tensa la interacción resultante, aunque poco productiva en términos de representación.

Las tensiones formales vienen a ser una consecuencia provisional del proceso de incorporación de nuevas instituciones. Por ejemplo, si la introducción o el desarrollo detallado se lleva a cabo a nivel constitucional

(lo que no ocurre siempre), el desarrollo legislativo, reglamentario y jurisprudencial posterior, se ejecutará en un probablemente largo periodo de identificación y superación de las tensiones jurídicas consiguientes.

Las formas en que el referéndum aparece en la región, es diversa. En ocasiones aparece junto a la institución análoga (pero diferente) del plebiscito; en otras, se presenta en el marco de aprobación de actos de las autoridades representativas (como reformas legales o constitucionales). Con poca frecuencia está regulado el referéndum como un producto de la iniciativa popular. Cuando aparece, además, la regulación lo acota: la necesidad de números altos de adherentes a la iniciativa popular, los temas excluidos por mandato constitucional, etcétera, son importantes. La mayor apertura suele aparecer en el marco de asuntos aparentemente menos sensibles, como en el marco de la gestión local.

Los principales defectos, podrían estar relacionados en el impacto sobre la legitimidad de la democracia representativa como forma de gobierno, y de las instituciones políticas, entre ellas especialmente los partidos políticos. La participación acentúa la descentralización de las instituciones representativas para la solución, pero no deja de colocarlas como blanco de la crítica.

Sus insuficiencias estarían planteadas principalmente en relación a lo que se espera de ellas, y lo que realmente pueden proporcionar. De alguna manera le pasa lo mismo a la democracia participativa que a la democracia representativa: la promesa pone el listón muy alto.

Puede afirmarse que hay elecciones libres y justas en Centroamérica. Los déficits de la democracia electoral están principalmente en la regulación del financiamiento. Se pierde de vista con extremada frecuencia que el financiamiento, como el acceso o control de los medios de comunicación de masas, determina en gran medida las posibilidades de que la mínima información necesaria para tomar una decisión, llegue al elector.

El perfeccionamiento de la democracia representativa puede hacerse sin caer en la ingobernabilidad, pero no sin hacer a la democracia más representativa. En este sentido, los escenarios son los de observar los efectos desproporcionales y excluyentes de los sistemas electorales, incluyendo el asunto del financiamiento. Miro particularmente a los umbrales para la fundación y sobrevivencia de partidos políticos, a las fórmulas electorales, a la magnitud de las circunscripciones, al tamaño de las asambleas. La democracia interna de los partidos, también debe ser ob-

servada. Esto no es lo mismo que la democracia participativa, sino el fortalecimiento de los partidos.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ARTIGA GONZÁLEZ, Álvaro, *El proceso de estructuración de los actuales sistemas de partidos políticos en Centroamérica*, <http://www.iis.ucr.ac.cr/publicaciones/libros/textos/2/democracia/03Alvaro%20Artiga.pdf>.
———, *Sistemas electorales y sistemas de partidos en Centroamérica y Panamá*, El Salvador, diciembre de 2002.
- BROWN ARAÚZ, Harry, “Los sistemas electorales en la región de Centroamérica, Panamá y República Dominicana”, *Revista Panameña de Política*, Panamá, núm. 6, julio-diciembre de 2008.
- CASTILLERO CALVO, Alfredo (dir.), “Transición a la democracia en Panamá”, *Historia general de la República de Panamá*, Comisión Nacional del Centenario, vol. III, t. II, agosto de 2004.
- FANOVICH, SIGEILLY Y SÁNCHEZ, Salvador, “Panamá: el canal como palanca del desarrollo”, *Revista Panameña de Política*, núm. 4, julio-diciembre de 2007.
- GARCÍA DIEZ, Fátima, *Procesos contemporáneos de reforma electoral en América Central y Caribe*, AECI-Universidad de Salamanca, 2005.
- ROJAS BOLAÑOS, Manuel, *Sistemas de partidos y crisis de la representación en Centroamérica*, México, San Cristóbal de Las Casas, 14 de marzo de 2005.
- SÁNCHEZ, Salvador, “La libre postulación presidencial”, *Revista Panameña de Política*, Panamá, núm. 6, julio-diciembre de 2008.
- SOBRADO GONZÁLEZ, Luis Antonio, “Primera experiencia de referéndum en Costa Rica: regulación y alcances”, *Revista de Derecho Electoral*, núm. 4, segundo semestre de 2007.
- ZOVATTO, Daniel Y OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús (coords.), *Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007*, México, UNAM-IDEA, 2008.

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y AL REFERÉNDUM EN MÉXICO

Javier PATIÑO CAMARENA

SUMARIO: I. *Planteamiento general*. II. *De la democracia formal a la democracia participativa*. III. *Los contornos fundamentales del referéndum*. IV. *El referéndum en la historia constitucional de México*. V. *Conclusión*. VI. *Bibliografía*.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Nuestra democracia representativa, como toda forma de gobierno de este tipo, se estructura a partir del principio de que la titularidad de la soberanía le corresponde al pueblo, el cual, por razones prácticas delega el ejercicio de algunas de sus atribuciones soberanas en las personas que elige como sus representantes y las cuales sólo pueden actuar dentro de los límites que la voluntad general les ha precisado en la Constitución. Pero el pueblo ni delega la titularidad de su soberanía, ni delega el ejercicio de todas sus atribuciones soberanas, sino que tan solo delega el ejercicio de unas cuantas, y el ejercicio de aquellas atribuciones que delega, no lo hace de manera irrevocable, de tal manera que el pueblo permanece en calidad de soberano y en cualquier momento puede revocar el ejercicio de aquellas atribuciones que haya delegado y asumir su ejercicio directo.

Para estructurar a una democracia representativa, no basta con afirmar y reafirmar que la soberanía radica original y esencialmente en el pueblo, sino que además se requiere configurar un sistema representativo, el cual supone, como mínimo, la creación de un sistema de partidos políticos que haga posible que la divergencia de opiniones, propia y característica de la democracia, se pueda reducir a proporciones racionales que permi-

tan organizar la vida política, económica y social del país y de igual forma supone el que con base en el sufragio universal se organicen consultas electorales a intervalos de relativa frecuencia, que permitan conocer a opinión de los ciudadanos acerca de quiénes deben ser sus representantes, así como el programa político con apego al cual desean que se gobierne al país

Ahora bien, los regímenes democráticos más avanzados, ya no se limitan a afirmar y reafirmar el principio de la soberanía del pueblo, ni a estructurar y mejorar al sistema representativo, sino que además buscan configurar mecanismos que efectivamente aseguren que el pueblo sea dueño de su destino y que ejerza su soberanía no sólo eligiendo a sus representantes, sino también aprobando en definitiva las decisiones más importantes y trascendentes que se relacionan con los términos del contrato social precisado en la Constitución. Por ello un gran número de tratadistas ven al referéndum como la figura emblemática de la democracia semidirecta que permite tener un auténtico gobierno del pueblo.

De los estudios que se han elaborado en torno de esta institución, se desprende que el referéndum puede servir para proteger al cuerpo social de propuestas de reforma que impliquen cambios trascendentes a los términos esenciales del pacto o contrato social plasmado en la Constitución, o bien para apoyar e impulsar una nueva idea del derecho que responda de mejor manera a los requerimientos que demande la realidad social, o, si se prefiere, en los términos empleados por Miguel Covián Pérez, como fuerza impulsora que rompe la inmovilidad de una *idée de droit* rezagada e inadaptable frente a las transformaciones que reclama la realidad social.¹

Cabe aclarar que no toda experiencia refrendaria es *per se* democrática, ya que este instrumento también ha sido utilizado por regímenes dictatoriales que han encontrado que el empleo de esta figura jurídica permite manipular a la opinión pública, ya sea por los términos en que se formule la consulta o pregunta, ya sea por la posibilidad que ofrece para alcanzar, a partir de datos o visiones parciales, un apoyo global a una determinada política, o bien, por cuanto el empleo de esta figura le ofrece al gobernante la posibilidad de eludir a la oposición en el Congreso, recurriendo a la consulta directa del pueblo.

¹ Covián Pérez, Miguel, "Referéndum constitucional", *La Jornada*, 24 de marzo de 1996.

En este orden de ideas, cabe recordar que Michelangelo Bovero² refiere que: “la calidad de una democracia, no mejora por simplificar el proceso de toma de decisiones, todo lo contrario, para mejorarla hay que agregarle varios mecanismos correctivos, de control y de garantía”. El referéndum no es la panacea democrática. Como sociedad de ciudadanos, el régimen puede refrescarse con la participación directa de los electores para resolver cuestiones trascendentes de la vida política. Pero, como régimen de moderaciones, debe ser cauteloso frente a su innegable potencial autocrático.

En los estudios especializados sobre la materia, frecuentemente se cita como ejemplos de experiencias referendarias positivas y exitosas, a las que tuvieron lugar en España en 1978, cuando después de la muerte del caudillo Francisco Franco se elaboró un proyecto de Constitución que fue sometida a la aprobación definitiva del pueblo mediante un referéndum y la que tuvo lugar en Chile en 1988, cuando se le preguntó al electorado si quería que continuara en el poder Augusto Pinochet. También se citan como experiencias referendarias exitosas las que tuvieron lugar en varios países de Europa del Este, ya que por esta vía se liberaron de la Unión Soviética.

En torno a la experiencia española, cabe recordar que la Constitución vigente fue aprobada por las cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado, celebradas el 31 de octubre de 1978, y fue aprobada en definitiva por 87.87% de los electores³ españoles por medio del referéndum del 6 de diciembre de 1978.

En el caso de Chile cabe recordar que Pinochet se hizo del poder el 11 de septiembre de 1973 por medio de un cruento golpe militar y el 27 de junio de 1974 asumió el título de jefe supremo de la nación. Con posterioridad, en septiembre de 1980, organizó un referéndum para elaborar la llamada Constitución pinochetista, el cual ganó con 67 %, de los votos y nueve años más tarde la referida Constitución fue aprobada por 85 % de

² Bovero, Michelangelo, *Los desafíos actuales de la democracia*, México, IFE, 1995.

³ De los resultados publicados por la Junta Electoral Central en el Boletín Oficial del Estado, se desprenden que de un total de 26 632 180 ciudadanos participaron en la consulta popular 17 873 301; que los votos a favor de la Constitución fueron 15 706 078, lo que representó 87.87% de los votos emitidos, en tanto que los votos en contra ascendieron a 1 400 505, equivalente a 13.79%; las papeletas en blanco fueron 632 902 y las papeletas nulas 133 786.

los electores. Animado por estos resultados, Pinochet estuvo de acuerdo en que mediante un nuevo referéndum se le preguntara al pueblo si quería que permaneciera en el poder hasta 1997 o si debían de celebrarse elecciones sin su participación, pero en esta ocasión la respuesta que le dio el pueblo chileno por medio del referéndum que se celebró el 5 de octubre de 1988 le fue adversa, ya que el 55.9% se pronunció en favor de las elecciones, pero en contra de la permanencia de Pinochet en el poder. Con posterioridad, en seguimiento de los resultados del referéndum se convocó a elecciones y en la consulta electoral correspondiente resultó electo el candidato Aylwin, demócrata cristiano, en tanto que el candidato Balbín, apoyado por Pinochet, resultó derrotado, por lo que esta consulta electoral vino a significarse por cuanto con ella Chile regresó a la vida institucional normal.⁴

Pero también se registran experiencias referendarias que han servido para fortalecer el poder de diversos gobernantes de temperamento dictatorial que encontraron que el referéndum les podría ser útil para eludir el control de sus respectivos parlamentos y fortalecer su poder autoritario, como fue el caso de Napoleón III, Hitler, Mussolini y Ceausescu que por esta vía buscaron legitimar su poder autocrático.

Con base en las consideraciones anteriores, se puede concluir que el empleo del referéndum puede permitir tanto la consolidación de regímenes democráticos como el fortalecimiento de otros de talante autocrático, por lo que resulta claro que las ventajas que puede presentar el empleo del referéndum dependen no sólo de sus bondades intrínsecas, sino que también se encuentran condicionadas por otros factores, tales como el grado de desarrollo alcanzado por el país que se propone hacer uso de este instrumento, el nivel de instrucción de la población del país en cuestión y la consistencia que registren sus instituciones democráticas.

Ahora bien, toda vez que en nuestro país se han registrado algunas experiencias referendarias, así como algunos intentos inconclusos de este tipo de consulta popular, a lo largo del presente ensayo se procurará co-

⁴ El referéndum se realizó en aplicación de las disposiciones transitorias 27 a 29 de la Constitución Política de 1980 para decidir si Augusto Pinochet seguiría como presidente del país hasta 1997. El resultado fue de 44.01 % por el sí, y 55.99% por el no. El universo electoral habilitado para votar ascendió a 7 435 913. El triunfo del no significó conforme a las disposiciones transitorias de la Constitución, la convocatoria a elecciones democráticas conjuntas para elegir presidente y miembros del parlamento al año siguiente, que conduciría al fin de la dictadura y el comienzo del periodo conocido como transición a la democracia.

nocer tanto los contornos fundamentales de cada una de estas experiencias con objeto de desentrañar las causas por las cuales estos intentos referendarios no se tradujeron en consultas populares reales.

II. DE LA DEMOCRACIA FORMAL A LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

De 1824 hasta 1911-1917, el avance electoral más significativo que tuvo lugar en nuestro medio consistió en el tránsito que se operó de un sistema de elecciones indirectas en tercer grado, a un sistema de elecciones directas, conquista que tuvo su primera expresión jurídica en la reforma constitucional promovida por Madero en 1911, y su consagración definitiva en la Constitución elaborada por el Congreso Constituyente de 1916-1917.

Si se quiere resumir en una apretada síntesis la vida política en México a partir de 1917 hasta el presente, se puede decir que ésta ha consistido en buscar fórmulas que permitan transitar de una democracia representativa formal o virtual a una democracia representativa participativa o real. El encuentro en unos casos de diversas fórmulas que han tenido por objeto dicho tránsito, el desencuentro con dichas fórmulas en otros y el extravío o el reencuentro en algunos más, ha nutrido la vida política desde entonces hasta el presente y han dado como resultado los contornos de nuestro sistema político actual.

En efecto, si se analizan en su conjunto las reformas constitucionales que han tenido lugar en materia electoral a partir de 1917, se podrá apreciar que primero se procuró ampliar al cuerpo electoral, con posterioridad se centró la atención en delinear de mejor manera al sistema electoral y las últimas han focalizado su interés en depurar la organización electoral, en mejorar y ampliar al sistema recursal y en conferirle mayores atribuciones al órgano jurisdiccional responsable de vigilar que el proceso electoral se oriente y conduzca con escrupuloso apego a los principios de certeza, legalidad, imparcialidad, independencia y objetividad plasmados en el artículo 41 constitucional.

III. LOS CONTORNOS FUNDAMENTALES DEL REFERÉNDUM

De conformidad con nuestro derecho positivo, los ciudadanos intervienen en la vida política por medio del ejercicio de los derechos políticos que son, fundamentalmente el derecho a votar, es decir, el derecho a elegir representantes políticos, el derecho a ser electo para ocupar un cargo de representación política, los derechos de reunión, de asociación y de petición en materia política, así como mediante el ejercicio de las garantías constitucionales relacionadas con la libertad de expresión, el derecho a la información y la libertad de prensa.

De igual forma se debe tener presente que en los términos de lo dispuesto por el artículo 39 constitucional, en todo tiempo existe la posibilidad de recurrir a las figuras propias y características de la llamada democracia semi-directa, particularmente al referéndum, ya sea que se le contemple en forma exclusiva o bien que se le asocie con otras figuras de la democracia semidirecta como pueden ser la iniciativa popular o la revocación del mandato, si bien el ejercicio de estas figuras depende, en todos los casos, de que las autoridades constituidas elaboren las reglas necesarias para ello.

Las consideraciones anteriores han dado como resultado que conforme pasa el tiempo se observe en los foros académicos un incremento en los pronunciamientos en favor de que se adopte y regule al referéndum, al que se considera como una de las figuras más emblemáticas de la democracia semi-directa.

Mediante el referéndum se puede facultar al pueblo para aceptar o rechazar en definitiva una iniciativa de ley, ya sea constitucional u ordinaria, ya sea formulada o simplemente enunciada, o bien, para aceptar en definitiva un proyecto de ley formulado por los órganos competentes.

Es por ello que en atención al momento en el que opera el referéndum, se habla o bien de un referéndum de consultación, o bien de un referéndum de ratificación. La primera hipótesis se da cuando se le pide al pueblo su parecer antes de discutir una iniciativa legislativa sobre un tema determinado y en caso de que el resultado sea afirmativo los órganos competentes deberán proceder a su elaboración, y en caso de que el resultado sea negativo se debe desechar o abandonar el proyecto legislativo en cuestión.

Por medio del referéndum de ratificación se faculta al pueblo para que apruebe en definitiva ciertas proposiciones de leyes ordinarias o constitu-

cionales que hayan sido elaboradas por los órganos competentes. Así, conforme a la Constitución Federal de los Estados Unidos, toda reforma constitucional debe ser aprobada en definitiva por el pueblo, y de igual forma la Constitución de Francia establece la posibilidad de que toda reforma a la constitución sea aprobada por la vía del referéndum.⁵

En estos casos se puede decir que el referéndum viene a significarse como un procedimiento excepcional, mediante el cual el cuerpo ciudadano substituye al legislador en la fase de adopción de la ley, ya que en esta hipótesis para que el proyecto de ley formulado por el órgano legislativo adquirirá pleno valor jurídico, se requiere la aceptación expresa del pueblo.

En atención al margen de libertad de que disponen las autoridades para recurrir al referéndum, se habla de referéndum obligatorio, que deberá substanciarse cada vez que se actualice alguna de las hipótesis prevista por la ley para que tenga lugar este tipo de consulta popular y de referéndum facultativo, expresión con la que hace referencia a la facultad discrecional que se le confiere a la autoridad correspondiente para que cuando se presenten ciertas hipótesis previamente determinadas por la ley, si lo estiman pertinente, sometan a la aprobación definitiva del cuerpo ciudadano la adopción de ciertas leyes.

Algunos autores hacen referencia específica al referéndum de arbitraje, que tendría lugar en los casos en que surge un conflicto entre los poderes políticos (Legislativo y Ejecutivo) y estos no llegan a ponerse de acuerdo sobre la forma de resolverlo y, por lo mismo, se resuelve someter al pueblo la solución del mismo.

Cabe señalar que se pueden regular la iniciativa popular y el referéndum en forma combinada, tal y como sucedería en el caso de que se faculte al cuerpo ciudadano para que, cuando reúna ciertos requisitos, presenten iniciativas de leyes formuladas ante los órganos competentes, los cuales deberán publicar el proyecto en cuestión y fijar fecha para que el resto de los ciudadanos apruebe o rechace en definitiva el proyecto, haciéndose por lo

⁵ En Francia entre las experiencias referendarias que han tenido lugar figuran las de 29 de septiembre de 1958, a través del cual se aprobó la Constitución de la Quinta República Francesa, las que tuvieron lugar en 1961 y 1962 en torno a la autodeterminación e independencia de Argelia, la de 28 de octubre de 1962 referente al presidencialismo, la de 27 abril de 1969 relativas a las reformas al Senado y la de 23 de abril de 1972 en torno a la ampliación de la CEE y en el 2001 en relación con la Constitución de los Estados Unidos de Europa.

mismo, innecesaria la tramitación normal. También se pueden regular de manera conjunta el referéndum y la revocación del mandato, modalidad a la que con frecuencia se le denomina *referéndum revocatorio*.

También cabe llamar la atención sobre el hecho de que frecuentemente se utilizan los términos referéndum y plebiscito como sinónimos, no obstante que entre una y otra institución existen notables diferencias.

En efecto, en tanto que a través del referéndum se faculta al pueblo para aceptar o rechazar en definitiva un proyecto de ley formulado por los órganos competentes, el plebiscito es el voto de confianza que le otorga el pueblo a una persona para que continúe en el poder. La doctrina francesa cita como casos típicos de plebiscitos, la consulta que se hizo al pueblo para saber si quería la herencia de la dignidad imperial para la descendencia directa, natural, legítima y adoptiva de Napoleón Bonaparte (mayo de 1804) y para determinar si se quería investir a Luis Napoleón del poder imperial (noviembre de 1852).

La confusión que se da entre referéndum y plebiscito obedece a que la frontera entre estos tipos de consulta popular no siempre resulta fácil de precisar, ya que cada una de ellas suele comprender dosis variables de elementos plebiscitarios y referendarios, tal como sucedió durante el gobierno del presidente Charles de Gaulle en el marco de la V República Francesa, periodo durante el cual el presidente de Francia acostumbró solicitar un voto de confianza del pueblo de manera implícita a la aceptación de una determinada propuesta legislativa sometida a aprobación definitiva del pueblo por la vía del referéndum, práctica que en diversas ocasiones le resultó favorable. Ahora bien, conforme a esta práctica, en 1969 el general De Gaulle le propuso al pueblo francés reformar la Constitución con objeto de privar al Senado de su carácter político y conferirle un rol puramente consultativo, en el entendido de que la aprobación del referéndum respectivo implicaría que el pueblo le reiteraría su confianza, en tanto que su no aprobación significaría lo contrario. En este contexto y toda vez que el pueblo francés rechazó su propuesta por la vía del referéndum, el general De Gaulle consideró que ello significaba que el electorado francés no le había refrendado su confianza y por lo mismo renunció a su cargo.

IV. EL REFERÉNDUM EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL DE MÉXICO

La consulta de los anales correspondientes, permite apreciar, en el ámbito federal, cuatro momentos relacionados con el referéndum: el primero de ellos tuvo lugar en 1824 con motivo de la anexión de Chiapas a México; el segundo en 1856-1857 cuando en el seno del respectivo Congreso Constituyente, la Comisión de Constitución le propuso al pleno del referido Congreso que las iniciativas de reforma constitucional, se sometieran a la aprobación definitiva del pueblo por la vía del referéndum, propuesta que finalmente no fue aprobada; la tercera experiencia tuvo lugar en diciembre de 1977, cuando se reformó la fracción VI del artículo 73 de la Constitución Federal, a efecto de disponer “que los ordenamientos legales y los reglamentos relativos al gobierno del Distrito Federal serían sometidos a referéndum y podrían ser objeto de iniciativa popular”, disposición que fue derogada diez años más tarde, en 1987, sin que durante ese tiempo ninguna ley o reglamento del D. F. se hubiera sometido a la aprobación definitiva por la vía del referéndum y sin que ningún partido político se inconformara por su supresión; el cuarto momento tuvo lugar en 1996 cuando durante la ceremonia del CXC aniversario del natalicio de Benito Juárez, el 21 de marzo del referido año, el presidente Zedillo, mediante el secretario de Gobernación, le propuso a los partidos políticos que las iniciativas de reforma a las decisiones políticas y jurídicas fundamentales contenidas en la Constitución se sometieran a referéndum, propuesta que fue desairada por los partidos políticos.

Ahora bien, toda vez que en el presente las constituciones de siete de los estados de la República Federal Mexicana contienen disposiciones conforme a las cuales las propuestas de reformas constitucionales se deben someter a la aprobación definitiva del pueblo por la vía del referéndum, en la parte final de este ensayo, se ofrecerá una visión general sobre las mismas.

En vista de que solo cuando se conoce el origen y la evolución de una Institución, se está en condiciones de entender los presupuestos para su mejor funcionamiento, y toda vez que ello es condición indispensable, para poder discernir entre lo que debemos conservar y lo que debemos abandonar, así como entre lo que debemos conservar y lo que debemos reformar, o en su caso innovar, a continuación se analizarán las experiencias referendarias que han tenido lugar en nuestro medio.

1. *El referéndum y la anexión de Chiapas a México*

En 1821 cuando México proclamó el acta de independencia de España, Chiapas decidió adoptar el Plan de Iguala y los Tratados de Córdoba, y en seguimiento de ello declaró su independencia no sólo de España, sino también de la Capitanía General de Guatemala y solicitó su anexión a México.

Como resultado de ello, el 16 de enero de 1822, se expidió el decreto por el cual la provincia de Chiapas se integró a México y, acto seguido, se dispuso lo necesario para que Chiapas quedara debidamente representada ante el Congreso Constituyente, que se integró con apego al Plan de Iguala y a los Tratados de Córdoba, y que en seguimiento de ello debería organizar a México como una “monarquía constitucional”.

Se sucedieron diversos acontecimientos entre los que destacan la coronación de Iturbide como primer emperador constitucional de México, “el golpe de Estado” mediante el cual Iturbide disolvió al Congreso Constituyente, los planes de Veracruz y Casa Mata, que exigieron la reinstalación del Congreso, lo que a la postre obligó a Iturbide a restablecer al Congreso a principios de 1823, el que, tan pronto reasumió sus funciones, decretó la nulidad del imperio y expidió la convocatoria a un nuevo Congreso Constituyente que debía organizar a México, ya no en forma de una monarquía constitucional, como lo había dispuesto el Plan de Iguala y los Tratados de Córdoba, sino “en la forma en que lo resolviera soberanamente el propio Congreso Constituyente”, por considerar que la nación mexicana no puede estar sometida a plan o tratado alguno, sino que, le corresponde a ella, y sólo a ella, decidir cómo se organiza políticamente.

En vista de todos estos acontecimientos, los chiapanecos consideraron necesario analizar y debatir si continuaba vigente el pacto de unión a México, toda vez que dicha decisión se había adoptado en el entendido de que México se organizaría como una monarquía constitucional, lo que, por las decisiones comentadas, dejó de tener sentido.

Así, a partir del 8 de abril de 1823, se abrió un periodo que se proyectó a lo largo de varios meses y durante el cual se sucedieron diversos acontecimientos, unos tendientes a unir a Chiapas a México, otros a Guatemala y otros más a conferirle vida independiente.

En estas condiciones y con el propósito de poner fin a la situación de incertidumbre política que se vivía, la Suprema Junta Provisional de Chiapas envió una circular a cada uno de los doce distritos que en ese entonces conformaban a la Provincia de Chiapas, solicitándoles la celebración de plebiscitos (termino que con frecuencia, como en el caso, es utilizado como sinónimo de referéndum) para que la población manifestara si deseaba constituirse en forma independiente, si decidían unirse a Guatemala o a México. La consulta plebiscitaria dio como resultado que el 12 de septiembre de 1824, la mayoría de los chiapanecos se pronunciaron por la incorporación a México. En cumplimiento de esta resolución se proclamó la anexión correspondiente el 14 de septiembre de 1824, situación que fue reconocida por la Constitución Federal Mexicana del 4 de octubre de 1824.

En seguimiento de estas determinaciones y con apego a los principios contenidos en la Constitución Federal de la República Mexicana, Chiapas promulgó su primera Constitución el 19 de noviembre de 1825, la cual fue jurada el 19 de febrero del año siguiente, resultando oportuno hacer notar que en dicha Constitución se precisó que la región del Soconusco formaba parte integrante del territorio del Estado.

El gobierno de Guatemala se inconformó con esta situación y al año siguiente se apoderó de la región del Soconusco y obligó a sus habitantes a jurar la Constitución guatemalteca. En virtud de estos acontecimientos, el gobierno de México se vio precisado a defender la referida porción territorial, tanto en el terreno de las armas como por la vía diplomática, todo lo cual dio como resultado que el 11 de septiembre de 1842 la región del Soconusco se reincorporara definitivamente a Chiapas y, por lo mismo, a México, ya que en la fecha referida los respectivos gobiernos formalizaron y protocolizaron debidamente la situación descrita.

2. La propuesta de referéndum en el Congreso Constituyente de 1856-1857

Al triunfo de la revolución de Ayutla y en cumplimiento a lo dispuesto en el Plan del mismo nombre, el presidente provisional Juan Álvarez convocó a un nuevo Congreso Constituyente el cual al ocuparse de esta materia analizó la propuesta que en materia de reformas presentó la Comisión de Constitución encabezada por Melchor Ocampo, y la cual se configuró en los siguientes términos:

- a) Con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes, el Congreso acordaría qué artículos serían objeto de estudio para su reforma.
- b) El acuerdo se publicaría en los periódicos tres meses antes de la elección de la siguiente legislatura.
- c) Al verificarse las elecciones correspondientes, los electores se deberían manifestar sobre la reforma propuesta y en caso de estar conformes lo deberían hacer constar en los respectivos poderes que dieran a sus candidatos a diputados.
- d) Hecho lo anterior, una vez integrada la nueva legislatura, le correspondería a ésta, aprobar o rechazar los términos de las reformas.
- e) En caso de que la legislatura recién integrada aprobara la propuesta de reforma constitucional admitida por la legislatura precedente, se debería de someter la misma a la aprobación definitiva del pueblo por la vía del referéndum.
- f) Finalmente, si la mayoría absoluta de los electores votare en favor de las reformas, el Ejecutivo sancionaría la reforma como parte de la Constitución.

Cabe señalar que el mecanismo de reformas que se proponía en ese entonces era similar al que se había adoptado de 1824, si bien más complejo, destacando dos novedades: la primera consistía en la exigencia de que se publicara el texto de la propuesta de reforma en los principales periódicos de la República, con objeto de que todos aquellos que tuvieran algo que decir sobre ella, contribuyeran con sus luces al esclarecimiento de la misma.

La segunda novedad consistió en que la Comisión de Constitución propuso, que toda propuesta de reforma constitucional admitida por la legislatura precedente, una vez aprobada por la legislatura subsiguiente, se debería de someter a la aprobación definitiva del pueblo mediante de un referéndum, es decir, con un mecanismo de democracia directa. Esta exigencia resultó sorprendente debido a que el propio Congreso Constituyente, semanas antes, al discutir el sistema de elecciones, se había opuesto a la adopción del sistema de elección directa de los diputados, por considerar que dado el nivel general de instrucción prevaleciente en el país, el pueblo aún no estaba preparado para ello, consideración que de-

terminó que la Comisión desechara la propuesta de elecciones directas y en su lugar propusiera transitar de un sistema de elecciones indirectas en tercer grado, a un sistema de elecciones indirectas en primer grado, propuesta que fue aprobada. Estos antecedentes explican la sorpresa que les causó a varios “constituyentes” el percatarse de que en una materia tan delicada, como lo es la reforma constitucional, la Comisión de Constitución les propusiera que las propuestas que se formularan, después de ser aprobadas por legislaturas, en la forma exigida, deberían someterse a la aprobación definitiva del pueblo por la vía del referéndum.

En este estado de cosas, durante las sesiones del Congreso Constituyente, y en particular en la sesión celebrada el 18 de noviembre de 1856, los diputados Villalobos, Moreno y Zarco impugnaron el mecanismo de reformas propuesto por considerar que resultaba sumamente prolongado y por cuanto no resultaba congruente con el sistema de elecciones indirectas en primer grado que el Congreso Constituyente había adoptado. Por su parte Guillermo Prieto, en la sesión celebrada el 26 del mismo mes, criticó al procedimiento propuesto para la reforma constitucional, por considerar que el mismo tenía por objeto conocer la voluntad del pueblo, pero de manera acartonada, ya que a las preguntas formuladas sólo podría responder con un sí o un no “cuando la opinión pública quiera una reforma con ciertas modificaciones, no encontrará la fórmula para expresar su pensamiento, porque tendrá un candado en la boca que sólo le dejará decir sí o no”; Prieto también convenía con Zarco en que el mecanismo de reformas propuesto resultaba inconsistente con el sistema de elección indirecta que la propia Comisión, encabezada por Ocampo, había adoptado; pues resultaba contradictorio haberse opuesto a la adopción del sistema de elecciones directas de los miembros del Congreso por considerar que el pueblo aún no estaba maduro para ello, y en cambio proponer en materia de reformas a la Constitución un mecanismo de democracia pura por demás avanzado.

En apoyo o defensa del mecanismo propuesto por la Comisión de Constitución, Melchor Ocampo se concretó a señalar que en esta materia se debería confiar en el “buen sentido del pueblo”, en tanto que José María Mata argumentó que mediante la exigencia de que las propuestas de reforma fueran discutidas en la prensa, se abría la posibilidad de que todos aquellos que tuvieran algo que decir contribuyeran con sus luces al esclarecimiento de las materias objeto de la reforma, lo que a su vez facilitaría el que el

pueblo se pudiera formar un criterio al respecto. Sin embargo, estas razones no convencieron al pleno de la Asamblea Constituyente, que encontraron más consistentes y elocuentes las críticas formuladas por Zarco y Prieto, por lo que a partir de entonces se empezó a generar consenso en el sentido de que se debía modificar el procedimiento propuesto para reformar a la Constitución.

El rechazo que generó el mecanismo de reformas constitucionales propuesto, se vio fortalecido por el hecho de que durante las deliberaciones se hizo evidente el que si quería preservar los contornos del pacto federal plasmado en la Constitución, y si se quería evitar que sin la intervención de los estados se pudiera alterar el reparto de competencias que la misma establecía entre la Federación y las entidades federativas, entonces resultaba imprescindible que, en los procesos de reforma constitucional se le diera intervención tanto a la federación como a las entidades federativas para que de esta suerte una y otras vigilaran y garantizaran la vigencia y el respeto del reparto de competencias. A la postre esta consideración resultó definitiva y dio como resultado que por 67 votos en favor y 14 en contra, el Constituyente al configurar al Poder Constitucional Reformador adoptó el modelo americano, que es el que mejor se ajusta a la naturaleza de un Estado federal, ya que conforme al mismo las propuestas de reforma a la Constitución deben ser sustanciadas mediante la actividad concertada del Poder Legislativo Federal o Congreso de la Unión, (el cual, en 1857, se estructuró en forma unicameral) y de la mayoría de las legislaturas de los Estados, poderes que al actuar de manera coordinada y concertada para efectos de la reforma constitucional integran un poder distinto a los poderes constituidos.

Como se sabe, con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución de 1857, se proclamó el Plan de Tacubaya de Félix Zuloaga por el cual se desconoció a la recién aprobada constitución de 1857, plan que al hacerlo suyo el presidente Comonfort dio como resultado un golpe de Estado que desencadenó la Guerra de Reforma y al término de ésta se sucedieron las guerras de Intervención e Imperio, mismas que se prolongaron hasta el año de 1867, cuando en el cerro de las Campanas todos comprendieron, como lo señaló Justo Sierra, que la Reforma, la República y la Patria eran la única bandera nacional.

En este estado de cosas Sebastián Lerdo de Tejada, en su calidad de secretario de Gobernación, consideraba que las reformas constitucionales

que se hacían necesarias tras la derrota del Imperio, debían ser aprobadas por el pueblo directamente, pero poco tiempo más tarde modificó su parecer al respecto y, siendo ya presidente (1872), promovió el que las reformas constitucionales que resultaban necesarias (Leyes de Reforma y restablecimiento del Senado) se tramitaran y aprobaran con apego al mecanismo que establecía la Constitución de 1857 para su reforma, lo que sucedió en 1873 y 1874, respectivamente.

Con base en las consideraciones anteriores, se puede decir que la propuesta que formuló la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente de 1856-1857, para someter las propuestas de reforma constitucional a la aprobación definitiva del pueblo por la vía del referéndum, fue un propósito fugaz que murió antes de nacer, debido a la contradicción existente entre dicha propuesta y las razones que se esgrimieron en ese mismo Congreso para desechar el sistema de elecciones directas.

3. El referéndum en relación con los ordenamientos legales relativos al Distrito Federal, en los términos de la reforma constitucional de 1977

En diciembre de 1977, el Poder Reformador de la Constitución adicionó la fracción VI del artículo 73 Constitucional, a efecto de precisar las bases constitutivas del Distrito Federal y en esa ocasión se dispuso “que los ordenamientos legales y reglamentos relativos al gobierno del Distrito Federal serían sometidos a referéndum y podrían ser objeto de iniciativa popular”.

Del análisis de la Exposición de Motivos de la iniciativa de reforma constitucional en comento, se desprende que se concebía tanto al referéndum como a la iniciativa popular como:

Medios complementarios que buscaban el consenso y la expresión popular en los actos de gobierno” y como “instrumentos de expresión e interpretación de la soberanía del pueblo, que permitirán a los ciudadanos del Distrito Federal intervenir en la formación de los ordenamientos relativos al gobierno local.

Al año siguiente, el Ejecutivo federal sometió a la consideración de la Cámara de Diputados un proyecto de Ley Orgánica del Departamento

del Distrito Federal, situación que fue aprovechada por la referida cámara para proponer que a la misma se le adicionara un capítulo VI en el que se precisaran las bases para la aplicación del referéndum y de la iniciativa popular, propuesta que después de discutirse en ambas cámaras fue aprobada por el Congreso de la Unión y entró en vigor el 29 de diciembre de 1978.

En vista de ello y dado el carácter singular de esta experiencia, conviene analizar, así sea en forma somera, las disposiciones que en ese entonces contenía la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal y a las cuales debía ajustarse la participación política de los habitantes del Distrito Federal en dichos procesos.

En dicha ley el referéndum se concibió como un método de integración directa de la voluntad de los ciudadanos del Distrito Federal en la formación, modificación, derogación o abrogación de ordenamientos legales y reglamentos relativos a esta entidad federativa (artículos 53 y 57).

Ahora bien, en el artículo 54 de la ley, se disponía que podían iniciar el procedimiento legal del referéndum sobre ordenamientos legales el presidente de la República, la Cámara de Diputados, a pedido de una tercera parte de sus miembros (que en ese entonces eran 400), y la de Senadores, a solicitud de la mitad de sus integrantes (que en ese entonces eran 64).

Por lo que hace al referéndum de reglamentos, se disponía que la iniciación del procedimiento legal correspondiente era facultad exclusiva del presidente de la República.

El referéndum, en el caso de ordenamientos legales, se debía substanciar una vez aprobada la ley, si ese era el caso, por el Congreso de la Unión, en los términos del artículo 72 de la Constitución y el referéndum relativo a reglamentos, por el Poder Ejecutivo, en los términos del artículo 89, fracción I, del mismo ordenamiento.

Tanto el resultado del referéndum de leyes, como de reglamentos, tendrían efectos vinculatorios para el Poder Ejecutivo, es decir, el resultado no podría considerarse como una mera orientación para la acción gubernativa.

El artículo 58 establecía que el referéndum era obligatorio para el Poder Ejecutivo y para las cámaras cuando los ordenamientos legales o los reglamentos en proceso de creación, modificación o derogación, pudieran tener efectos sobre la totalidad de los habitantes del Distrito Federal

y correspondieran a la satisfacción de necesidades sociales de carácter general.

Cabe puntualizar que la ley precisaba que no serían objeto de referéndum obligatorio los ordenamientos legales y los reglamentos correspondientes a la hacienda pública y a la materia fiscal del Departamento del Distrito Federal.

Con base en lo anterior, se puede decir que el referéndum era facultativo para el Poder Ejecutivo y para las cámaras del Congreso de la Unión, cuando los ordenamientos legales y los reglamentos en proceso no correspondieran, en términos generales, a las características del referéndum obligatorio.

De conformidad con la ley, le correspondía a los poderes Ejecutivo y Legislativo, determinar los casos concretos de notoria inconveniencia del despacho de un referéndum, en cuyo caso deberían fundar ampliamente su resolución. En caso de que el referéndum fuera denegado por alguno de los poderes, tratándose de ordenamientos legales, no podría ser planteado dicho caso ante el otro poder, en el término de un año de la fecha de la negativa.

A efecto de que la ciudadanía se encontrara en condiciones de ejercer en forma responsable este derecho, se disponía que los procedimientos del referéndum se deberían iniciar, con un mínimo de dos meses anteriores a la fecha de su celebración, con la difusión del contenido y las características fundamentales de los ordenamientos legales objeto de referéndum.

Al respecto cabe mencionar que toda convocatoria a referéndum debía presentar opciones claramente expresadas para que los ciudadanos pudieran pronunciarse en favor o en contra de algunos de sus puntos medulares y no se vieran obligados a aceptar o rechazar en bloque todo un cuerpo legal complejo.

Como la ley tan sólo sentaba las bases de carácter general a que debía ajustarse el referéndum y dejaba a los reglamentos la tarea de puntualizar las modalidades a las que debía ajustarse el ejercicio de este derecho político, resultaba claro que del acierto con que se reglamentasen estas cuestiones dependería el que se incentivara o inhibiera la participación política de la ciudadanía de la capital.

Sin embargo, la reforma de 1977 en esta materia y la reglamentación correspondiente a la que se ha hecho referencia, no tuvieron la menor trascendencia, toda vez que en el período comprendido de 1977 a 1987

ningún proyecto legislativo, ni ningún reglamento fue sometido a referéndum, por lo que durante el período referido jamás se recurrió a la auscultación de la voluntad ciudadana por esta vía.

En este estado de cosas, en 1987 se reformó de nueva cuenta el artículo 73, fracción VI con objeto de sentar en la misma las bases para la organización de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, propuesta que fue aprovechada para implicar en la aprobación de la misma la abrogación de las disposiciones constitucionales relativas al referéndum, pero sin provocar ningún debate, reclamo, o señalamiento, de suerte tal que esta institución que diez años antes fue recibida con júbilo, en ese año desapareció sin que se pronunciara ni siquiera un suspiro.

También cabe hacer notar que en los términos en que se había instrumentado la reforma constitucional de 1977, el camino para proponer la abrogación del referéndum se tenía que hacer necesariamente mediante este tipo de consulta popular, ya que con base en dicha reforma todos los ordenamientos legales y reglamentos relativos al gobierno del Distrito Federal, deberían ser sometidos a referéndum y la abrogación de esta figura de democracia semi directa cabía plenamente dentro de estos supuestos.

4. La propuesta formulada en 1996 para someter a referéndum las iniciativas de reforma constitucional relacionadas con las decisiones políticas fundamentales

Durante el gobierno del presidente Ernesto Zedillo, por medio de la intervención que tuvo su secretario de Gobernación en la Ceremonia del CXC Aniversario del Natalicio de Benito Juárez, el 21 de marzo de 1996, se formuló la propuesta de referencia en los siguientes términos:

Atento a la opinión de partidos y organizaciones, el presidente de la República, en aras de conservar ese apoyo nacional, ha instruido a la Secretaría de Gobernación, para que dentro de la agenda de la Reforma Política del Estado se estudie la posibilidad de que la Constitución enumere una serie de decisiones políticas fundamentales, que no podrán cambiarse ni siquiera por el Poder Constituyente Permanente (*sic*), sino mediante el refrendo (*sic*) del pueblo.

La propuesta del secretario de Gobernación sorprendió por la vaguedad de los términos con los que fue formulada, ya que los mismos dificultaban conocer sus contornos fundamentales y por cuanto implicaba introducir en el texto constitucional mecanismos de democracia semidirecta, si bien con una doble limitante ya que constreñía su empleo primero al ámbito constitucional y dentro de este lo limitó a las “decisiones políticas fundamentales”.

De esta suerte, en los días siguientes la opinión pública especializada y los líderes de opinión formularon diversos planteamientos de los que se desprenden media docena de interrogantes fundamentales, entre las que destacan las siguientes: 1. ¿A cual figura jurídica aludía la propuesta del secretario de Gobernación, al refrendo o al referendo o referéndum? 2. ¿Que tipo de referéndum se proponía?, ¿el de consultación o el de ratificación, o ambos? 3. ¿Cuáles son las decisiones políticas fundamentales cuya propuesta de reforma debería someterse a referéndum? 4. ¿Que propósito perseguía la propuesta? 5. ¿El empleo del referéndum era una prioridad en la agenda política nacional en el momento en el que se presentó? Con objeto de dar respuesta a estas interrogantes cabe formular las siguientes consideraciones:

A. ¿A que figura jurídica aludió la propuesta del secretario de Gobernación: al refrendo, al referendo o referéndum?

En torno de esta interrogante cabe tener presente que el secretario de Gobernación del presidente Zedillo en ese entonces, Emilio Chuayffet, al formular la propuesta utilizó el término refrendo y no el de referendo o referéndum, y si bien existe una proximidad fonética, entre ambos términos, en el terreno conceptual entre uno y otro término media una enorme distancia.

El refrendo es una figura de matiz parlamentario que se encuentra prevista en el artículo 92 Constitucional y que consiste en que “todos los reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes del presidente deberán estar firmados por el secretario de Estado o jefe del Departamento Administrativo a que el asunto corresponda, y sin este requisito no deben ser obedecidos.

En cambio el referendo o referéndum, como ya se ha visto, es una institución característica de la llamada democracia semidirecta en la cual el

cuerpo ciudadano substituye al legislador en la fase inicial del proceso legislativo o bien al término del mismo, pudiendo circunscribirse a la adopción de las reformas constitucionales o a ciertas leyes ordinarias.

Las consideraciones anteriores y el contexto dentro del cual se formuló el referido pronunciamiento, permiten concluir que el secretario de Gobernación por equivocación utilizó el término “refrendo”, cuando su intención real fue la de referirse al referendo o al referéndum.

B. *¿Qué tipo de referéndum propuso el secretario de Gobernación?*

Pero la propuesta del secretario de Gobernación era además confusa ya que no permitía saber a qué tipo de referéndum se refería ¿al de consultación, al de ratificación o a ambos?

Al respecto se debe tener presente que el referéndum de consultación opera cuando se le pide al pueblo su parecer en una cierta materia antes de tomar una decisión sobre ella, por lo que en caso de que el resultado del mismo sea negativo, el órgano legislativo debe desechar el proyecto, en tanto que si es afirmativo debe proceder a la elaboración del proyecto legislativo correspondiente, mismo que debe de ser sustanciado con apego al mecanismo previsto para la reforma constitucional.

En cambio mediante el referéndum de ratificación, se faculta al pueblo para que apruebe en definitiva ciertas propuestas de leyes ordinarias o constitucionales que hayan sido elaboradas por los órganos competentes, como es el caso de diversas constituciones locales de los Estados Unidos de América, que disponen que toda reforma constitucional debe ser aprobada en definitiva por el pueblo y también es el caso de la Constitución francesa que establece dos mecanismos para reformar a la Constitución y conforme a uno de ellos las propuestas que al efecto se formulen deben ser sometidas a la aprobación definitiva del pueblo por la vía del referéndum.

En esta materia también se debe de tener presente que en atención al margen de libertad de que se dispone para recurrir al referéndum, la doctrina se ocupa del referéndum obligatorio, que tiene lugar cuando se presenta alguna de las hipótesis previstas por la ley, en cuyo caso se debe proceder a realizar la consulta popular correspondiente, en tanto que el referéndum es facultativo cuando se faculta a las autoridades para que, en caso de que lo consideren pertinente o conveniente y en forma

discrecional, sometan a la consideración de los ciudadanos la adopción de ciertas leyes.

C. *¿Cuales son las decisiones políticas fundamentales cuya reforma se proponía someter a referéndum?*

En los términos de la propuesta formulada, sólo se deberían de someter a referéndum las propuestas de reforma constitucional relacionada con las decisiones políticas fundamentales contenidas en la Constitución, lo que quiere decir, a *contrario sensu*, que las demás disposiciones constitucionales en las que no se plasmen este tipo de determinaciones constitucionales se tendrían que reformar por medio de lo que se podría considerar, en este caso, como el procedimiento ordinario de reformas a la Constitución. Al respecto cabe formular las siguientes consideraciones:

La paternidad de la expresión “decisiones políticas fundamentales” como es bien sabido le corresponde a Karl Schmitt, que la utilizó para designar aquéllas decisiones que determinan “el modo y la forma de existencia estatal”, es decir, las que hacen que un Estado sea de una y no de otra manera, y su utilidad resulta evidente por su simple supervivencia, pero no por ello deja de plantear problemas.

Schmitt encontró que en la Constitución alemana de Weimar de 1919, las decisiones políticas fundamentales eran las de organizar una República, Federal Parlamentaria, con separación de poderes y derechos humanos, pero reconoció que pueden existir decisiones políticas fundamentales que no figuren en el texto de una ley constitucional en lo particular. En vista de ello, Federico Reyes Heróles considera que al no contarse con una técnica jurídica que permita establecer qué es una “decisión política fundamental”, entonces la propuesta que formuló el Secretario de Gobernación no resulta útil ya que todo estaría a discusión.⁶

En nuestra Constitución vigente no existe disposición en la que se enumeren cuáles son las decisiones políticas fundamentales, por lo que, en los términos de la propuesta que se analiza, el primer paso consistiría en ponerse de acuerdo en cuáles determinaciones constitucionales tienen este carácter. En seguimiento de este planteamiento y con apoyo en la historia constitucional de México se puede proponer como punto de partida el que se

⁶ Reyes Heróles, Federico, “Las mangas del chaleco”, *Reforma*, 26 de marzo de 1996.

considere que las determinaciones constitucionales que tienen el carácter de decisiones políticas fundamentales son las que determinan que somos una república, democrática representativa, federal y presidencial, organizada con apego a los principios de soberanía del pueblo, separación de poderes, laicidad del estado, y en la cual las garantías constitucionales precisan las finalidades humanas, sociales y políticas que se pretenden alcanzar.

Ahora bien, como se comprenderá fácilmente en estos casos, el reconocimiento del referéndum le permitirá al cuerpo social oponerse a iniciativas de reformas que propongan el desconocimiento o menoscabo de dichas decisiones, y si bien este propósito parece remoto, no se puede por ello dar por descartado. Con base en las consideraciones anteriores y toda vez que el empleo de la figura propuesta se limita a las decisiones políticas fundamentales contenidas en la Constitución, y dada la remota posibilidad de su empleo, resultaría cierto como se ha dicho que el reconocimiento del referéndum permitiría presumir de contar con una institución de democracia participativa o semidirecta, pero de escasa o nula aplicación.

Pero no basta con que nos pongamos de acuerdo sobre cuales determinaciones constitucionales tienen el carácter de decisiones políticas fundamentales, sino que en caso de que se llegara a este consenso, a partir de ese momento los problemas se tornarán aún más complejos, ya que una “decisión política fundamental” frecuentemente se conforma con varias disposiciones contenidas en uno o varios artículos constitucionales y la modificación de cualquiera de ellos puede entrañar una modificación a la referida decisión, como en el caso del federalismo, decisión política fundamental, cuyo principio básico se encuentra contenido en el artículo 124, en el que se precisa que “las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados. Ahora bien, este reparto de competencias para ser correctamente interpretado requiere ser analizado a la luz de lo dispuesto por los artículos constitucionales 73, 89 y 94 y 107, que se refieren a las atribuciones que la Constitución le confiere a los poderes federales Legislativo, Ejecutivo y Judicial, respectivamente. Es por ello que se puede decir que los contornos fundamentales del principio federalista contenido en el artículo 124 constitucional se encuentran precisados por otros artículos entre los cuales destacan los ya citados.

En los días siguientes a la formulación de la propuesta de referéndum que se analiza, los cuatro partidos políticos que contaban en ese entonces con representación parlamentaria en el Congreso —PAN, PRI, PRD y PT—, expresaron en febrero de 1996 una actitud favorable a la puesta en marcha de la institución del referéndum, pero poco tiempo después, en el momento en el que los partidos políticos intercambiaron documentos en la llamada Mesa de Acuerdos para la Reforma Electoral, se pudo apreciar que cada uno de ellos le confirió diverso alcance a la referida propuesta, de suerte tal que, en tanto que unos se pronunciaban a favor de que se le diera seguimiento a la propuesta en el ámbito federal, otros tan solo querían que se reconociera al referéndum en el Distrito Federal, y más tarde cuando se sometió a la consideración del Poder Constitucional Reformador una iniciativa de reforma constitucional en materia electoral (1996), en ella no figuró propuesta alguna relativa al referéndum.

D. *¿Qué propósito perseguía la propuesta de referéndum?*

La propuesta formulada por el secretario de Gobernación fue vista con recelo por algunos líderes de opinión por cuanto consideraron que se trataba de impulsar una reforma cuya finalidad era impedir otras reformas. Con el propósito de que se entienda el alcance de esta afirmación, cabe recordar que durante los gobiernos de Miguel de la Madrid, Carlos Salinas y Ernesto Zedillo se reformó la Constitución en forma por demás amplia, ya que de los 135 artículos que la conforman, 66 de ellos se reformaron a iniciativa del primero, 57 a iniciativa del segundo y 77 a iniciativa del tercero. En vista de ello la opinión pública enterada consideró que si después de haber reformado la Constitución en forma tan amplia, se proponía el que no se pudieran modificar las decisiones políticas fundamentales sino mediante el referéndum, dicha propuesta no podía tener otro propósito que el de dificultar el que se pudieran retrotraer los cambios realizados y de esta suerte eternizar las modificaciones que habían logrado diversos gobiernos cuando para aprobar una reforma constitucional no se exigía su ratificación por la vía del referéndum.

De aquí que diversos autores, como Miguel Ángel Granados Chapa, a través de un artículo publicado en *Reforma*, el 21 de marzo de 1996, se doliera de que la propuesta hubiera llegado con tanto retraso, ya que si en el texto constitucional original de la Constitución de 1917 se hubiera dis-

puesto que las decisiones políticas fundamentales no podrían reformarse sino mediante referéndum, varias de las reformas que se hicieron con posterioridad hubieran sido, sin duda, rechazadas.

E. *¿El empleo del referéndum debe ser considerado una prioridad en la agenda política nacional?*

En un artículo que escribió José Woldenberg en ese entonces expresó que la democracia representativa tiene al menos dos virtudes: por un lado hace posible que los encargados del quehacer político se profesionalicen y logren un conocimiento en profundidad de los problemas que aquejan a la sociedad, y por otra favorece el que los foros de representación tiendan a convertirse en espacios para el intercambio de diagnósticos y propuestas y para su eventual conciliación y forja de acuerdos. Es decir, la necesidad de las fórmulas representativas genera activos políticos nada despreciables.⁷

Considera que en México apenas estamos construyendo un auténtico sistema de representación pluripartidista, y las virtudes enunciadas tienden a ir asociadas a esa “condición”. Pero vale la pena no olvidarlo para no ilusionarse con el espejismo de fórmulas de democracia directa como sustitutivas de las representativas.

Al referéndum por su parte lo entiende como un mecanismo adicional y excepcional dentro del funcionamiento de los sistemas democráticos representativos, que puede ser complemento, jamás sustituto de otros elementos “Podemos sobrevivir sin problema sin el referéndum, no sin partidos políticos, diputados, senadores y demás órganos de representación que cumplan sus funciones”.

En el mismo orden de ideas Federico Reyes Heróles recuerda que todo referéndum por su naturaleza simplifica al extremo los asuntos de la vida pública, lo cual en un país con los problemas de baja escolaridad y nivel informativo del nuestro, puede ser muy peligroso. En vista de ello, formula una sugerencia:

⁷ Woldenberg, José, “Referendum: virtudes y límites”, *La Jornada*, 23 de marzo de 1996.

Por qué no nos ponemos de acuerdo en los obstáculos de nuestra democracia representativa, esos ocho o diez nudos muy concretos de la norma secundaria, que a la larga evitaría la inestabilidad constitucional y dejamos para más adelante a Karl Schmitt y sus decisiones fundamentales y para “despuesito” el referendo constitucional. Me parece que lo contrario en 1996 es buscarle mangas al chaleco. No se han resuelto varios de los problemas fundamentales de los regímenes democráticos representativos, cuando ya se quieren introducir mecanismos de democracia directa.⁸

Por su parte Jesús Silva Herzog Márquez, en un artículo publicado en el periódico Reforma, del 8 de abril de 1996, expresó que la propuesta del secretario de Gobernación resultaba conservadora, irrelevante e inoportuna. Conservadora porque, en el referendo constitucional el electorado simplemente vota por una decisión que ya ha sido tomada por el Legislativo. La gente tiene un mero poder de veto, pues actúa como una segunda cámara. Es irrelevante porque el referendo se ata a las llamadas “decisiones políticas fundamentales”. Al usar esta fórmula, el secretario de Gobernación reduce el referendo a una trivialidad. ¿Alguien pide una monarquía centralista? El debate nacional está en otro peldaño. Encerrar el referendo a ese ámbito es hacer de él otro adorno constitucional. Si el referendo puede aportar algo al proceso político mexicano éste debe ampliarse a cualquier reforma constitucional y a otros asuntos delicados: la pena de muerte, la venta de la petroquímica, el aborto, por ejemplo. Finalmente, creo que la propuesta es inoportuna porque hoy el avance democrático está en otra pista: en el fortalecimiento de los partidos y de las instituciones representativas. No tendremos un sistema más democrático si no tenemos una auténtica federación, un Congreso más fuerte y mejores partidos. La iniciativa del referendo no hace nada para nutrir estos espacios. Todo lo contrario, los debilita.

5. Las Constituciones de los estados de la República mexicana que recogen la figura del referéndum

En el momento presente, marzo de 2009, siete constituciones locales contemplan el recurso al referéndum en materia de reformas constitucionales, siendo estas las de los estados de: Baja California, Colima,

⁸ Reyes Heróles, Federico, *op. cit.*, nota 6, 26 de marzo de 1996.

Chihuahua, Guanajuato, Jalisco, Tlaxcala y Veracruz, resultando pertinente hacer notar que todas estas constituciones, salvo la de Veracruz, se limitan a establecer la posibilidad de hacer uso de esta figura de la democracia semidirecta.

Sin embargo, hasta el momento no se tiene noticia de que en ninguno de estos estados se halla sometido a referéndum propuesta alguna de reforma constitucional, si bien en estos casos se puede decir que la institución del referéndum, ha servido, al menos, para inhibir propuestas de reformas constitucionales regresivas de algún trasnochado que pudiera haber deseado aprovechar la ausencia de la exigencia del referéndum para lograr el desconocimiento de algún principio ya consagrado en la Constitución, pero sin que esta afirmación tenga sustento alguno.

V. CONCLUSIÓN

El presente ensayo partió de la consideración de que para estructurar un sistema democrático representativo, no basta con afirmar y reafirmar que la soberanía radica en el pueblo, sino que además se requiere configurar un sistema representativo, el cual supone, como mínimo, la creación de un sistema de partidos políticos que haga posible que las divergencias de opiniones, propia y característica de la democracia, se pueda reducir a proporciones que permitan organizar la vida política del país y de igual forma supone el que, con base en el sufragio universal se organicen consultas electorales a intervalos de relativa frecuencia, que permitan conocer a opinión de los ciudadanos acerca de quiénes deben ser sus representantes, así como el programa político con apego al cual desean que se gobierne al país

También se afirmó que a partir de la promulgación de la Constitución de 1917 la vida política en México ha girado en torno al propósito medular de buscar fórmulas que permitan transitar de una democracia representativa formal o virtual, a una democracia representativa participativa o real. La búsqueda de diversas fórmulas que han obedecido a estos propósitos, el encuentro en unos casos, el desencuentro en otros y el extravío o el rencuentro en algunos más, han dado como resultado los contornos de nuestro sistema político actual.

Claro está que nuestro sistema democrático representativo dista de ser satisfactorio ya que, por ejemplo, aún no se han encontrado fórmu-

las que garanticen que los consejeros electorales, pieza toral del sistema electoral, estén en condiciones de velar por el respeto del interés nacional, toda vez que el desempeño de varios de ellos ha dejado prueba clara de que se trata de representantes agazapados de los partidos políticos, siendo que estos son “gallos con espolones” que saben y están en condiciones de hacer escuchar su voz ya que forman parte del Consejo General del IFE y cuentan con derecho para formular los planteamientos que estimen necesarios.

Ahora bien, en el presente los regímenes democráticos más avanzados, ya no se limitan a estructurar y mejorar al sistema representativo, sino que además buscan configurar mecanismos que aseguren que efectivamente el pueblo ejerza su soberanía no sólo eligiendo a sus representantes, sino también aprobando en definitiva las decisiones más importantes y trascendentes que se relacionan con los términos del contrato social precisado en la Constitución.

En este estado de cosas, en el momento presente en el que, de conformidad con el Informe del PNUD de 2003 se observa que muchas de las autoridades políticas del continente están siendo rebasadas en la conducción de los procesos políticos por los poderes fácticos, el reconocimiento de la figura del referéndum puede ayudar a insuflarle nuevo aliento a la democracia.

Pero para que ello sea así, se debe de tener buen cuidado de que el reconocimiento del referéndum no se haga en detrimento de las instituciones características de las democracias representativas, pues si tal cosa ocurre se dará un paso atrás y se estará incentivando la consolidación de gobiernos autocráticos que por esta vía legitimaran a su gobierno y eludirán los mecanismos de control que corren a cargo del Congreso.

Es por ello que en el presente ensayo se puso especial énfasis en señalar que las ventajas que puede presentar el empleo del referéndum dependen no sólo de sus bondades intrínsecas, sino que también se encuentran condicionadas por otros factores, tales como el grado de desarrollo alcanzado por el país que se propone hacer uso de este instrumento, el nivel de instrucción de su población y la consistencia real que registren sus instituciones democráticas.

Pero tampoco se puede desdeñar la figura del referéndum por el solo hecho de tener algunas asignaturas electorales pendientes, pues si así procediéramos ello equivaldría a posponer su reconocimiento *ad infini-*

tum. Al respecto cabe tener presente que quienes hoy se oponen a la adopción de esta figura, esgrimen las mismas razones que emplearon en el pasado quienes combatieron la adopción de la elección directa y del sufragio universal, ya fuera por considerar unas veces que el pueblo aún no estaba preparado para ello, ya fuera por considerar que se le debía de conferir una atención prioritaria a otros temas que resultaban más urgentes. Sin embargo, la historia acredita que las naciones que avanzaron y se modernizaron fueron las que decidieron adoptar el sistema de elección directa y el sufragio universal.

Con base en las consideraciones anteriores se puede decir que puesto que el referéndum ya es una realidad en las democracias occidentales más avanzadas, resulta lógico y deseable que se den los pasos necesarios para que también lo sea en nuestro medio, sobre todo si se parte de la consideración de que el referéndum sólo será una realidad en México, si desde hoy se logra su reconocimiento y se diseñan responsablemente los supuestos constitucionales necesarios para su ejercicio.

Pero el reconocimiento del referéndum se debe hacer en términos consistentes y no mediante meras fórmulas declarativas que permitan presumir de que se cuenta con instituciones de democracia semidirecta, pero cuyo empleo se dificulte por los términos poco consistentes con los que se plasme su reconocimiento, como sucedió en los casos analizados de 1857, 1977 y 1996 cuando la propuesta de su adopción no se acompañó del andamiaje jurídico idóneo para asegurar su buen funcionamiento. En dichos casos las referidas propuestas obedecieron al deseo de presumir de contar con una institución de democracia participativa o semidirecta, más que al propósito real de vincular al cuerpo ciudadano en el proceso de elaboración de las leyes, por lo que no tuvieron ninguna aplicación. Consecuentemente, si en el presente se quiere reconocer al referéndum, se debe de trascender los enfoques erróneos, limitados y parciales que se dieron en el pasado.

Consecuentemente el dilema no radica en decidir si se le debe conferir una atención prioritaria a los problemas fundamentales que plantea la democracia representativa, en detrimento de los mecanismos de la democracia semidirecta, lo que en los hechos equivaldría a diferir *ad infinitum* el empleo del referéndum o si, por el contrario, se le debe conferir una atención preferente al referéndum en detrimento de la atención que se le debe dar a los problemas torales que plantea la democracia representati-

va, ya que ello puede propiciar la consolidación de gobiernos de corte autocráticos que por esta vía eludan los sistemas de control que corren a cargo del Congreso. De aquí que al configurar la próxima agenda de la Reforma de Estado, se deba tener presente que el referéndum debe ser entendido como un mecanismo excepcional dentro del funcionamiento de los sistemas democráticos representativos, que puede ser complemento, pero no sustituto de dicho régimen.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BOVERO, Michelangelo, *Los desafíos actuales de la democracia*, México, IFE, 1995.
- COVIÁN PÉREZ, Miguel, “Referéndum constitucional”, *La Jornada*, 24 de marzo de 1996.
- , *Crisis del derecho y revolución*, tesis profesional, México, UNAM, 1956.
- DENQUIN, Jean-Marie, *Referendum et plebiscite*, Francia, Libraire Generale de Droit et de Jurisprudence, 1976.
- GARCÍA LA GUARDIA, José Mario, *Diccionario jurídico mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, t. VII.
- Constitución de la Quinta República Francesa.*
- Constitución de los Estados Unidos de América del Norte.*
- Constituciones de los estados de Baja California, Colima, Chihuahua, Guanajuato, Jalisco, Tlaxcala y Veracruz.*
- PATIÑO CAMARENA, Javier, *Nuevo derecho electoral mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- , *La Constitución de México y sus reformas*, México, Editorial Constitucionalista, 2008.
- REYES HEROLEZ, Federico, “Las mangas del chaleco”, *Reforma*, 26 de marzo de 1996.
- SILVA-HERZOG MÁRQUEZ, Jesús, “El referéndum”, *Reforma*, 8 de abril de 1996.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Las leyes fundamentales de México*, México, Porrúa, 2005.
- WOLDENBERG, José, “Referendum: virtudes y límites”, *La Jornada*, 23 de marzo de 1996.

EL RÉGIMEN PRESIDENCIAL “ATENUADO” EN EL PERÚ Y SU PARTICULAR INCIDENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE GOBIERNO Y CONGRESO

Francisco José EGUIGUREN PRAELI*

SUMARIO: I. *Consideraciones generales.* II. *La configuración del régimen presidencial en el Perú.* III. *La Constitución de 1979: la opción por el fortalecimiento del Ejecutivo.* IV. *La Constitución de 1993 y la reafirmación de la tendencia al fortalecimiento del poder del presidente y el Ejecutivo.* V. *Limitaciones e insuficiencias de los mecanismos parlamentarios introducidos en el régimen presidencial peruano para solucionar conflictos políticos entre gobierno y Congreso.* VI. *Propuestas y perspectivas de reforma del régimen político presidencial peruano.*

El objetivo fundamental de este trabajo es reflexionar, a partir de la experiencia del régimen político presidencial peruano, sobre las características particulares que puede asumir el funcionamiento de un régimen presidencial al que se han introducido diversas instituciones de tipo parlamentario, configurando una forma de gobierno de tipo “híbrida” o “mixta” que puede denominarse sistema presidencial “atenuado” o “racionalizado”. Nos interesa resaltar también, cómo el mismo diseño o marco normativo constitucional de articulación de las relaciones entre gobierno y parlamento, puede tener un funcionamiento muy distinto en función de la composición política

* Abogado, magíster en derecho constitucional y doctor en humanidades; coordinador de la maestría en derecho constitucional de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú; presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

concreta del Congreso, incidiendo en la mayor o menor manifestación de los elementos “parlamentarios” de dicho régimen presidencial.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

En el Perú, como en la mayoría de países latinoamericanos, al iniciarse la vida independiente y republicana se adoptó como forma de gobierno el régimen político de tipo presidencial, inspirado en el “modelo” de los Estados Unidos de Norteamérica. Como se sabe, el régimen presidencial clásico o “puro”, de raíz estadounidense, se caracteriza por la elección popular (indirecta) del presidente de la República (por medio de colegios electorales integrados por “compromisarios” de cada Estado, según la votación popular), con un Poder Ejecutivo unipersonal donde el presidente ejerce simultáneamente las funciones de jefe de Estado y jefe de gobierno. El presidente cuenta con un conjunto de secretarios, que designa y remueve libremente, sin que éstos integren un Consejo o Gabinete de Ministros ni estén sujetos a responsabilidad política ante el Congreso. Se trata de un régimen de rígida separación de poderes y funciones entre el Ejecutivo y el Congreso.

Sin embargo en el Perú, al igual que en la mayoría de países latinoamericanos, esta adopción de la forma de gobierno presidencial supuso también la incorporación progresiva de diversas instituciones políticas propias de los regímenes parlamentarios, que fueron alterando el modelo original y han llevado a hablar de un “presidencialismo latinoamericano”. Es así que según un análisis comparativo realizado por Pedro Planas⁴ sobre catorce estados latinoamericanos, aplicado a los casos de Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela; se constataba lo siguiente:

- La necesidad de refrendo ministerial para los actos del presidente, se encuentra contemplada en los 14 países.
- La interpelación de los ministros ante el parlamento está prevista en todos los países, menos en Chile.
- La posibilidad de censura parlamentaria a los ministros se contempla en once países; aunque en Argentina solo es aplicable al jefe del gabinete. Sin embargo, en varios países, la aprobación del vo-

⁴ Planas, Pedro, *Regímenes políticos contemporáneos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 83.

to de censura parlamentaria no acarrea automáticamente la renuencia obligatoria del ministro implicado o la obligación del presidente de removerlo; conlleva una recomendación política hacia el presidente de la República, quien decide si acepta la dimisión o realiza el nombramiento de un nuevo ministro. En cambio, la censura parlamentaria no se contempla en los casos de Brasil, Chile y México; que mantienen un modelo presidencial más “puro”.

- La existencia de un Consejo de Ministros o Gabinete está prevista en ocho de los países, pues ocurre en Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.
- La figura de un primer ministro o jefe de gabinete está prevista en Argentina y Perú. En Venezuela existe la figura del vicepresidente ejecutivo, que coordina a los ministros y la relación del Ejecutivo con la Asamblea.
- La iniciativa legislativa del Poder Ejecutivo ante el Congreso está considerada en los catorce países.
- En todos los países, salvo en México, se reconoce la posibilidad de que los ministros participen con voz en el debate parlamentario.

Pero incluso dentro de esta característica “híbrida” del régimen presidencial imperante en muchos países latinoamericanos, el caso peruano resulta particularmente interesante. Y es que se trata del régimen político latinoamericano que incorpora, bajo un esquema de tipo presidencial, la mayor cantidad de instituciones de origen parlamentario, insertadas con la intención de establecer límites y contrapesos frente al significativo poder real del presidente de la República. Así, se contempla la necesidad de refrendo ministerial para la validez de los actos del presidente de la República; la compatibilidad entre las funciones de congresista y ministro; la existencia de un Consejo de Ministros y de un presidente de dicho Consejo, pudiendo los ministros ser objeto de interpelación, censura y voto de confianza ante el Congreso, por ser políticamente responsables ante éste; la disolución del Congreso por el Ejecutivo; etcétera.

El hecho de que muchos de los textos constitucionales peruanos hayan sido elaborados y aprobados durante procesos de transición política desde regímenes de facto, o inmediatamente después de haberse restablecido un gobierno democráticamente electo, ha tenido significativa incidencia en el tema que nos ocupa. En ciertos casos, como reacción ante los excesos del presidencialismo y de gobiernos autoritarios o dictatoriales, la nueva carta

constitucional puso énfasis en el fortalecimiento de instituciones de tipo parlamentario, que pudieran frenar o crear mayor contrapeso al poder presidencial. En otros, la constatación de que los mecanismos parlamentarios del régimen, utilizados por una mayoría parlamentaria opositora al gobierno, terminaron generando enfrentamientos agudos y bloqueo político e inestabilidad, que tuvieron como desenlace la ruptura del orden constitucional y la instauración de un régimen de facto, llevaron a que la nueva Constitución optara por fortalecer las atribuciones del presidente.

La experiencia constitucional peruana ha mostrado una alternancia pendular entre gobiernos democráticamente electos y regímenes de facto, inestabilidad que sin duda es expresión política de una sociedad fuertemente segmentada y con raíces autoritarias, donde aún persiste un escaso arraigo de los valores y prácticas democráticas en amplios sectores sociales y diversos escenarios de la vida nacional, así como una marcada debilidad orgánica y representativa de los partidos políticos. Puede decirse que en el Perú las relaciones entre gobierno y parlamento generalmente han sido disfuncionales y desequilibradas. Así, cuando quien ejercía el Poder Ejecutivo contó con el respaldo de una mayoría en el parlamento, usualmente logró concluir su mandato pero se instauró un régimen de excesiva concentración de poder y virtual ausencia de control y contrapeso desde el Congreso. En cambio, cuando el Ejecutivo no logró contar con el apoyo de la mayoría parlamentaria, frecuentemente se suscitaron, entre ambos órganos, agudos enfrentamientos que generaron situaciones de crisis política, que solieron culminar con un golpe militar.

En consecuencia puede decirse respecto a la experiencia política peruana que, en general, un mismo marco normativo constitucional, con un régimen presidencial “híbrido” o “atenuado” por la incorporación de instituciones propias de regímenes parlamentarios, ha funcionado de manera bastante distinta según la composición y correlación de fuerzas políticas existente al interior del Congreso y el grado de predominio en éstas del sector ligado al gobierno, lo que ha incidido en que se hagan más visibles o no los elementos “parlamentarios” del régimen político presidencial peruano.

II. LA CONFIGURACIÓN DEL RÉGIMEN PRESIDENCIAL EN EL PERÚ

Si bien las Bases Constitucionales de la República (1822) y la primera Constitución peruana de 1823 adoptaron el régimen presidencial, desde un inicio se introdujeron algunas variaciones respecto al modelo estadounidense. Así, se incorporó la elección popular directa del presidente de la República y la prohibición de la reelección inmediata; se admitió que el Poder Ejecutivo pudiera tener iniciativa en materia legislativa; se exigió que los actos presidenciales, para tener validez, deban contar con el refrendo ministerial; se contempló como práctica parlamentaria la responsabilidad solidaria de los ministros y su posibilidad de concurrir a participar en los debates de las cámaras.

Desde la segunda mitad del siglo XIX, empezaron a incorporarse otras instituciones propias del régimen parlamentario, como la compatibilidad entre la función ministerial y la parlamentaria, la existencia de un Consejo de Ministros y de un presidente de dicho Consejo, la interpelación y el voto de censura del parlamento contra los ministros, así como la obligación de renuncia impuesta al ministro censurado. Su propósito fundamental era introducir algunos mecanismos de moderación y control ante la concentración de poder que ejercía el presidente de la República y los reiterados excesos en que incurría.

Si bien la Constitución de 1856 (que sólo rigió cuatro años) instauró formalmente la existencia del Consejo de Ministros, se pueden hallar sus antecedentes en la responsabilidad solidaria de los ministros, ya prevista en la Carta de 1823, y en una práctica reiterada de reuniones entre el presidente y sus ministros para abordar temas políticos de importancia. La Ley de Ministros de 1862 confirmó el carácter de cuerpo consultivo del Consejo de Ministros, pero no pudo, finalmente, establecerse su competencia deliberativa para ciertos asuntos, en mucho porque prevaleció el criterio de la Constitución de 1860 (para entonces vigente) que no le confería esta atribución. Poco después, al aprobarse la Ley de Ministros del 19 de febrero de 1863, que introdujo algunas reformas a la norma de 1862, quedó reconocido el voto deliberativo del Consejo de Ministros como requisito para la validez de ciertos actos del Poder Ejecutivo.⁵ Las

⁵ La ley contempló la necesidad del voto deliberativo del Consejo de Ministros para decisiones presidenciales en casos tales como: suspensión de garantías constitucionales,

constituciones de 1920 y 1933 recogieron y dieron continuidad a esta reforma. Pero no debemos olvidar que si bien el presidente de la República requería y requiere para la validez de sus actos la refrendación de algún ministro o del Consejo, el propio presidente es quien nombra y remueve con entera libertad a sus ministros. A su vez, que si bien cabe que el Consejo de Ministros se reúna sin la presencia del presidente de la República, no puede en tales casos adoptar ninguna decisión normativa o política de importancia.

La existencia de un presidente del Consejo de Ministros estaba contemplada en las leyes de 1862 y 1863, pero sus atribuciones —por la orientación presidencial del régimen político— resultaban mucho menores de las que corresponden a un primer Ministro o jefe de gobierno de los sistemas parlamentarios. Su competencia se limitaba a poder convocar a reunión del Consejo de Ministros, fijar el orden del día de los temas a discutir en la sesión y presidir ésta, en caso de que no esté presente el presidente de la República. Su potestad para seleccionar a los ministros del gabinete y proponerlos al presidente de la República, era rara vez ejercida en la práctica.

La Constitución de 1933 buscó darle mayor importancia al presidente del Consejo de Ministros, no sólo porque mencionaba expresamente su existencia (a diferencia de las Constituciones anteriores) sino porque establecía tanto que el presidente de la República debía consultar su consentimiento para disponer la separación de algún ministro, como que el presidente del Consejo —al asumir sus funciones— debía concurrir al Congreso para exponer la política general del gobierno. No obstante, según apunta Manuel Vicente Villarán:

La institución de la Presidencia del Consejo de Ministros no tiene la utilidad ni la importancia que pensaron sus autores de 1856 y 1862. El volumen político del presidente de la República no deja sitio al presidente del Consejo. La Presidencia del Consejo, débil de nacimiento, está casi atrofiada. El caso se halla dentro de la lógica del sistema de gobierno presidencial, que excluye como exótica e inadaptable la existencia de un jefe de

presentación de propuestas de reforma constitucional, convocatoria a sesiones extraordinarias del Congreso, celebración de tratados, aprobación de mensajes presidenciales ante el Congreso, solicitud al Congreso de permiso para salir del territorio nacional, nombramiento de agentes diplomáticos y prefectos, transferencia de partidas presupuestales, etcétera.

Gabinete que posea algo más sustancial que un título de honor y precedencia. Al lado de un presidente, que es jefe supremo del Poder Ejecutivo, no cabe un primer ministro con poderes de un verdadero jefe de Ministerio, so pena de crear una dualidad intolerable y nociva.⁶

La posibilidad de que un parlamentario sea nombrado ministro, fue tratada y resuelta de manera diversa y contrapuesta por nuestras distintas Constituciones. Así, mientras la Constitución de 1823 no lo permitía, la carta de 1826 lo admitió a condición que el parlamentario dejara de pertenecer al Congreso. A su turno, la Constitución de 1828 restableció la prohibición absoluta, mientras que la de 1834 volvió a admitirla pero disponiendo la vacancia en el cargo parlamentario. Nuevamente la carta de 1839 reiteró la prohibición, pero los textos constitucionales de 1856 y 1860 establecieron la compatibilidad de ambas funciones, manteniendo como contraparte la pérdida del mandato representativo. Finalmente, la ley de 1887 aprobó la reforma constitucional que habilitaba la compatibilidad entre las funciones de congresista y ministro, sin vacancia del mandato parlamentario. La Constitución de 1920 mantuvo la compatibilidad de ambas funciones, pero con la suspensión del mandato parlamentario mientras se ejerza la labor ministerial. La Carta de 1933 eliminó esta última restricción, estableciendo la conservación y ejercicio de ambas funciones. Incluso señaló expresamente que los parlamentarios que ejerzan cargos de ministros podrán asistir a las sesiones de sus cámaras, con derecho a participar en los debates y a votar en ellos.

La potestad de las cámaras de interpelar a los ministros surgió de la práctica parlamentaria, especialmente en la convención de 1855-56, pero fue sólo en la Constitución de 1860 donde se le reconoció formalmente y se estableció que el ministro o ministros involucrados tenían la obligación de concurrir a contestar la interpelación formulada desde el Congreso o de alguna de sus cámaras. Fue también la práctica parlamentaria la que definió que la interpelación debía versar sobre hechos y temas concretos, que tenía que ser interpuesta por escrito y ser respondida oralmente, suscitándose luego un debate entre el ministro y los congresistas. Recién la Constitución de 1933 reguló con mayor precisión este instituto, disponiendo que la interpelación procedía si era admitida por un quinto

⁶ Villarán, Manuel Vicente, “Posición constitucional de los ministros en el Perú”, *Páginas escogidas*, Lima, 1962, pp. 58 y 59.

de los parlamentarios hábiles, ya sea de una cámara o del Congreso, según fuera el caso. Con ello se respetaba de mejor manera el derecho de las minorías, pues la ley de 1878 exigía que la interpelación fuera aprobada por acuerdo de la Cámara, lo que obviamente exigía la conformidad de una mayoría.

En cuanto al voto de censura, fue también la convención constituyente de 1855-56 (que por su predominio liberal buscaba imponer limitaciones al Poder Ejecutivo) la que impulsó incorporarla desde la práctica parlamentaria. Así, la Ley de Ministros que se aprobó en 1856 incluía un artículo que decía: “No merece la confianza pública el Ministro contra quien emitan las Cámaras un voto de censura”. El antecedente más remoto de esta institución parlamentaria entre nosotros, según Villarán, es un voto de censura planteado en 1847. Pero la Constitución de 1856 no contempló la censura, sino solo lo hizo la ley de ministros de dicho año, aunque sin estipular su fuerza jurídica obligatoria, pues no imponía al ministro censurado la renuncia forzosa ni al presidente tener que aceptar la dimisión. Tampoco en la Constitución de 1860 se plasmó el voto de censura, por considerarse contrario a nuestro sistema presidencial, a la separación de poderes y a la autonomía del presidente de la República. Sin embargo, dicho cuerpo legislativo aprobó la Ley de Ministros de 1862 que sí contemplaba expresamente la censura, pero como atribución del acuerdo de ambas cámaras y sin disponer la obligación de renunciar al ministro censurado. Dicha ley señalaba que el voto de censura procede “para desaprobación la conducta de un ministro por las faltas que cometa en el ejercicio de sus funciones y que no merezca acusación”.

Un aspecto verdaderamente importante, es que no obstante las limitaciones a la procedencia y eficacia del voto de censura establecidas en la Ley de Ministros de 1862, la práctica parlamentaria siguió un camino diferente. En efecto, lo corriente fue que bastara la aprobación de la censura por una sola Cámara y, lo fundamental, que el ministro censurado renunciara necesariamente, procediendo el presidente de la República a aceptar esta dimisión. La Constitución de 1920 vino a reconocer y formalizar dicha práctica, aclarando que el voto de censura era un problema de desconfianza hacia el ministro y no de desaprobación por la comisión de faltas; la Carta de 1933 confirmó este temperamento, aunque prefirió retomar el término “*censura*” en vez de “desconfianza”. Asimismo convalidó la costumbre de que el pedido de censura podía ser formulado por un solo parlamentario, aunque obviamente su

aprobación requería la decisión favorable de la mayoría de la Cámara. Dispuso también que el voto de censura deba ser votado en la misma sesión en que se solicitaba.

Los excesos del Poder Ejecutivo en diversos gobiernos, propiciaron algunas propuestas encaminadas a adoptar un régimen parlamentario; pero fueron rechazadas por considerarse ajenas a nuestra tradición política presidencial y carecer de partidos sólidos con organización disciplinada, lo que hacía impensable contar con mayorías estables como las que requiere dicha forma de gobierno. Un intento similar se retomó durante la convención constituyente de 1919 que elaboró la carta de 1920, pero la mayoría desestimó tales propuestas, considerando que con las atribuciones de control y fiscalización conferidas al Congreso (interpelación y censura de ministros, compatibilidad entre el cargo parlamentario y el de ministro, potestad para nombrar comisiones investigadoras, etcétera), este órgano contaba ya con poder suficiente frente al Ejecutivo, lo que hacía innecesario seguir avanzando hacia un sistema parlamentario.

Quizás el hito más importante en este debate, se presentó con motivo de la Constitución de 1933, elaborada poco después del derrocamiento del gobierno de Augusto Leguía, que se había mantenido once años en el poder (1919-30) mediante sucesivas y cuestionadas reelecciones. Dicha carta respondió a una natural reacción de desconfianza y cuestionamiento ante el riesgo de un excesivo poder presidencial, optando por restringir las atribuciones del Ejecutivo y por fortalecer las del Congreso, al punto que muchos analistas la califican como una Constitución “orientada hacia el parlamentarismo”. En la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Constitución elaborado en 1931 por la comisión que presidió Manuel Vicente Villarán, se señalaba:

La primera interrogación que nos hemos hecho los autores del anteproyecto es si debían alterarse los poderes que nuestra historia constitucional asigna al presidente de la República. No es raro escuchar opiniones favorables a un cambio de régimen y a la implantación entre nosotros del gobierno parlamentario. El carácter bien conocido de esta forma de gobierno es anular o reducir a casi nada el poder personal del jefe del Poder Ejecutivo, trasladando su autoridad al gabinete. La objeción capital contra esas opiniones tiene un carácter práctico. El gobierno parlamentario o de gabinete es un régimen que las constituciones pueden preparar pero no crear. Se establece y realiza por obra de fuerzas políticas ilegislables que logran,

en circunstancias determinadas, dar a las mayorías congresionales potencia bastante para dominar al presidente y obligarlo a ceder la realidad del gobierno a gabinetes impuestos por las cámaras (...). El Perú no ha podido establecer el parlamentarismo, a pesar de que los textos constitucionales y la ley de ministros contienen absolutamente todos los elementos que lo hacen legalmente posible (...). Y a pesar de todo continúan gobernando los presidentes y no los gabinetes (...). En el Perú, el Congreso ha carecido de fuerza para implantar en los hechos el parlamentarismo que se halla de derecho en las entre líneas de la Constitución. Lo que ha faltado en el Perú para dar vida al parlamentarismo no son textos escritos, sino una redistribución de valores políticos entre el Congreso y el presidente de la República, cuyo resultado fuese romper definitivamente el equilibrio de fuerzas hacia el lado del Congreso. Hasta ahora, la balanza se ha inclinado del lado del presidente, y la observación de nuestra historia y nuestra psicología y costumbres políticas conduce a la creencia de que, en el próximo porvenir, las mayorías de los congresos carecerán de aquella popularidad, cohesión y disciplina, de aquella inflexible y agresiva voluntad de poder, que serían necesarias para colocar al presidente bajo su tutela, imponerle gabinetes parlamentarios y gobernar por medio de ellos. La institución del presidente con facultades propias y extensas de gobernante efectivo, está sustentada en el Perú y en la América toda por una fortísima tradición y por hábitos populares incoercibles. Responde a un estado social y económico que impone sus leyes inflexibles a la evolución política. No podemos imaginar la abolición del régimen presidencial sino como resultado de un cambio de cosas profundo precedido tal vez de una revolución...⁷

El mérito indudable de estas aseveraciones, es que denotan un claro conocimiento de la relación que tiene que existir entre los postulados políticos y normativos contenidos en la Constitución y su vinculación o posibilidad de aplicación en la realidad política y social del país. Pero aunque compartimos mucho de lo expresado en dichas afirmaciones, creemos algo exagerado sostener que nuestros textos constitucionales contenían todos los elementos necesarios para el parlamentarismo y que sólo faltó la voluntad política de las cámaras para hacerlo posible. Aspectos centrales de nuestras constituciones han sido la elección popular directa del presidente de la República, su doble condición de jefe de Estado y jefe de gobierno, su carencia de responsabilidad política ante el Congreso, así como su atribución para nombrar autónomamente a los ministros, sin intervención

⁷ *Ibidem*, pp. 40 y 41.

del Congreso. Aquí se socavan dos elementos básicos del poder y la legitimidad de un régimen parlamentario, pues en éste sólo el parlamento emana de la elección popular directa, lo que le permite nombrar al jefe de gobierno y al gabinete que conforman el Poder Ejecutivo, quienes son políticamente responsables ante el parlamento. Si a ello sumamos el liderazgo real, a nivel social y político, ejercido por el presidente, así como los frecuentes casos de predominio en el parlamento de mayorías ligadas al gobierno, las posibilidades de un tránsito de un sistema presidencial a otro parlamentario ciertamente se presentaban muy poco viables..

En todo caso, este Anteproyecto de Constitución fundamentó adecuadamente su opción por la continuidad de un régimen esencialmente presidencial en el Perú, pero cuidando de mantener instituciones de corte parlamentario destinadas a atenuar el poder del jefe de Estado y a controlar sus actos por el parlamento. Para contribuir a la estabilidad del régimen, se propuso que la elección del presidente y el Congreso se realicen simultáneamente y por un término similar de mandato, suprimiendo el sistema de renovación parcial periódica de la Cámara de Diputados. La Constitución de 1933 plasmó la continuidad de este modelo “híbrido”, aunque acrecentando algunas de las atribuciones del Congreso. Los miembros del congreso constituyente sostuvieron que dado que nuestra forma de gobierno se apartaba del presidencialismo y el parlamentarismo puros, optaban por mantener este sistema “eclectico”, al que denominaban “parlamentarismo atenuado o moderado”. A su entender, con ello “se apartaban de las exageraciones del presidencialismo pero evitaban los riesgos del parlamentarismo incontrolado”.

III. LA CONSTITUCIÓN DE 1979: LA OPCIÓN POR EL FORTALECIMIENTO DEL EJECUTIVO

El funcionamiento del régimen político bajo la Constitución de 1933 resultó muy accidentado, pues ningún gobierno electo en procesos inobjtables logró concluir su mandato entre 1933 y 1968. Se pusieron de manifiesto las dificultades para la estabilidad política de un sistema de corte presidencial, debido al incremento de algunas atribuciones del Congreso tomadas del régimen parlamentario, sobre todo cuando el Congreso era dominado por una mayoría opositora al Poder Ejecutivo. Así, durante los gobiernos de Bustamante (1945-48) y de Belaunde (1963-68), se produjeron agudos conflictos debido al blo-

queo de propuestas legislativas gubernamentales, la aprobación en el parlamento de leyes objetadas por el Ejecutivo, reiteradas interpelaciones o censuras al gabinete o a ministros, etcétera. Ello generó cuadros de virtual ingobernabilidad que, finalmente, tuvieron como desenlace la producción de un golpe militar.

Esta mala experiencia fue tomada en cuenta por los constituyentes que elaboraron la Constitución de 1979, proceso desarrollado como parte del retorno a la constitucionalidad para culminar el gobierno de la fuerza armada que rigió el país entre 1968-80. De allí que un rasgo característico de dicha Constitución fue su opción resuelta al fortalecimiento de la posición y atribuciones del presidente de la República y el Poder Ejecutivo. Esto se logró tanto mediante el reconocimiento constitucional de algunas nuevas potestades al presidente, como a través del recorte o la disminución de ciertas atribuciones que la carta de 1933 confería al Congreso. Entre las principales características y novedades de la Constitución de 1979 en esta materia, cabe señalar:

- a) Se incrementó el número de votos exigido para la elección popular del presidente de la República, requiriendo obtener “más de la mitad de los votos válidamente emitidos”; a diferencia de la Carta de 1933 que sólo exigía una votación superior al tercio de los votos válidos. Si ninguno de los candidatos obtenía en primera instancia dicha votación, se procedería a una segunda vuelta para dirimir, mediante votación popular directa, entre los dos candidatos con las votaciones más altas. Se abandonó así el sistema de la Constitución de 1933 que establecía, en caso de que ningún candidato obtuviera la votación exigida, una suerte de “segunda vuelta parlamentaria”, pues el Congreso elegiría al presidente entre los tres candidatos con mayor votación en la elección popular. La duración del mandato presidencial se estableció en cinco años (anteriormente era de seis) sin reelección inmediata hasta luego de transcurrido un periodo presidencial.
- b) El presidente de la República, durante su mandato, sólo podía ser objeto de acusación constitucional y antejuicio ante el Congreso por haber incurrido en traición a la patria, por impedir las elecciones, el funcionamiento del Jurado Nacional de Elecciones o del Tribunal de Garantías Constitucionales, o por disolver el Congreso fuera del supuesto previsto en la Constitución. Esta enumeración ya estaba pre-

vista en la Carta de 1933 y buscaba contribuir a la continuidad en el ejercicio de la función presidencial, pero puede considerarse exageradamente restringida, pues excluye otros delitos (de función o comunes) y otras infracciones de la Constitución en que podría verse incurso el presidente, que no obstante su eventual gravedad penal, política o moral, impedirían la procedencia del antejuicio parlamentario durante la vigencia del mandato presidencial.

- c) El presidente de la República seguía conjugando las funciones de jefe de Estado y jefe de gobierno, siendo nulos los actos presidenciales que no cuentan con refrendo ministerial, como una forma de control intraorgánico en el Poder Ejecutivo y de fundamento para que el presidente no sea políticamente responsable ante el Congreso. En cambio, los ministros resultan individualmente responsables por sus propios actos o por los actos presidenciales que refrendan; asimismo, todos los ministros son solidariamente responsables por los actos delictuosos o infractorios de la Constitución o las leyes en que incurra el presidente de la República o que se acuerden en el Consejo de Ministros, aunque salven su voto, a no ser que renuncien inmediatamente al cargo. Los ministros reunidos conforman el Consejo de Ministros, a cuya cabeza existe un presidente del Consejo. Corresponde al presidente de la República nombrar y remover al presidente del Consejo; también el presidente nombra y remueve a los demás ministros, a propuesta y con el acuerdo del presidente del Consejo, respectivamente. Los ministros no pueden ejercer ninguna otra función pública, excepto la de congresista.
- d) Las potestades de interpelar, censurar o extender confianza a los ministros se reservan exclusivamente a la Cámara de Diputados, corrigiendo la innecesaria duplicación de funciones que establecía la Carta de 1933 al conferir esta facultad a ambas cámaras. Ello fortaleció la posición de los ministros frente al parlamento, situación que se complementó con el incremento introducido en el número de votos requeridos para que procedan la interpelación o la censura. La interpelación podía solicitarla al menos 15% del número legal de diputados, procediendo únicamente si era admitida por no menos de un tercio del número de representantes hábiles, cifra que limitaba ostensiblemente la capacidad de control y fiscalización política de las minorías parlamentarias. En cambio, la censura

debía formularla no menos de 25% del número legal de diputados y su aprobación quedaba sujeta al voto favorable de más de la mitad del número legal de éstos. El ministro o los ministros contra quienes se apruebe un voto de censura tenían que renunciar, estando obligado el presidente de la República a aceptar esta dimisión; similar es la consecuencia cuando el ministro solicitaba, por propia iniciativa, un voto de confianza y no lo obtenía. Esta Constitución disponía que la censura se debata y vote por lo menos tres días después de su presentación, precepto que no existía en la carta de 1933 y que permitía incluso su debate y votación inmediata.

- e) El Senado, además de poder invitar a los ministros para rendir informe, ejercía una importante función de control, al quedar sujetos a su ratificación los nombramientos hechos por el Poder Ejecutivo de los magistrados de la Corte Suprema, del presidente del Banco Central de Reserva, de los embajadores, así como los ascensos a general y grados equivalentes de los oficiales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. También correspondía al Senado designar al contralor general, a propuesta del presidente de la República, y a tres de los siete miembros del directorio del Banco Central de Reserva.
- f) Se otorgó al presidente de la República la facultad de disolver la Cámara de Diputados, siempre que esta haya censurado o negado confianza a tres consejos de ministros. Esta potestad presidencial sólo podía ejercerla una vez durante su mandato, sin admitirse en el último año de éste, lapso en el que la Cámara sólo podrá aprobar una censura mediante el voto favorable de dos tercios del número legal de diputados. El decreto presidencial de disolución de la Cámara de Diputados conllevaba la obligación de convocatoria a elecciones para ésta y su realización en el plazo perentorio de treinta días. Si no se producían las elecciones, la cámara disuelta recobraba sus funciones y quedaba cesado el Consejo de Ministros, sin que sus miembros pudieran volver a ocupar un cargo ministerial durante el mandato presidencial.
- g) En el campo de la función legislativa, dentro de la orientación hacia el fortalecimiento del Poder Ejecutivo, se introdujo la posibilidad de que el Congreso pueda delegarle facultades legislativas para que dicte decretos con fuerza de ley en las materias y el plazo expresamente delimitados en la ley de delegación. Asimismo, se

reconoció al presidente la potestad para dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, con cargo de dar cuenta al Congreso. Esta última atribución, profusa e injustificadamente utilizada durante el periodo 1980-92, evolucionó por obra de su uso práctico y de la interpretación predominante hasta ser asumida como una modalidad —ciertamente muy imperfecta en su regulación— de los denominados “decretos de necesidad y urgencia”. También se reconoce la potestad del presidente de formular observaciones a los proyectos de ley aprobados por el Congreso, mediante una suerte de “veto suspensivo”.⁸

h) La Constitución de 1979 innovó también en materia de la aprobación de la Ley Anual del Presupuesto del Sector Público, disponiendo que el proyecto debía ser elaborado por el Poder Ejecutivo (y ya no por el Congreso, como normaba la carta de 1933) remitiéndolo para su estudio, debate y aprobación por el Congreso. Si el proyecto de ley no era votado y aprobado antes del 15 de diciembre, entraba en vigencia la propuesta que elaboró el Poder Ejecutivo.

En definitiva, la Constitución de 1979 fortaleció las atribuciones del presidente de la República y del Poder Ejecutivo. Pero no por ello abandonó el carácter “híbrido” del modelo imperante en nuestra tradición constitucional. Sucedió que las relaciones entre gobierno y parlamento sufrieron un cambio significativo de orientación con respecto a la carta de 1933, inclinando esta vez la balanza hacia el fortalecimiento de las atribuciones del Poder Ejecutivo, sin que ello implicara la supresión (aunque sí su disminución cuantitativa y cualitativa) de numerosos mecanismos de control parlamentario.

⁸ La carta preveía que el proyecto de ley debía ser remitido para su promulgación por el presidente de la República, quien debía hacerlo dentro del plazo de quince días; si no lo hacía en dicho lapso, el proyecto volvía al parlamento que lo promulgaba directamente. Pero si el presidente de la República, siempre dentro del plazo de los quince días, formulaba expresamente observaciones al proyecto de ley o a parte de este, la norma observada retornaba para su reconsideración por el Congreso, alcanzando carácter de ley únicamente si lograba la aprobación por más de la mitad del número legal de miembros de ambas cámaras.

IV. LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y LA REAFIRMACIÓN DE LA TENDENCIA AL FORTALECIMIENTO DEL PODER DEL PRESIDENTE Y EL EJECUTIVO

La elección de Alberto Fujimori como presidente en 1990, permitió establecer una continuidad de tres gobiernos consecutivos democráticamente elegidos (en procesos inobjetable) situación singular en la experiencia política peruana. A su vez, supuso el primer caso práctico de utilización del sistema de segunda vuelta previsto en la Constitución de 1979 para la elección presidencial. Pero a diferencia de lo sucedido en los gobiernos precedentes de Belaunde y García, Fujimori careció de una mayoría parlamentaria propia, lo que hacía temer que pudiera cumplirse aquella fatal constante de ingobernabilidad o crisis política que traería como desenlace la ruptura del orden constitucional, más aún cuando el país vivía los estragos de la violencia política y la acción armada de grupos subversivos y terroristas. Finalmente, el régimen democrático fue quebrantado, pero esta vez no por el habitual golpe militar sino por un autogolpe de Estado montado por el propio Fujimori con el respaldo de la cúpula militar, logrando rápidamente el apoyo de los grupos económicos poderosos y de amplios sectores de la población, en clara confrontación con los partidos políticos “tradicionales”.

El gobierno de Fujimori ensayó diversos intentos de justificación de esta medida, pero la verdad era otra. El Ejecutivo, pese a que carecía de mayoría en el Congreso, no buscó seriamente propiciar alianzas con otras organizaciones políticas en el parlamento para construir una base de respaldo o compromiso para el desarrollo de su política, no obstante que en muchos casos esta posibilidad quedó evidenciada, como en materia de las reformas económicas. Asumió más bien una orientación autoritaria, aspirando a concentrar todo el poder en el presidente (y el Ejecutivo) y a gobernar sin oposición ni control. En claro desprecio a reglas fundamentales del sistema democrático, se prefirió el camino dictatorial para llevar a la práctica un conjunto de acciones que, en muchos casos, requerían de reformas constitucionales previas, lo que hubiera demandado el establecimiento de acuerdos sobre puntos específicos con la oposición en el Congreso.

El golpe de estado del 5 de abril de 1992 fue esencialmente la consumación de un proyecto político autoritario, antes que producto de una responsabilidad sustantiva de las normas constitucionales que regulan las relaciones entre gobierno y parlamento. Al producirse, no existía en el

país una situación seria o real de “ingobernabilidad”, de bloqueo o inestabilidad, propiciada por la obstaculización sistemática del parlamento a la política gubernamental. Tampoco el Perú necesitaba de una nueva Constitución, pues ningún sector político o académico había formulado tal planteamiento; a lo más, podían establecerse algunas reformas puntuales para corregir ciertas deficiencias advertidas en la aplicación y vigencia de la carta de 1979. Sin embargo, el régimen dictatorial de Fujimori se vio forzado —principalmente por presiones de la comunidad internacional— a anunciar un pronto cronograma de retorno a la normalidad institucional democrática, que conllevaba la elección popular de un Congreso que debía elaborar una nueva Constitución y reemplazar al parlamento que había sido arbitrariamente disuelto por el gobierno.

El país se vio así incurso en un proceso constituyente que era producto de una “salida política” antes que de una necesidad real. El denominado “Congreso Constituyente Democrático”, ampliamente dominado por el oficialismo, elaboró una nueva Constitución que reproduce parte importante del articulado de la carta de 1979. Pero que introdujo serias restricciones —de orientación neoliberal— en la intervención estatal en el régimen económico y en materia de los derechos económicos y sociales, así como un marcado retroceso en la descentralización y las competencias de los gobiernos municipales y regionales. A nivel de los poderes Ejecutivo y Legislativo, la nueva Constitución de 1993 prosigue en el camino de acrecentar las atribuciones del gobierno. Esta Constitución fue aprobada mediante un referéndum popular, el 31 de octubre de 1993, donde el “sí” obtuvo un apretadísimo (y bastante discutido) triunfo sobre el “no”, por una diferencia de escasamente 4% de los votos. Dicha carta contempla el siguiente contenido e innovaciones en materia del régimen político y de las relaciones entre gobierno y parlamento:

- a) Se permite la reelección presidencial inmediata, por un periodo adicional de cinco años. Éste era quizás el principal objetivo del oficialismo y del golpe de estado en materia de la reforma constitucional. No obstante, luego de ser reelecto en 1995 para un nuevo periodo de cinco años, Fujimori y sus seguidores en el Congreso aprobaron una ley autodenominada de “interpretación constitucional auténtica” que sostuvo que la reelección presidencial inmediata por una vez recién se computaba desde el gobierno en curso, por lo

que Fujimori podría volver a ser candidato presidencial en el 2000 para un tercer periodo consecutivo, como en efecto sucedió, a pesar del carácter notoriamente inconstitucional de dicha norma y de la marcada oposición de la mayoría de fuerzas políticas y sectores de la población del país.

- b) Para acceder a la presidencia de la República, se mantiene la exigencia de obtener una mayoría absoluta de más de la mitad de los votos, pero se excluyen para efectos de este cómputo los votos nulos y en blanco. Ello torna algo menos difícil la posibilidad del triunfo de algún candidato en la primera vuelta.
- c) Aunque se mantiene como atribución del presidente de la República su condición de jefe de Estado y de jefe de gobierno (incluyendo ahora en forma expresa su potestad para dictar decretos de urgencia en materia económica y financiera) se contempla la posibilidad de que el presidente del Consejo de Ministros pueda ser un ministro “sin cartera”, es decir, ejercer dicha función sin necesidad de que ocupe simultáneamente otro ministerio. Asimismo se enumeran algunas atribuciones específicas del presidente del Consejo de Ministros, tales como ser (después del presidente de la República) el portavoz del gobierno, coordinar las funciones de los demás ministros; y refrendar los decretos legislativos, los de urgencia y otras normas dictadas por el Ejecutivo.
- d) Se establece un Congreso unicameral de ciento veinte miembros, cuya elección se realiza de acuerdo al sistema de representación proporcional. Si bien la determinación de la composición del Congreso, en atención a la organización territorial del país, se deja a la decisión de la ley, la Constitución estableció que para el proceso electoral de 1995 el Congreso se elegirá por “distrito nacional único”. Ello favorecía el centralismo y facilitaba la digitación de los candidatos al parlamento por el presidente. Al interior del Congreso unicameral existe una Comisión Permanente elegida por éste, cuyos integrantes no excederán de 25% del número total de congresistas, tendiendo a mantener la proporcionalidad de la representación parlamentaria de las distintas fuerzas políticas.⁹

⁹ Entre las principales atribuciones de la Comisión Permanente están: acusar ante el Congreso a los altos funcionarios que cometan infracción de la Constitución o algún delito en el ejercicio de sus funciones; designar al contralor general; ratificar el nombramiento

- e) Se suprime como atribuciones del Congreso la ratificación del nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema, de los ascensos al grado de general de los oficiales superiores de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, así como de los embajadores nombrados por el presidente de la República.
- f) Se establece que la obligación del presidente del Consejo de Ministros, y de su equipo ministerial, de concurrir al Congreso, para exponer las políticas y medidas de su gestión, debe efectuarse dentro de los treinta días siguientes de haber asumido sus funciones. Pero a diferencia de la Constitución de 1979, que disponía que esta presentación ministerial no daba lugar a ningún voto del parlamento, la carta de 1993 señala expresamente que el presidente del Consejo planteará una cuestión de confianza, lo que obliga al Congreso a votar concediéndola o negándola, con los efectos consiguientes respectivos.
- g) Se mantiene la potestad presidencial de disponer la disolución del Congreso, pero esta vez en el supuesto que el parlamento haya censurado o negado confianza a dos Consejos de Ministros, a diferencia de la carta de 1979 que exigía el derribamiento de tres gabinetes ministeriales.

V. LIMITACIONES E INSUFICIENCIAS DE LOS MECANISMOS
PARLAMENTARIOS INTRODUCIDOS EN EL RÉGIMEN
PRESIDENCIAL PERUANO PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS
POLÍTICOS ENTRE GOBIERNO Y CONGRESO

Como hemos señalado, la incorporación progresiva de un conjunto significativo de instituciones originarias del régimen parlamentario en el modelo presidencial peruano, configurando un régimen híbrido conocido como “presidencialismo atenuado”, buscaba introducir mecanismos de mayor control, contrapeso y racionalización del excesivo poder político del presidente de la República. Sin embargo, como sostuvimos en un es-

to del presidente del Banco Central de Reserva y del superintendente de Banca y Seguros; ejercer la función legislativa que le delegue el Congreso; aprobar los créditos suplementarios y transferencias presupuestales, durante el receso parlamentario.

tudio sobre el tema hace quince años,¹⁰ a pesar de la existencia de un andamiaje institucional injertado del sistema parlamentario en el régimen político presidencial peruano, esta mixtura origina que el funcionamiento de dichas instituciones parlamentarias conduzca a resultados distintos a los que les corresponderían en un modelo parlamentario.

Cabe afirmar que el régimen presidencial “atenuado” peruano presenta una cierta “rigidez” política, por la virtual permanencia inmutable de la composición del gobierno y el Congreso durante el periodo común de cinco años de sus respectivos mandatos. La censura parlamentaria del gabinete ministerial no conduce al cambio de gobierno ni necesariamente a la variación de su política; la disolución del Congreso por el Ejecutivo, tiene pocas posibilidades reales de llevarse a cabo, dado los requisitos impuestos por la Constitución para su procedencia; no está contemplada la renovación de parte del Congreso durante su mandato, ni la revocatoria popular de los parlamentarios. De modo que se carece de mecanismos eficaces para una solución política efectiva de conflictos o enfrentamientos agudos entre gobierno y parlamento, o incluso de formas (electorales) de un “arbitraje popular” para dirimir estas desavenencias. A continuación explicaremos brevemente estas deficiencias.

1. *La censura del gabinete o de algún ministro,
no conduce al cambio de gobierno ni (necesariamente)
a la modificación de la política gubernamental*

En los regímenes parlamentarios, la finalidad y efecto de la censura aprobada por el parlamento contra el gabinete, no sólo conlleva la caída y sustitución del gobierno, ante la falta de respaldo parlamentario a la gestión gubernamental. Posibilita también el surgimiento de un nuevo gobierno, nacido del apoyo de la mayoría parlamentaria vigente, lo que debe conducir a cambios en su política. Como se sabe, en dichos regímenes la continuidad del gobierno está supeditada a que éste conserve la confianza o, cuando menos, la tolerancia del parlamento. En caso contrario, a través de la aprobación del voto de censura o la desaprobación de la confianza

¹⁰ Eguiguren Praeli, Francisco José, “Las relaciones entre gobierno y parlamento: elementos para una propuesta de reforma en el Perú”, *Formas de gobierno: relaciones Ejecutivo-Parlamento*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1993, pp. 170-178.

solicitada, se hará efectiva la responsabilidad política del gobierno ante el parlamento y el gabinete tendrá que dimitir, cediendo su lugar a uno nuevo que deberá disponer —para instalarse y proseguir en funciones— del respaldo de una mayoría parlamentaria. El reemplazo del gabinete ministerial conlleva así también un cambio en la política gubernamental.

En el régimen político peruano, en cambio, si bien la aprobación de un voto de censura (o el rechazo al pedido de confianza) origina la caída y reemplazo del ministro o del gabinete contra quienes se adopta, no implica un cambio de gobierno ni necesariamente una variación en la orientación de la política gubernamental. Y es que la Constitución establece una suerte de Poder Ejecutivo unipersonal, a cargo del presidente de la República, quien es el jefe de gobierno y cuya continuidad no se ve afectada por la caída del gabinete ministerial. Además, la designación de los ministros es potestad exclusiva del presidente de la República, por lo que puede suceder que, tras la aprobación del voto de censura, se produzca un simple reemplazo de ministros pero que se mantenga la misma política gubernamental, si el presidente no desea introducir modificación en ésta, sin que el parlamento pueda hacer demasiado para cambiarla, lo que puede determinar la subsistencia o eventual agravamiento de la discrepancia surgida entre el Ejecutivo y el Congreso. En definitiva, la censura ministerial en el caso peruano solo garantiza el cambio de ministros (o sea de personas) pero no necesariamente un cambio de política gubernamental ni la solución de la controversia suscitada.

2. La inmutabilidad de la composición política del Congreso

La elección popular directa del presidente de la República y de los congresistas se realiza simultáneamente en el mismo acto electoral, adquiriendo ambos órganos virtual inmutabilidad de su composición política durante todo su mandato común de cinco años. La Constitución no contempla la renovación parcial de la composición del Congreso durante el transcurso de su mandato, por lo que la eventual variación de la representatividad popular real o significación política de las distintas agrupaciones parlamentarias en dicho periodo, no tiene incidencia alguna en la correlación de fuerzas políticas imperante al interior del Congreso. En cambio, si pueden darse variaciones en las alianzas de bancadas parla-

mentarias, o algunos de sus integrantes pueden individualmente cambiar de agrupación, pero no son fenómenos que puedan modificar significativamente la composición política del Congreso.

Aunque la Constitución contempla la disolución del Congreso por decisión del Ejecutivo, mecanismo que podrían incidir en la modificación de la composición política y correlación de fuerzas del parlamento por obra de una nueva elección popular, su posibilidad real de implementación resulta bastante difícil. Y es que la Constitución condiciona el uso de esta atribución presidencial, a que el Congreso previamente haya censurado o negado confianza a tres o dos gabinetes ministeriales, según que se trate de las cartas de 1979 o 1993, respectivamente; supuesto que resulta muy poco probable de verificarse en la práctica. Con esta exigencia se limita seriamente el uso de un mecanismo que, en los regímenes parlamentarios, permite acudir al “arbitraje” del electorado para dirimir controversias políticas agudas entre el gobierno y un parlamento opositor, configurando la nueva composición del parlamento.

No está permitida por la Constitución la renuncia al mandato por el propio parlamentario, ni su revocatoria por votación popular. De modo que tampoco existen mecanismos para el cambio individual de congresistas.

3. La exigencia de lograr la mitad más uno de los votos para ser elegido presidente de la República, sea en primera o segunda vuelta, no garantiza al Ejecutivo contar con mayoría parlamentaria

Las constituciones de 1979 y 1993 establecieron la exigencia de que para obtener la presidencia de la República, se requiera alcanzar más de la mitad de los votos, ya sea en primera o en segunda votación popular directa. Su propósito fue dar mayor legitimidad y representatividad social al presidente, quien sería ungido por el respaldo de una mayoría absoluta del número total de votantes, como contraparte a las acrecentadas atribuciones constitucionales que se le confieren.

Pero esta exigencia de alcanzar una mayoría absoluta de votos, y la eventual necesidad de realizar una segunda vuelta para lograrlo, sólo se aplica para la elección del presidente. Aunque las elecciones presidencial y parlamentaria se realizan simultáneamente, la composición política del Congreso queda definida en la primera votación, sin alterarse ante una

eventual segunda vuelta y quedando invariable a lo largo de todo el mandato parlamentario. Si bien la simultaneidad de las elecciones para presidente y Congreso generan un “efecto arrastre” de votos del candidato presidencial ganador a su lista parlamentaria, nada garantiza que el gobierno electo logre conseguir una mayoría parlamentaria que le sea favorable. Son ilustrativos los casos del primer gobierno de Fujimori (1990-92) y de los gobiernos de Toledo (2001-2006) y García (2006-2011), donde a pesar de ganar las elecciones en segunda vuelta, no tuvieron mayoría parlamentaria propia en el Congreso.

4. *La “debilidad” del presidente del Consejo de Ministros y del gabinete*

La existencia del Consejo de Ministros y de un presidente al frente de éste, no constituyen un verdadero mecanismo sustantivo de limitación o freno al poder del presidente de la República. Aunque la Constitución señala que el presidente de la República designa al presidente del Consejo de Ministros y que a propuesta de éste nombra o remueve a los ministros que integran el gabinete, la verdad es bastante distinta. Es el presidente de la República, dado su liderazgo político, el que impone la designación o continuidad de la mayoría de los ministros en el gabinete. Además, el presidente del Consejo de Ministros no es un primer ministro o jefe de Gobierno, siendo más bien un coordinador o “jefe” de los ministros y vocero gubernamental. Ni él ni el gabinete tienen competencias autónomas frente al presidente de la República en materia política o legislativa.

Que en los hechos el presidente de la República nombre y remueva con amplia libertad a sus ministros y al presidente del Consejo, fomenta que éstos busquen resultar funcionales a las decisiones políticas del presidente, para conservar su respaldo que permite la permanencia en el cargo. A esta dependencia de los ministros de la confianza presidencial, se suma la responsabilidad política que tienen ante el Congreso, que puede hacerlos pasibles del voto de censura parlamentaria que acarrea su caída. Esta exposición a “dos frentes” debilita su posición política, optando por el sometimiento al presidente de la República, a quien deben su cargo.

En definitiva, por conjugar el presidente de la República las funciones de jefe de Estado y de gobierno, a él corresponden la auténtica dirección de la política gubernamental y la adopción de las principales decisiones. La capacidad de control del gabinete y de los ministros al

presidente de la República resulta bastante limitada, pues la necesidad de refrendo ministerial impuesta para la validez de los actos presidenciales luce poco efectiva frente a la posibilidad del presidente de prescindir de un ministro que entorpezca o se resista a la orientación política por él impuesta. Es frecuente que muchos ministros sean meros colaboradores o “secretarios” del presidente de la República, no obstante lo cual tienen que asumir la responsabilidad política de la gestión gubernamental ante el Congreso, toda vez que al presidente no cabe exigírsela. A veces la interpelación o censura a un ministro conlleva realmente un cuestionamiento parlamentario a la política que imprime el propio presidente. Los ministros pueden entonces convertirse en meros “fusibles”, que se queman y sustituyen para garantizar la continuidad de una política dirigida y decidida por el presidente.

5. La ausencia de una efectiva responsabilidad penal y constitucional del presidente de la República

La ausencia de responsabilidad política del presidente de la República y las limitaciones en los alcances y eficacia de la responsabilidad política de los ministros, hacen más importante la eficacia de la institución del Antejudio o Juicio Político ante el Congreso, previsto en las diversas constituciones peruanas y actualmente en los artículos 99 y 100 de la carta de 1993, como mecanismo de control y eventual sanción frente a los excesos y abusos de los altos funcionarios públicos. Dicha institución dispone que el presidente de la República, los ministros, los congresistas y algunas otras altas autoridades estatales, puedan ser acusados ante el Congreso por los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones o las infracciones constitucionales en que incurran. Las sanciones que puede imponer el Congreso son la suspensión o destitución del cargo, o la inhabilitación para el desempeño de toda función pública hasta por diez años; sin perjuicio del ulterior sometimiento a juicio en caso de la imputación de delitos cometidos con ocasión del ejercicio del cargo.

Si bien es frecuente que la mayoría de ordenamientos latinoamericanos brinden un régimen especial al tratamiento de la responsabilidad penal y constitucional del presidente de la República, limitando las causas por las que puede ser acusado mientras ejerce su mandato a fin de dar

mayor continuidad y estabilidad a la función presidencial durante el desempeño del cargo, el caso peruano resulta excesivamente restrictivo respecto a la normativa comparada y las necesidades políticas del país. Así, el artículo 117 de la Constitución de 1993 enumera, en forma taxativa y muy limitada, los únicos casos en que el presidente de la República puede ser acusado durante el ejercicio de su mandato, siendo éstos: traición a la Patria, disolución del Congreso (salvo cuando éste haya censurado o negado confianza a dos Consejos de Ministros) impedir la realización de los distintos tipos de elecciones o el funcionamiento del Jurado Nacional de Elecciones y los órganos electorales.

Para acusar al presidente de la República por cualquier otro delito o infracción constitucional, no contemplados en la referida enumeración taxativa, hay que esperar a que concluya su mandato. También se deberá aguardar a la culminación del mandato presidencial cuando se le quiera denunciar o juzgar penalmente por la comisión de un delito común, aunque entonces ya no será necesario recurrir al Antejjuicio.

Ante las insuficiencias de esta normativa y la experiencia de diversas gestiones presidenciales, lo más adecuado sería realizar una reforma del artículo 117 de la Constitución, incorporando algunas nuevas causales específicas adicionales para la acusación del presidente de la República mientras ejerce el cargo, tales como: la comisión de graves delitos con motivo del ejercicio de la función (corrupción, enriquecimiento ilícito, peculado); violación de derechos humanos; graves delitos comunes dolosos o de serias infracciones de la Constitución. Obviamente la determinación de los casos que configuran este carácter grave de los delitos e infracciones constitucionales imputados al presidente, así como la graduación de la sanción política, corresponderá ser evaluada y resuelta por el Congreso, lo que nunca estará exento del riesgo de manipulación política o arbitrariedad.

Cabe agregar que ante las restricciones actuales para la acusación constitucional al presidente de la República mientras ejerce su mandato, se ha buscado una “salida” que posibilite lograr su destitución por el Congreso. Para ello, dado que la Constitución contempla como una causal específica para la declaración de vacancia del presidente su “incapacidad moral”, se ha interpretado que ésta abarcaría también el incurrir en alguna conducta que pueda calificarse por el parlamento como social o políticamente reprobable. Con ello se ha abierto un marco bastante am-

plio y discrecional para el manejo político parlamentario respecto a la evaluación y sanción de la conducta del presidente. Esta causal se aplicó por el Congreso, por primera y única vez, para aprobar la destitución del presidente Fujimori, quien se había fugado del país y pretendido renunciar al cargo desde el extranjero. Así, el Congreso desestimó su renuncia y destituyó al presidente por incapacidad moral, dados los actos de corrupción producidos en su gobierno.

Cabe agregar que, posteriormente, una sentencia del Tribunal Constitucional ha establecido como exigencia para declarar la vacancia presidencial por incapacidad moral el voto favorable de dos tercios de los congresistas, lo que hace más difícil el logro de esta votación y exige un alto grado de consenso político parlamentario. No obstante, consideramos preferible dejar de lado esta interpretación amplia de dicha causal de vacancia presidencial, por los riesgos de instrumentación y manipulación política que podría propiciar. En su reemplazo, cabría ampliar el listado de causales específicas y precisas de acusación constitucional al presidente de la República durante el ejercicio de su cargo, incluyendo algunos otros delitos cometidos en el ejercicio de la función o graves infracciones constitucionales perpetradas.

VI. PROPUESTAS Y PERSPECTIVAS DE REFORMA DEL RÉGIMEN POLÍTICO PRESIDENCIAL PERUANO

Los excesos en el ejercicio del poder y la tendencia al autoritarismo que han caracterizado al presidencialismo real imperante en el Perú, son notorios y frecuentes. La personalización del poder que este régimen propicia, su relativa incapacidad para favorecer políticas de consenso o niveles de concertación entre el gobierno y la oposición parlamentaria, así como el bloqueo que suele presentarse cuando el Poder Ejecutivo carece de mayoría en el Congreso, sin duda han conspirado contra el fortalecimiento y estabilidad del régimen político y la institucionalidad democrática. A su vez, ha sido palpable la inmadurez e incomprensión que aún persisten en la mayoría de fuerzas políticas acerca del rol que corresponde tanto a las mayorías como a las minorías en el parlamento, así como al tipo de diálogo y contrapunto que debe existir entre gobierno y oposición. Si bien las mayorías parlamentarias con que contaron los gobiernos de Fernando Belaunde (1980-1985), Alan García (1985-1990) y Alberto Fujimori (1992- 2000),

contribuyeron a dar “estabilidad” a las políticas gubernamentales, propiciaron también conductas muy teñidas de soberbia e intransigencia en el Poder Ejecutivo, a la par de una elevada dosis de obsecuencia en el Congreso. Por otra parte, los escasos márgenes de maniobra que esta situación dejaba a las fuerzas de oposición, la indujeron a optar por posiciones esencialmente orientadas a la denuncia política.

La experiencia política peruana demuestra que la incorporación de un conjunto amplio de instituciones típicamente parlamentarias en un régimen de corte presidencial, configurando el “presidencialismo atenuado” al que alude García Belaunde,¹¹ sólo logran limitar significativamente el poder presidencial cuando el gobierno carece de mayoría parlamentaria. Sin embargo, a menudo ello genera también agudos conflictos políticos o entrapamientos que el sistema no puede resolver, por el distinto funcionamiento de dichas instituciones fuera del régimen parlamentario en que han surgido y por su inserción en un modelo de orientación presidencial. Es pues la correlación de fuerzas políticas concreta imperante en el Congreso, y su relación de apoyo u oposición al gobierno, la que termina perfilando el curso del proceso político y la manifestación, más o menos notoria, según sea el caso, de los elementos de tipo parlamentario y mecanismos de control al poder del Ejecutivo.

1. *Viabilidad política del tránsito hacia un régimen parlamentario o semipresidencial*

Ante los excesos del presidencialismo en el Perú, al igual que en otros países latinoamericanos, algunos sectores, fundamentalmente académicos, han planteado la necesidad de sustituir el régimen presidencial. Sin embargo, el fuerte desprestigio político y la impopularidad que aquejan al Congreso y a los partidos políticos, tendencia acentuada en los últimos años, han incidido en la falta de viabilidad política de la propuesta de instaurar un régimen de tipo parlamentario. Por ello, mayor interés suscita la posibilidad de incursionar hacia un régimen de tipo semipresidencial.¹² Ello supondría con-

¹¹ García Belaunde, Domingo, “Forma de gobierno en la Constitución peruana”, *Notarius. Revista del Colegio de Notarios*, núm. 2, Lima, 1991, p. 245.

¹² Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel (6a. edición española), 1982, p. 153. Vale la pena precisar que este autor reconoce que utiliza el término gobierno semipresidencial pensando en el modelo político plasma-

tar con un presidente de la República, como jefe de Estado, electo por votación popular directa, y con mayores atribuciones a las que le corresponden en un régimen parlamentario clásico, pero con menos competencias de gobierno de las que actualmente ostenta; estableciendo un Ejecutivo “dualista”, con un primer ministro (como jefe de gobierno) y un gabinete, designados por el parlamento y políticamente responsables ante éste, quienes tendrían las principales funciones de gobierno.

No obstante, considero que en el caso peruano, y tal vez también en la mayoría de países latinoamericanos, tampoco la opción por un tránsito hacia un régimen semipresidencial tiene actualmente mayores posibilidades de concretarse políticamente, debido a la reducida legitimidad del Congreso, la seria crisis de los partidos políticos, y el liderazgo político y legitimidad social propios de la figura del presidente de la República.

De allí que cabría pensar, más bien, en una fórmula “intermedia” para frenar y corregir los excesos del presidencialismo e instituir un régimen más equilibrado de poderes, donde quienes ejerzan las atribuciones de gobierno estén sujetos a una efectiva responsabilidad política y a mecanismos reales de control y fiscalización parlamentaria. Ello supondría mantener el carácter “híbrido” propio de la modalidad de régimen presidencial “atenuado” imperante en el Perú, pero introducirle nuevos mecanismos de control político intra e interorgánicos para la limitación al poder del presidente de la República. En este sentido, pueden suponer avances políticos importantes establecer un cierto reparto de atribuciones y funciones de gobierno entre el presidente de la República y el presidente del Consejo de Ministros y su gabinete, así como extender y precisar mejor las decisiones presidenciales que tendrían necesariamente que adoptarse con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, y no con el simple refrendo de algún ministro.

Así, el presidente de la República podría ejercer las funciones representativas de un jefe de Estado y algunas tareas de gobierno, tales como; la designación del presidente del Consejo de Ministros, coordinando con éste la conformación del gabinete; la sanción y promulgación de las le-

do en la V República Francesa y que este tiene más de parlamentario que de presidencial, por lo que consideramos que más propiamente corresponde a un régimen “semiparlamentario”, que no es lo planteado para Latinoamérica, que se orienta más estrictamente a un esquema semipresidencial, que surge como transición desde el régimen presidencial, para intentar corregir ciertos excesos del presidencialismo.

yes y el derecho de observarlas, así como la ratificación de tratados internacionales; la disolución del Congreso; el otorgamiento de indultos y la concesión de reconocimientos y distinciones, etcétera. Algunas de las funciones y atribuciones de un jefe de gobierno (aunque no todas) podrían transferirse directamente al presidente del Consejo de Ministros, al gabinete y a los respectivos ministros, tales como: la elaboración y aprobación de los reglamentos de las leyes; la expedición de decretos legislativos (en caso de delegación del Congreso) y de decretos de urgencia; el manejo de la política económica, la dirección de la Administración Pública, el control del orden público; etcétera. Naturalmente, el presidente del Consejo de Ministros y los ministros del gabinete requerirían, para continuar en su función, contar con el respaldo presidencial a su gestión y serían también políticamente responsables de ella ante el Congreso, que podría derribarlos mediante la aprobación del voto de censura o la desaprobación del pedido de confianza.

Con esta transferencia de algunas de las competencias y funciones de gobierno hacia el presidente del Consejo de Ministros y el gabinete, no sólo encontraría mayor razonabilidad la falta de responsabilidad política del presidente de la República ante el Congreso, sino que ésta resultaría más efectiva al ejercerse sobre ministros con mayor intervención y decisión en las políticas del gobierno. Ello se complementaría con la revisión del actual tratamiento de la responsabilidad penal y constitucional del presidente de la República, ampliando las causales que habiliten su acusación durante el desempeño del cargo. Porque en un régimen político democrático y constitucional, no resulta política ni jurídicamente razonable que la persona que dispone del mayor poder y ejerce las mayores atribuciones, simultáneamente carezca casi totalmente del contrapeso y límite de una efectiva responsabilidad en los planos político y penal por su conducta y decisiones.

2. La reforma del Congreso y del estatuto personal de los parlamentarios

Sin duda, urge introducir algunas reformas respecto al Congreso y al estatuto personal de los parlamentarios, que puedan contribuir a revertir su escasa legitimidad popular y a mejorar la calidad representativa y técnica de los congresistas. En esta dirección se orientan la eliminación de

la actual irrenunciabilidad del mandato parlamentario y la incorporación de la revocatoria popular de congresistas. También se encuentra en debate la eliminación del voto preferencial en las elecciones parlamentarias, estableciendo el sistema de voto por lista cerrada y bloqueada, en el orden fijado por los partidos políticos, aunque fortaleciendo los mecanismos de democracia interna y transparencia de éstos.

La propuesta de contemplar también la renovación parcial del Congreso durante su mandato (por mitades o tercios) resulta interesante, para que la composición de dicho órgano refleje y actualice mejor la variación de la representatividad política de las agrupaciones. Sin embargo, debe evaluarse también su funcionalidad y eventuales efectos perturbadores en un sistema presidencial en el que, a diferencia de los regímenes parlamentarios, la variación de la composición política del Congreso no tiene ninguna incidencia en la conformación o continuidad del gobierno; aunque sí influye en el grado de cooperación, sumisión o de polarización en las relaciones políticas que se entablen entre el parlamento y el gobierno. De allí que una alternativa frente a la introducción de la renovación parcial del Congreso durante su mandato, podría ser flexibilizar la posibilidad de disolución del Congreso por el Ejecutivo, permitiendo su ejercicio por una sola vez durante el mandato presidencial, sin condicionarla a causales específicas. El grado real de respaldo popular al gobierno, dada su incidencia electoral en la composición política de un nuevo Congreso, actuaría como elemento racionalizador, siendo el factor de estímulo o freno para el uso de la atribución presidencial de disolución del Congreso y convocatoria a elecciones parlamentarias.

Otro aspecto que viene discutiéndose y suscita controversia, es la conveniencia del retorno a un Congreso bicameral, dominante en nuestra tradición política, en reemplazo del actual parlamento unicameral instituido por la Constitución fujimorista de 1993. Esta bicameralidad supondría que la Cámara de Diputados tendría la iniciativa en la propuesta y aprobación de las leyes, así como las funciones de control político y fiscalización mediante la interpelación y censura de ministros, la formación de comisiones investigadoras y la formulación de acusaciones constitucionales para el antejuicio o juicio político de altos funcionarios. A su vez, la Cámara de Senadores sería la instancia de revisión de los proyectos de ley aprobados en Diputados; tendría a su cargo el nombramiento o ratificación de algunos altos funcionarios, como el contralor ge-

neral, los magistrados del Tribunal Constitucional, el presidente y algunos miembros del directorio del Banco Central de Reserva, etcétera. Mientras que los diputados se elegirían por unidades territoriales departamentales plurinominales o en circunscripciones uninominales, los senadores se elegirían a nivel regional o nacional.

El retorno a un Congreso bicameral contribuiría a una mayor especialización del trabajo en la función parlamentaria, así como a mejorar el sistema de representación política. Sin embargo esta propuesta encuentra fuertes resistencias en sectores de la opinión pública y el electorado, lo que ha venido desalentando su aprobación en el Congreso. Lamentablemente, subsiste una visión simplista, propiciada durante el gobierno de Fujimori, que sostiene que un Congreso unicameral trabaja más rápido y cuesta menos que uno bicameral, aspectos que la práctica concreta se ha encargado de desvirtuar o de relativizar. El acentuado desprestigio popular del Congreso y de la mayoría de parlamentarios, hace que muchos sostengan que un Congreso bicameral solo duplicaría el costo de un parlamento que seguramente mantendría una muy baja calidad, aumentando la burocracia y el gasto público.

3. La descentralización política y las relaciones entre el gobierno nacional y los gobiernos regionales

La Constitución de 1993, con la reforma constitucional hecha por el Congreso tras el gobierno de Fujimori, retomó el camino hacia la descentralización política adoptado en la carta de 1979. Actualmente el Estado peruano es definido como unitario y descentralizado; conjugando gobiernos a nivel nacional, regional (departamental) y municipal (provincial y distrital), todos ellos electos por votación popular directa. Luego de ponerse en marcha la elección popular de los presidentes y gobiernos regionales, y de la mayor disposición de significativos recursos económicos propios o transferidos por el gobierno nacional, los gobiernos regionales han ido adquiriendo mayor relevancia política. No obstante, subsisten algunas deficiencias en la regulación y delimitación clara de sus competencias legislativas y de gobierno respecto al gobierno nacional.

La Constitución no precisa el tipo de articulación política a darse entre el gobierno nacional y los gobiernos regionales. La legislación dispone que, al interior del Poder Ejecutivo, el presidente del Consejo de Ministros es a quien compete coordinar la relación con los diferentes gobier-

nos regionales. Sin embargo, éstos vienen proponiendo el reconocimiento formal de una Asamblea Nacional de Gobiernos Regionales, integrada por los presidentes de cada región, como instancia formal de coordinación, negociación y concertación política entre el gobierno nacional y el conjunto de los gobiernos regionales. Sin duda que el desarrollo y fortalecimiento de los gobiernos regionales, puede tener una incidencia importante en la redefinición del régimen político peruano.

4. La crisis de los partidos políticos

La crisis de representatividad y popularidad de los partidos y movimientos políticos se ha acentuado en las últimas décadas, situación que no se ha revertido tras la caída del gobierno de Fujimori y la recuperación de la democracia. Las encuestas confirman la amplia desaprobación popular a todos los partidos y su falta de representatividad política, que se refleja en la gran debilidad orgánica de la mayoría de éstos. A pesar de haberse dictado una Ley de Partidos Políticos con importantes incentivos para la conformación y fortalecimiento de partidos con organización, bases programáticas y democracia interna, el objetivo perseguido no se ha conseguido. Incluso la instauración de una barrera electoral legal para limitar el acceso a escaños parlamentarios de agrupaciones políticas de escasa representación, no ha impedido un alto grado de ulterior fraccionamiento y descomposición de las agrupaciones políticas al interior del Congreso.

No se vislumbra, en el corto plazo, la posibilidad de contar con un conjunto de partidos y agrupaciones políticas dotadas de relativa representatividad popular organizada y propuestas programáticas. En cambio, predominan movimientos contruidos en torno a ciertas personalidades y líderes caudillistas, carentes de reales estructuras orgánicas, con marcada improvisación y oportunismo de sus integrantes. Este tipo de agrupaciones propician la personalización del poder y de la conducción política, por lo que reproducen las principales objeciones que se hacen al presidencialismo y sus excesos. Ciertamente este escenario es bastante desalentador para el fortalecimiento y adecuado funcionamiento del régimen político y de las instituciones democráticas, tal cual se les concibe normalmente. Sin embargo, es en este contexto político, y no en otro ideal, donde debe pensarse y proponerse cómo contribuir a afianzar la institucionalidad democrática, en un régimen político que funciona sin verdaderos partidos políticos.

nos regionales. Sin embargo, éstos vienen proponiendo el reconocimiento formal de una Asamblea Nacional de Gobiernos Regionales, integrada por los presidentes de cada región, como instancia formal de coordinación, negociación y concertación política entre el gobierno nacional y el conjunto de los gobiernos regionales. Sin duda que el desarrollo y fortalecimiento de los gobiernos regionales, puede tener una incidencia importante en la redefinición del régimen político peruano.

4. La crisis de los partidos políticos

La crisis de representatividad y popularidad de los partidos y movimientos políticos se ha acentuado en las últimas décadas, situación que no se ha revertido tras la caída del gobierno de Fujimori y la recuperación de la democracia. Las encuestas confirman la amplia desaprobación popular a todos los partidos y su falta de representatividad política, que se refleja en la gran debilidad orgánica de la mayoría de éstos. A pesar de haberse dictado una Ley de Partidos Políticos con importantes incentivos para la conformación y fortalecimiento de partidos con organización, bases programáticas y democracia interna, el objetivo perseguido no se ha conseguido. Incluso la instauración de una barrera electoral legal para limitar el acceso a escaños parlamentarios de agrupaciones políticas de escasa representación, no ha impedido un alto grado de ulterior fraccionamiento y descomposición de las agrupaciones políticas al interior del Congreso.

No se vislumbra, en el corto plazo, la posibilidad de contar con un conjunto de partidos y agrupaciones políticas dotadas de relativa representatividad popular organizada y propuestas programáticas. En cambio, predominan movimientos contruidos en torno a ciertas personalidades y líderes caudillistas, carentes de reales estructuras orgánicas, con marcada improvisación y oportunismo de sus integrantes. Este tipo de agrupaciones propician la personalización del poder y de la conducción política, por lo que reproducen las principales objeciones que se hacen al presidencialismo y sus excesos. Ciertamente este escenario es bastante desalentador para el fortalecimiento y adecuado funcionamiento del régimen político y de las instituciones democráticas, tal cual se les concibe normalmente. Sin embargo, es en este contexto político, y no en otro ideal, donde debe pensarse y proponerse cómo contribuir a afianzar la institucionalidad democrática, en un régimen político que funciona sin verdaderos partidos políticos.

EVOLUCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO EN LA REPÚBLICA DE HONDURAS EN LAS ÚLTIMAS TRES DÉCADAS

José Oswaldo RAMOS SOTO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Nuevas tendencias del derecho constitucional hondureño*. III. *Gobierno de 1982-1986*. IV. *Gobierno de 1986-1990*. V. *Gobierno de 1990-1994*. VI. *Gobierno de 1994-1998*. VII. *Gobierno de 1998-2002*. VIII. *Gobierno de 2002-2006*. IX. *Gobierno de 2006-2010*. X. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Con toda certeza puedo afirmar que en el último cuarto de siglo, el Estado de derecho se ha fortalecido como nunca antes en nuestra historia republicana. Honduras desde su independencia hasta hoy, ha tenido una azarosa vida institucional, nuestro Estado, ha sido regido por trece constituciones, lo cual sin lugar a duda, ha causado graves problemas en su estabilidad política, económica y social.¹ Los permanentes problemas de patología política en el Estado, han obliterado la fluidez de la ecuación dialéctica de su teleología axiológica, debilitando el fortalecimiento de la justicia, las libertades públicas y el respeto a la dignidad humana, produciendo por ende una muy lenta evolución y una precariedad endémica en las instituciones democráticas republicanas.

No obstante, la Constitución actual² es, aunque parezca paradójico, la de mayor longevidad y ha permitido la elección democrática de siete gobiernos sucesivos, lo que constituye un avance sin precedentes, cualitati-

¹ 1825, 1839, 1848, 1865, 1873, 1880, 1894, 1906, 1924, 1936, 1957, 1965 y 1982.

² Contendida en el Decreto número 131 de la Asamblea Nacional Constituyente del 11 de enero de 1982.

vamente importante en el fortalecimiento de nuestro estado de derecho y del constitucionalismo hondureño.

Resulta, que el orden jurídico sustentado en la Constitución de junio de 1965 fue violentado el 4 de diciembre de 1972, cuando se depuso el gobierno del presidente Ramón Ernesto Cruz Uclés por un golpe de Estado de las Fuerzas Armadas que tuvo en su proceso interno tres etapas: La primera que llevó a la Jefatura del Estado al general Oswaldo López Arellano (1972-1975), obligado a abandonar el poder a raíz del problema denominado “Soborno Bananero”.³ Una segunda etapa que estuvo a cargo del general Juan Alberto Melgar Castro (1975-1978) quien había sido jefe de las Fuerzas Armadas en la etapa anterior y que posteriormente fue relevado por el Consejo Superior de las Fuerzas Armadas y sustituido en una tercera etapa por una Junta Militar de Gobierno presidida por el general Policarpo Paz García, que a su vez había sido jefe de las Fuerzas Armadas en el gobierno de Melgar Castro, con la participación de los Coroneles Domingo Antonio Álvarez Cruz y Amilcar Zelaya Rodríguez (1978-1980).⁴

Esta Junta Militar convocó a la ciudadanía actuando como Poder Constituyente para elegir diputados a una Asamblea Nacional Constituyente para formular la nueva carta fundamental del Estado y retornar al país al Estado de derecho.⁵ En este proceso constituyente participaron los dos partidos históricos, Liberal y Nacional, con mas de cien años de existencia cada uno incursionando por primera vez en la arena cívica una joven institución política, el Partido Innovación y Unidad (PINU). Se eligieron 71 diputados constituyentes de los cuales el Partido Liberal obtuvo 35, el Partido Nacional 33 y el Partido Innovación y Unidad (PINU).⁶

³ Conocido en inglés como *Banana Gate*. Supuesto soborno pagado por rebajar el impuesto a la exportación de plátanos por la United Brand y denunciado por el periódico *Wall Street Journal*.

⁴ General Policarpo Paz García.

⁵ Elecciones que se practicaron el domingo 20 de abril de 1980.

⁶ 6. Resultados de Elecciones de la Asamblea Nacional Constituyente practicadas el 20 de abril de 1980. Partido Liberal de Honduras 495 789 votos; Partido Nacional de Honduras 423 363 votos; Partido Innovación y Unidad (PINU) 35 052 votos; Bográn Madrid 2 076 votos; Jiménez Medina 658 votos; Rodríguez-Díaz Zelaya 2 214 votos;

La Asamblea Nacional constituyente se instaló y mientras trabajaba en la aprobación de la Constitución, eligió presidente provisional de la República al general Policarpo Paz García. Debido a que ninguno de los partidos políticos que participaron en el proceso electoral, exhibió al pueblo hondureño durante la campaña electoral un Proyecto de Constitución por el cual deberían votar y ante la ausencia de un documento serio de esta naturaleza, el ilustre Colegio de Abogados de Honduras presidido por el doctor Guillermo López Rodezno nombró una comisión de juristas, para que prepararan un Proyecto de Constitución, habiéndoles dado un plazo de dos meses para terminar semejante tarea.⁷ La comisión nombrada después de un extenuante trabajo produjo un Proyecto de Constitución, el cual fue entregado por el Colegio de Abogados a la Asamblea Nacional Constituyente, este documento fue una herramienta muy importante que aportó de manera significativa a la labor de los constituyentes. También es justo reconocer que posteriormente al proceso electoral, el Partido Innovación y Unidad (PINU) presentó otro Proyecto de Constitución que igualmente contribuyó notablemente a la Asamblea en los trabajos preparatorios de la nueva ley fundamental.

II. NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL HONDUREÑO

La actual Constitución de la República de Honduras, en términos generales, sigue fundamentalmente los lineamientos de las constituciones precedentes de junio de 1965 y de diciembre de 1957, que a su vez tiene su principal inspiración en la Constitución más avanzada del siglo XIX que es la de 1894, que fue derogada en 1906 por la Constitución de aquel año pero fue puesta en vigencia de nuevo por una conmoción social rea-

Nulos 24 221 votos. Tomado del *Diario Oficial* de la República de Honduras, La Gaceta número 23,111 del 26 de mayo de 1980.

⁷ La Comisión de juristas fue presidida por Ramón Ernesto Cruz y la integraron: Leo Valladares Lanza, Efraín Moncada Silva, Carlos Roberto Reina Idiáquez, Hernán Cárcamo Tercero, José Oswaldo Ramos Soto, Orlando Lozano Martínez, Jorge Ramón Hernández Alcerro, Adolfo León Gómez, Marco Antonio Laínez, Dora Elena Morales T.

lizada en el país, y tuvo vigencia de nuevo de 1908 a 1924.⁸ La actual constitución originalmente fue estructurada con 379 artículos.⁹

Los constituyentes de 1980 incurrieron en el reiterado error de seguir formulando constituciones demasiado extensas, incluyendo temas de mucha importancia pero que esencialmente no deben ser objeto de regulación constitucional, sino más bien de la legislación secundaria. *A fortiori*, debemos reconocer sin embargo, la tradición reiterada no sólo en Honduras sino en América Latina de los sectores sociales de elevar sus conquistas al rango de normas constitucionales, ya que por ser constituciones rígidas son más difíciles de ser enmendadas.

En lo relativo a lo demás, la carta fundamental del Estado de Honduras tiene claramente definida en su parte orgánica la estructura del Estado que es unitaria, su forma de gobierno, democrática, republicana y representativa y sigue la división de poderes, enunciados por el Barón de Montesquieu, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, complementarios e independientes y sin relaciones de subordinación. El presidente de la República es jefe de Estado y de gobierno. La alternabilidad en el ejercicio de la presidencia de la República es obligatoria. No hay reelección presidencial ni continúa ni de manera alterna. El órgano legislativo es unicameral, está integrado por un número fijo de 128 diputados. El periodo presidencial, del parlamento y miembros de las corporaciones municipales es de cuatro años y el de la Corte Suprema de Justicia es de siete años. Los partidos políticos legalmente inscritos son instituciones de derecho público, cuya existencia y libre funcionamiento garantiza la Constitución y la ley, para lograr la efectiva participación política de los ciudadanos. El Estado contribuye a financiar los gastos de los partidos políticos, de conformidad con la ley.

La parte dogmática de la Constitución Hondureña establece categóricamente “Que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y el Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla. La dignidad del ser humano es inviolable”. Desarrollando una amplia tutela a los derechos individuales, declarando la inviolabilidad de la vida humana, la prohibición de la pena de muerte, el derecho de libertad en todas su ma-

⁸ Este acontecimiento histórico es recogido por la historia como “La Revolución Restauradora”.

⁹ A esta fecha se han derogado seis (6), de tal manera que actualmente quedan 373 artículos.

nifestaciones, los derechos de acción, petición, políticos, los derechos sociales, los derechos de los niños, el trabajo, la seguridad social, la salud, la educación y la cultura, la vivienda, etcétera.

Asimismo, es del caso subrayar la existencia en nuestra ley fundamental de las garantías constitucionales de *habeas corpus*, amparo, inconstitucionalidad y revisión, para hacer valer los derechos de las personas frente a los eventuales actos arbitrarios del Estado, constituyendo estos mecanismos la parte toral de la sustentación del Estado de derecho, para la convivencia armónica y civilizada de gobernantes y gobernados.

También en la Constitución se establece el régimen de excepción en situaciones especiales de invasión al territorio nacional, perturbación grave de la paz, de epidemia o de cualquier otra calamidad general autorizándose al presidente de la República a suspender ciertos derechos señalados en la Constitución, de acuerdo con el Consejo de Secretarios de Estado por medio de un decreto que debe ser puesto en conocimiento del Congreso Nacional para que lo ratifique, modifique o impruebe. El plazo del Estado de excepción es temporal y no podrá exceder de cuarenta y cinco días por cada vez que se decrete y si antes de vencer el plazo desaparecen las causas que lo motivan se hará cesar en sus efectos. El territorio en que fuesen suspendidos los derechos individuales, se regirá por la Ley del Estado de Sitio.

Es evidente que durante la vigencia de la actual constitución se han realizado reformas e interpretaciones a su texto para incorporar transformaciones muy importantes con el propósito de fortalecer y hacer más dinámicas las tareas del Estado y propiciar un mayor respeto a la dignidad de la persona humana y al fortalecimiento de la administración e impartimiento de la justicia.¹⁰

De lo expuesto anteriormente se colige que sin lugar a dudas el estado de derecho en Honduras se ha vigorizado y modernizado. La incorporación al marco constitucional de entidades como: El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, el Ministerio Público, el Tribunal Superior de Cuentas, el Tribunal Supremo Electoral, la Sala de lo Constitucional en la Corte Suprema de Justicia, Procuraduría del Medio Ambiente, Registro Nacional de las Personas, la Vicepresidencia de la República, constituyen muestras evi-

¹⁰ A la actual constitución se le han practicado: diecinueve reformas ratificadas, doce reformas no ratificadas, diez interpretaciones. Fuente: Otto Martínez, Tegucigalpa, O.I.M., Editorial, S. A.

dentes del progreso cualitativamente importante en el fortalecimiento del aparato del Estado en beneficio del pueblo hondureño. Lo anterior sumado a la actualización de importantes leyes secundarias, así como la adopción de medidas que han establecido políticas públicas, dirigidas a eficientar el Estado para cumplir con mayor dinamismo sus tareas fundamentales.¹¹ Por otro lado, también el Estado ha suscrito y ratificado importantes tratados internacionales, que al adquirir validez formal, como lo preceptúa la Constitución, forman parte del derecho interno hondureño, y nos pone a tono con las nuevas tendencias ecuménicas en todo el quehacer humano.

Constitucionalmente, “Honduras hace suyos los principios y prácticas del derecho internacional que propenden a la solidaridad humana, al respeto de la autodeterminación de los pueblos a la no intervención y al afianzamiento de la paz y la democracia universal. Honduras proclama como ineludible la validez y obligatoria ejecución de las sentencias arbitrales y judiciales de carácter internacional”.

En términos generales creo que en estos 27 años de vigencia de la Constitución, los procesos electorales han sido cada vez más transparentes y legítimos, situación que ha contribuido a fortalecer la madurez cívica y la cultura política de la población en general y especialmente de los ciudadanos, sin desconocer la realidad objetiva que la democracia con todas sus imperfecciones, sigue siendo el mejor sistema de vida y de gobierno para los hondureños.

Oportuna es la ocasión para reflexionar que lo que ha venido ocurriendo en Honduras en materia de estabilidad política, jurídica, económica y social no es producto únicamente de lo sucedido al interno en el país, sino también el resultado de las profundas transformaciones que ha experimentado el mundo y de los cuales no se escapa el continente americano y que han venido permeando gradualmente en nuestro país. Es una verdad

¹¹ Entre otras Leyes se aprobó: Código Penal, Código Procesal Penal, Ley de Justicia Constitucional, Separación de la policía de las Fuerzas Armadas, Código Procesal Civil, Código Tributario, Código del Notariado, Ley de la Administración Pública, Ley de Ordenamiento Territorial, Ley de Proceso Administrativo, Ley de Municipalidades, Ley y Reglamento para la Defensa y Promoción de la Competencia, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Ley de Participación Ciudadana, Ley de Conciliación y Arbitraje, Ley de Tarjetas de Crédito, Ley de Contratación del Estado, Ley Electoral y de las Organizaciones Políticas, Ley del Sistema Financiero, Ley de Instituciones de Seguros y Reaseguros, Ley de Modernización Agrícola, Ley del Ministerio Público, Ley de Lavado de Activos, etcétera.

de Perogrullo que en esta época del conocimiento y la información, de la globalización de las telecomunicaciones, del comercio, del intercambio científico, tecnológico y cultural, no se debe desconocer la interacción recíproca permanente de la sociedad contemporánea y por sobre todo la influencia, evidente de los países más desarrollados hacia los menos, en la construcción de paradigmas y modelos exitosos.

Por otra parte, es fundamental destacar que la determinación del Estado de subordinar el poder militar constitucional al poder civil fue un verdadero acierto. La fuerza debe estar al servicio del derecho y no al contrario. Definitivamente, durante mucho tiempo en Honduras no ha sido así. Creo que esta medida es un factor poderoso en el fortalecimiento y preservación del Estado de derecho y en la estabilización de la gobernanza democrática y el respeto a la soberanía popular. En síntesis situaciones endógenas y exógenas contribuyen permanentemente a retroalimentar las aspiraciones de la sociedad de alcanzar mejores estadios de justicia social, dignidad, libertad y desarrollo humano.

En los últimos años como ha ocurrido en América Latina y en muchos otros países del mundo, ha venido fortaleciéndose en Honduras la llamada Sociedad Civil a través de diferentes grupos formados por ONG, algunos de los cuales han adquirido gradualmente un papel protagónico muy importante, manifestándose permanentemente a través de los medios de difusión social, expresando criterios sobre temas esenciales del acontecer nacional. Dichos grupos han adquirido auténtica beligerancia y hoy día sus opiniones son tomadas muy en cuenta por el Estado, los partidos políticos, las universidades, empresas privadas, gremios profesionales, trabajadores, medios de comunicación social y demás sectores de la sociedad, el rol que ha venido desempeñando les ha permitido ganar espacios que en otras épocas fueron de los partidos políticos y del propio Estado, y que han venido perdiendo por su pusilanimidad o quizás indolencia social.

Me parece que sería incompleto cualquier análisis de la realidad hondureña y de América Latina que excluyera el importante papel de la sociedad civil. Es indudable que la legitimidad de los partidos políticos no debe desconocerse ni tampoco cuestionarse irresponsablemente, pero igualmente tampoco podemos poner oídos sordos, ni cerrar los ojos frente a los vacíos de poder que han venido dejando los partidos políticos y que están ocupando con mucha credibilidad los sectores de la sociedad civil en algunas áreas.

En el año 2004 el Estado de Honduras dio un salto cualitativamente importante al aprobar la Ley de Justicia Constitucional como una herramienta fundamental en el desarrollo de las garantías constitucionales y las defensas del orden jurídico constitucional, ampliando la esfera de las libertades públicas, el respeto a la dignidad de las personas y simplificando y haciendo expeditos en la praxis los mecanismos de impartir justicia en el orden constitucional.

Esta ley derogó la Ley de Amparo de 1936 que ha pesar de haber cumplido un gran papel histórico, ya resultaba obsoleta. El nuevo ordenamiento jurídico regula las garantías constitucionales de *habeas corpus*, *habeas data*, amparo, inconstitucionalidad y revisión, así como asigna a la Sala de lo Constitucional recientemente creada en la Corte Suprema de Justicia, la solución de los conflictos entre los Poderes del Estado y además, los conflictos de competencia que se susciten entre los poderes del Estado y el Tribunal Supremo Electoral; asimismo los conflictos de competencia que se produzcan entre el Ministerio Público, la Procuraduría General de la República y el Tribunal Superior de Cuentas y por último los conflictos de competencia de las municipalidades entre sí.

La creación mediante la reforma constitucional de la Sala de lo Constitucional, significó un paso de avanzada, en la innovación y fortalecimiento de la Justicia Constitucional. Al hacer la enmienda a la ley fundamental, el Congreso Nacional se inspiró en el modelo de Costa Rica y El Salvador, que tienen la Sala de lo Constitucional formando parte de la Corte Suprema de Justicia. Estimo que mejor debió haberse creado un Tribunal Constitucional siguiendo el modelo de Austria, Italia, Portugal, España, Alemania, Francia, Guatemala, Colombia, Chile, Ecuador, etcétera, y como es en general la tendencia en el mundo actual. La Sala de lo Constitucional conoce por ejemplo de los conflictos entre poderes del Estado, ¿qué ocurre cuando en un conflicto se involucra la Corte Suprema con otro poder del Estado?: se viola el principio *aliquis non debet esse iudex in propria causa*. Ante este tipo de situaciones más temprano que tarde en Honduras debemos crear un Tribunal Constitucional ubicado por encima de la clásica división de poderes de Montesquieu, para impartir una verdadera y auténtica justicia constitucional. Sin embargo, por otro lado, creo que fue un verdadero acierto que mediante la enmienda constitucional se le otorgará a la Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucio-

nal la atribución de derogar las leyes que declare inconstitucionales, lo que constituye un hito trascendental en la consagración y fortalecimiento del Estado de derecho. A diferencia de las constituciones de diciembre de 1957 y de junio de 1965, que siguiendo los lineamientos de la Constitución uruguaya de 1952, únicamente declaraban la inaplicabilidad de la ley cuando se otorgaba la garantía al caso concreto, sin producir efectos *erga omnes*.

La nueva ley desarrolla las garantías de *habeas data* como una innovación en el derecho constitucional hondureño, para que las personas tengan derecho a acceder a la información sobre sí mismas o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida con base en datos públicos o privados y en el caso de que fuera necesario actualizarla, rectificarla y/o enmendarla, debiendo conocer únicamente de ella la Corte Suprema de Justicia. Queda como asignatura pendiente una reforma a la Constitución de la República para dar lugar a importantes innovaciones contenidas en esta ley y que han quedado en suspenso hasta que se haga la reforma constitucional correspondiente, y que el actual régimen está en mora de cumplir.

Los anteriores logros sin embargo no son óbice para desconocer el deterioro y la pérdida de credibilidad que paulatinamente experimentan los partidos políticos, los políticos, el Congreso Nacional, el Poder Judicial, la Policía, el Ministerio Público; ante la presencia cada vez mayor de la delincuencia común y organizada, la narco actividad, el lavado de activos, la corrupción y los pocos éxitos del Estado en esta lucha, sumado esto a la falta de atención suficiente a problemas históricos como: salud, educación, vivienda, desempleo, alto costo de la vida, etcétera.

De lo anterior se colige que debe ser un imperativo del Estado y sus instituciones, de las organizaciones políticas, hacer una reingeniería que haga más evidente su razón de ser y su preocupación por dar respuesta y solución a los problemas más complejos de la sociedad y que les permita recobrar la simpatía, la credibilidad y el respeto del pueblo.

III. GOBIERNO DE 1982-1986

En mi concepto, hubo apresuramiento en las fuerzas políticas hondureñas cuando incurrieron en el error de convocar a elecciones generales de autoridades supremas (poderes constituidos, presidente de la Repúbli-

ca y designados a la Presidencia de la República, diputados al Congreso Ordinario y miembros de las Corporaciones Municipales), sin que la nueva constitución se hubiese aprobado y por ende sin entrar en vigencia. Elecciones que se practicaron el domingo 29 de noviembre de 1981, con la participación de los tres partidos políticos antes indicados y uno nuevo el Partido Demócrata Cristiano de Honduras (PDCH); estimo que fue un error, porque pienso que la lógica más elemental nos indicaba que debió esperarse que la Constitución entrara en vigencia para hacer la convocatoria al proceso electoral.

En esas elecciones el Partido Liberal postuló como candidato a la Presidencia al doctor Roberto Suazo Córdova, el Partido Nacional al Abogado Ricardo Zúniga Agustinus, el PINU al doctor Miguel Andoníe Fernández y el PDCH al doctor Hernán Corrales Padilla. El Partido Liberal de Honduras ganó las elecciones.¹² El Congreso Nacional se integró con 44 diputados del Partido Liberal, 34 diputados del Partido Nacional, 3 diputados del Partido Innovación y Unidad (PINU) y 1 diputados del Partido Democracia Cristiana de Honduras (PDCH).

En esta Administración hubo serios conflictos entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo, llegando el Congreso Nacional, inclusive, a destituir la Corte Suprema de Justicia, nombrándose en su lugar una nueva Corte y ordenando el presidente de la República recluir en la Penitenciaría Central a los nuevos magistrados electos.¹³

¹² Resultados de las Elecciones para presidente de la República de Honduras realizadas el 29 de noviembre de 1981. Partido Liberal de Honduras 6336 392 votos; Partido Nacional de Honduras 491 089 votos; Partido Innovación y Unidad (PINU) 29 419 votos; Partido Democracia Cristiana de Honduras (pICH) 19 163 votos. Los resultados de las candidaturas independientes fueron así: Menjivar-Lpoipez García 514 votos; Fiallos-Pérez Alfaro 2 572 votos; Gálvez-Madrid Guerra 911 votos. Nulos 17 245 votos. Blancos 17 430 votos. Total: 1 214 735 votos. Tomado del Diario Oficial de la República de Honduras, La Gaceta 23,595 del 30 de diciembre de 1981.

¹³ 14. El 28 de marzo de 1985, el Congreso Nacional, presidido por Efraín Bú Girón, emitió el decreto en virtud del cual, eligió como Magistrados Propietarios de la Corte Suprema de Justicia a los abogados Martín Alvarado Echeverría, Miguel Ángel Rivera Portillo, Domingo Vásquez y Orlando Lozano Martínez en sustitución de Marco Tulio Catillo, Haroldo López Herrera, Jorge Reyes Díaz y Luis Mendoza Fugón. Asimismo, en artículo dos del aludido decreto legislativo, el Congreso eligió al Abogado Ramón Valladares Soto como presidente de la Corte Suprema de Justicia en sustitución del abogado Carlos Manuel Arita Palomo. Y en el artículo tercero, estableció que se elegían como magistrados suplentes a los abogados José Fernández Guzmán, Lisandro Deras Arévalo, Raúl Muñoz Orellana y Teobaldo Enamorado Suazo en sustitución de los abogados Ro-

Antes de finalizar el cuatrienio del presidente Suazo Córdova, hubo profundas escisiones internas en el partido liberal, en el proceso de sucesión presidencial que estuvo a punto de desembocar en una crisis política en el país, sumado esto a la ingerencia del presidente de la República en el manejo de algunas decisiones de la oposición política. Lo anterior motivó la eclosión de un proceso electoral especial sin precedentes en Honduras y que fue llamado “Alternativa B u Opción B”, mediante el cual se realizaron elecciones primarias y generales al mismo tiempo.

Ese mecanismo utilizado, violentó el espíritu y la letra de la Constitución de la República, que manda en su artículo 236, que “el presidente y designados a la Presidencia de la República, serán elegidos directamente por el pueblo por simple mayoría de votos” y el párrafo segundo del artículo 44 de la misma carta fundamental que preceptúa: “El voto es universal, obligatorio, igualitario, directo, libre y secreto”.

En el Proceso electoral se votó por precandidatos de movimiento o facción directamente y luego estos votos se le sumaron al más votado de cada una de ellos, lo que convirtió el voto directo en indirecto.

No obstante, en aras de resolver la crisis de Estado, los partidos políticos, especialmente el Partido Nacional, los grupos independientes y las fuerzas vivas del país aceptaron esta solución, que ya de manera parecida había tenido lugar en la República Oriental del Uruguay años atrás.

IV. GOBIERNO DE 1986-1990

Con el procedimiento anterior,¹⁴ a pesar de que el Economista Agrícola Rafael Leonardo Callejas Romero del Partido Nacional obtuvo

sendo Contreras, Martín Alvarado Echeverría, Ismael Zapata Rosa y José A. Sagastume respectivamente. Finalmente el decreto legislativo que venimos citando estableció que los magistrados elegidos, durarán en los cargos lo que falta para que concluya el periodo presidencial. (La Tribuna, marzo 29 de 1985). De tal manera en ese momento el país tuvo dos Cortes Supremas de Justicia; una de ellas en la cárcel (la nueva incluido el nuevo presidente Ramón Valladares Soto y los nuevos Magistrados que no tuvieron tiempo de tomar las de Villadiego). Afortunadamente se sopeso la crisis manteniéndose la Corte que estaba en funciones hasta que concluyó su periodo, poniendo punto final a esta tempestad política entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.

¹⁴ Participaron en las elecciones, por el Partido Liberal cuatro movimientos o corrientes internas y en el Partido Nacional tres, habiendo obtenido los siguientes resulta-

656,882 votos y el Ingeniero Civil José Simón Azcona Hoyo del Partido Liberal obtuviera 424,358 votos, este último con la sumatoria de las tres (3) corrientes de su partido alcanzó 786,594 votos, mientras que Callejas Romero con las otras dos (2) corrientes 701,406 votos, por lo que Azcona Hoyo fue declarado por el Tribunal Nacional de Elecciones presidente de la República.¹⁵ El Congreso Nacional se integró con 67 diputados del Partido Liberal, 63 diputados del Partido Nacional, 2 diputados del Partido Innovación y Unidad (PINU) y 2 diputados del Partido Democracia Cristiana de Honduras (PDCH).

Hubo profundas reticencias con respecto a esa elección; incluso antes de ofrecer el resultado oficial por el Tribunal Nacional de Elecciones, el candidato José Simón Azcona Hoyo recibió una carta pública de felicitación del entonces presidente de los Estados Unidos de América Señor Ronald Wilson Reagan reconociéndolo como ganador de las elecciones, y como si esto fuera poco, al mismo tiempo, por otro lado recibió una invitación como presidente electo, del presidente de Venezuela don Jaime Lusinchi para visitar su país. Situaciones estas penosas y lamentables que exorbitan las más elementales reglas del derecho diplomático y del derecho internacional público; pero que desgraciadamente suelen ocurrir por la política hegemónica de algunos países, frente a la debilidad de nuestras frágiles democracias. El presidente Azcona Hoyo realizó acuerdos no escritos, con la dirigencia del Partido Nacional, que le permitieron a la oposición política hacerse de la presidencia y cinco de los nueve ma-

dos: En el Partido Liberal: 1. Movimiento Liberal Azconista que obtuvo 424 358 votos. 2. Movimiento Liberal Rodista que obtuvo 250 519 votos. 3. Movimiento de J. Efraín Bú Girón que obtuvo 64 230 votos. 4. Movimiento Liberal Democrático Revolucionario M-Lider que obtuvo 43 373 votos. Votos sobre la bandera liberal: 4 114. En el Partido Nacional: 1. Movimiento Nacional Callejista (Monarca) 656,882 votos. 2. Movimiento Cambio y Unidad Nacionalista de Juan Pablo Urrutia Raudales 20 121 votos. 3. Movimiento Pro candidatura Douglas Fernando Lardizabal: 22 163 votos. Votos sobre la bandera nacionalista 2 240.

¹⁵ Elecciones presidenciales de 1985. Partido Liberal de Honduras 786 594 votos; Partido Nacional de Honduras 701 406 votos; Partido Innovación y Unidad (PINU) 23 705 votos; Partido Democracia Cristiana de Honduras (PDCH) 30 173 votos. Nulos 23 705 votos. Blancos 28 230 votos. Total: 1 597 841. (Partido Liberal sobre la bandera: 4 114 votos; Partido Nacional sobre la bandera: 2 240 votos).

gistrados de la Corte Suprema de Justicia,¹⁶ de las secretarías de Estado de Relaciones Exteriores y de Trabajo y Seguridad Social.¹⁷

V. GOBIERNO DE 1990-1994

Las elecciones de noviembre de 1989 fueron ganadas por el Partido Nacional llevando a la Presidencia de la República al licenciado Rafael Leonardo Callejas Romero, quien había participado como candidato a la Presidencia en las elecciones anteriores.¹⁸

El candidato del Partido Liberal fue el Ingeniero Industrial Carlos Roberto Flores Facusse. El Congreso Nacional se integró con 71 diputados del Partido Nacional, 55 diputados del Partido Liberal y 2 diputados del Partido Innovación y Unidad (PINU). Antes de estas elecciones en 1988 se ratificó la reforma al artículo 202 de la Constitución de la República que establece: “El Congreso Nacional estará integrado por un número fijo de 128 diputados Propietarios y sus respectivos suplentes”. En las dos elecciones anteriores 1981 y 1985, la elección de diputados se efectuó como originalmente establecía el artículo 202: “La elección de diputados al Congreso Nacional se hará sobre la base de un diputado propietario y un suplente, por cada treinta y cinco mil habitantes o fracción que exceda de quince mil habitantes”.

En este gobierno, el Congreso Nacional destituyó al presidente de la Corte Suprema de Justicia y al procurador general de la República por razones eminentemente políticas, violentando las disposiciones constitucionales que establecen el periodo de duración en sus cargos.¹⁹

Durante ésta Administración no obstante lo anterior, se fortalece el Estado de derecho con la aprobación de la Ley del Ministerio Público, creando la Fiscalía General del Estado.

¹⁶ Abogado Francisco Salomón Jiménez Castro.

¹⁷ Abogados Carlos López Contreras y Adalberto Discua Rodríguez respectivamente.

¹⁸ Elecciones presidenciales de 1989: Partido Nacional de Honduras 917 168 votos; Partido Liberal de Honduras 776 983 votos; Partido Innovación y Unidad (PINU) 33 952 votos; Partido Democracia Cristiana de Honduras (PDCH) 25 453 votos. Nulos 27 107 votos. Blancos 18 483 votos. Total: 1 799 146 votos. Tomado del *Diario Oficial de la República de Honduras*, La Gaceta número 26 015 del 20 de diciembre de 1989.

¹⁹ José Oswaldo Ramos Soto y Leonardo Matute Murillo, del mismo partido del presidente de la República.

Congruente con las transformaciones ideológicas del mundo en ese momento, este régimen nacionalista repatrió a los hondureños que gobiernos anteriores habían enviado al exilio, contribuyendo de esta manera a fortalecer la distensión social y a propiciar la fraternidad entre todos los hondureños.

Finalmente, en este periodo se inscribió por Decreto Legislativo el Partido Unificación Democrática (UD) de tendencia izquierdista.

VI. GOBIERNO DE 1994-1998

El último domingo de noviembre de 1993 se realizaron elecciones de autoridades supremas, las cuales fueron ganadas por el Partido Liberal, habiéndose elegido presidente al abogado Carlos Roberto Reina Idiáquez.²⁰ El candidato del Partido Nacional fue el autor de este trabajo, José Oswaldo Ramos Soto. El Congreso Nacional se integró con 71 diputados del Partido Liberal, 55 diputados del Partido Nacional y 2 diputados del Partido Innovación y Unidad (PINU).

En esta administración entraron en funcionamiento los mecanismos de la Ley del Ministerio Público, que había sido aprobada en la administración anterior, eligiendo el Primer Fiscal General y el Primer Fiscal Adjunto.²¹ Igualmente, se suprimió el Servicio Militar Obligatorio y se trasladó la Policía a la égida civil, mediante sendas reformas constitucionales.

VII. GOBIERNO DE 1998-2002

Las elecciones que dieron lugar al cuarto gobierno consecutivo, se verificaron el último domingo de noviembre de 1997. Siendo novedoso en esta elección que participó una nueva entidad política: el Partido Unificación Democrática (UD) y que por primera vez en la historia de Honduras, participó como candidata de uno de los partidos históricos, una mu-

²⁰ Elecciones presidenciales de 1993: Partido Liberal de Honduras 906 793 votos; Partido Nacional de Honduras 735 123 votos; Partido Innovación y Unidad (PINU) 48 471 votos; Partido Democracia Cristiana de Honduras (PDCH) 20 350 votos. Nulos 43 572 votos. Blancos 21 895 votos. Total: 1 776 204 votos. Tomado del *Diario Oficial de la República de Honduras*, La Gaceta número 27 231 del 23 de diciembre de 1993.

²¹ Doctor Angel Edmundo Orellana Mercado como Fiscal General y al abogado Florentino Álvarez Alvarado como fiscal adjunto.

jer, la maestra de educación primaria, Alba Nora Gúnera Osorio de Melgar Castro, por parte del Partido Nacional.

Las elecciones fueron ganadas por el Partido Liberal llevando a la presidencia de la República, al ingeniero industrial Carlos Roberto Flores Facussé, quien se había desempeñado como presidente del Congreso Nacional en la Administración anterior.²² El Congreso Nacional se integró con 67 diputados del Partido Liberal, 55 diputados del Partido Nacional, 3 diputados del Partido Innovación y Unidad (PINU), 2 diputados del Partido Democracia Cristiana de Honduras (PDCH) y 1 diputado del Partido Unificación Democrática (UD).

En este periodo de gobierno se hicieron importantes reformas a la Constitución de la República, en su Capítulo XII, referente al Poder Judicial. Entre otras, se incrementó el número de magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de nueve a quince, estableciéndose un procedimiento *sui generis*, poco ortodoxo, en la elección de los magistrados, pues se creó una Junta Nominadora integrada por representantes de siete organizaciones, encargados de hacer una propuesta al Congreso Nacional, de una nómina de por lo menos tres por cada uno de los quince magistrados a elegir.²³ Renovándose cada siete años la totalidad de la Corte. Integran la Junta Nominadora los representantes de la Corte Suprema de Justicia, el Colegio de Abogados de Honduras, el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, el Consejo Hondureño de la Empresa Privada (COHEP), facultades de derecho de las universidades, sociedad civil y centrales de los trabajadores. Antes de esta reforma constitucional, el Congreso Nacional elegía directamente por simple mayoría de votos; ahora debe hacerlo por las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros.

²² Elecciones presidenciales de 1997: Partido Liberal de Honduras 1 039 567 votos; Partido Nacional de Honduras 843 154 votos; Partido Innovación y Unidad (PINU) 41 463 votos; Partido Democracia Cristiana de Honduras (PDCH) 24 717 votos; Partido Unificación Democrática (UD) 23 745 votos. Nulos 88 613 votos. Blancos 30 747 votos. Total: 2 091 733 votos. Tomado del *Diario Oficial de la República de Honduras*, La Gaceta número 27 231 del 31 de diciembre de 1997.

²³ La Corte Suprema está organizada en salas, una de las cuales es la de lo Constitucional, artículo 316 de la Constitución de la República. Actualmente hay cuatro salas: Civil, Penal, Laboral y Contencioso Administrativo, integradas por tres magistrados cada una y la de lo Constitucional por cinco.

Pienso que se violenta con este procedimiento el artículo 206, de la Constitución de la República, que establece que las facultades del Poder Legislativo son indelegables, excepto la de recibir la promesa a los altos funcionarios del gobierno. Sin embargo, recién se acaba de elegir a los titulares de la Corte Suprema de Justicia, con este procedimiento, para otro periodo de siete años, generando algunas situaciones de malestar el gremio de abogados. ¿Qué tienen que hacer en la Junta Nominadora, por ejemplo, los empresarios, los trabajadores, la sociedad civil e inclusive el propio colegio de abogados?, pienso que con respecto a estos mecanismos deberá hacerse en los próximos años evaluaciones serias y profundas que le permitan a los hondureños mejorar los mecanismos de selección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia en el futuro.

Durante esta administración se hicieron además otras reformas a la Constitución de la República, mediante las cuales se abolió la Jefatura de las Fuerzas Armadas y el Consejo Superior de la Defensa, otorgándole como debe ser en un verdadero estado de derecho, libertad, al presidente de la República como comandante general de las Fuerzas Armadas para nombrar y remover libremente el jefe de Estado Mayor Conjunto.

Es relevante mencionar como hecho histórico, que el 4 de septiembre de 2001 (último año del gobierno Flores Facussé), los cinco candidatos de los partidos políticos: Ricardo Maduro Joest, del Partido Nacional; Rafael Pineda Ponce, del Partido Liberal; Matías Fúnes Valladares, del Partido Unificación Democrática; Marco Orlando Iriarte, de la Democracia Cristiana, y, Olban Francisco Valladares, del Partido Innovación y Unidad, que participarían en las elecciones del último domingo de noviembre de ese año, suscribieron un documento denominado “Manifiesto al Pueblo Hondureño” y en dicho documento explican y definen el propósito y los alcances de una reforma constitucional necesaria desde la perspectiva de los partidos políticos, anunciando a su vez un compromiso público de respaldar dicha reforma, a ser ejecutada en el próximo gobierno.

Dichas reformas consistirían entre otras: en la sustitución de los designados presidenciales, por un vicepresidente de la República; la creación de un Tribunal Supremo Electoral y la separación del Registro Nacional de las Personas de aquel; la incorporación a la Constitución de la República del plebiscito y el referéndum; la prohibición que los presidentes del Congreso Nacional y de la Corte Suprema de Justicia, pue-

dan ser candidatos a la presidencia de la República en el periodo que desempeñen estos cargos.

De esta propuesta fueron aprobadas en primera legislatura en el gobierno Flores Facussé, la reforma constitucional que crea el Tribunal Superior de Cuentas en sustitución de la Contraloría General de la República y de la Dirección de Probidad Administrativa y la reforma al artículo 240 de la Constitución de la República estableciendo la prohibición a los presidentes del Congreso Nacional y de la Corte Suprema de Justicia, para ser candidatos a la Presidencia de la República en el periodo que desempeñen sus cargos.

VIII. GOBIERNO DE 2002-2006

El quinto gobierno bajo la égida de la Constitución de 1982 fue electo en los comicios generales del último domingo de noviembre de 2001 con la participación de los mismos cinco partidos del proceso anterior, habiendo ganado el torneo electoral el Partido Nacional eligiendo presidente de la República al economista Ricardo Maduro Joest.²⁴ El candidato del Partido Liberal fue el Profesor Rafael Pineda Ponce. El Congreso Nacional se integró con 61 diputados del Partido Nacional, 55 diputados del Partido Liberal, 3 diputados del Partido Innovación y Unidad (PINU), 4 diputados del Partido Democracia Cristiana de Honduras (PDCH) y 5 diputados del Partido Unificación Democrática (UD).

Es importante subrayar, que durante el periodo constitucional de este gobierno, se eligió la nueva Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la reforma constitucional anterior. Habiéndose elegido por primera vez en la historia de Honduras a una mujer presidenta²⁵ y a nueve de los quince magistrados. Se ratificó la reforma constitucional creando el Tribunal Superior de Cuentas y se eligieron sus miembros. Dicho Tribunal está integrado por tres miembros. Además se eligió como consecuencia de la misma reforma un Tribunal Superior de Cuentas integrado por tres

²⁴ Elecciones presidenciales de 2001: Partido Nacional de Honduras 1 137 734 votos; Partido Liberal de Honduras 964 590 votos; Partido Innovación y Unidad (PINU) 31 666 votos; Partido Democracia Cristiana de Honduras (PDCH) 21 089 votos; Partido Unificación Democrática (UD) 24 102 votos. Total: 2 179 181 votos. Tomado del *Diario Oficial de la República de Honduras*, La Gaceta del 19 de enero de 2002.

²⁵ Abogada Vilma Cecilia Morales Montalbán.

miembros, como ente rector de control de los recursos públicos, con autonomía funcional y administrativa de los poderes del Estado, encargado de la fiscalización *a posteriori* de los fondos, bienes y recursos administrados por los poderes del Estado, instituciones descentralizadas, etcétera. Su elección se hace por dos terceras partes de la totalidad del Congreso Nacional y la duración en sus cargos es de siete años, excediendo el periodo presidencial que como hemos indicado antes, es de cuatro.

En esta administración se ratificó la reforma al artículo 240 de la Constitución de la República que establecía la prohibición a los presidentes del Congreso Nacional y de la Corte Suprema de Justicia, para ser candidatos a la Presidencia de la República en el periodo que desempeñen sus cargos.

Durante esta administración continuando con el cumplimiento del contenido del “Manifiesto al Pueblo Hondureño” del 4 de septiembre de 2001, se reformó la Constitución de la República, para transformar el antiguo Tribunal Nacional de Elecciones que estaba integrado por un representante por cada partido, en el Tribunal Supremo Electoral, con autonomía e independencia con jurisdicción y competencia en toda la República, cuyo funcionamiento será establecido por la Constitución de la República y la ley, está conformado por tres magistrados propietarios y un suplente, electos por el voto afirmativo de las dos terceras partes de la totalidad del Congreso Nacional por un periodo de cinco años.

Siguiendo la misma tónica del compromiso, se enmendó la carta fundamental del Estado para separar el Registro Nacional de las Personas del Tribunal Supremo Electoral, otorgándole carácter de institución autónoma y autoridad en el territorio nacional y es el organismo encargado del Registro Civil de extender la tarjeta de identidad única a todos los hondureños y de proporcionar permanentemente de manera oportuna y sin costo al Tribunal Supremo Electoral, toda la información necesaria para que éste elabore el censo nacional.

En este gobierno se aprueba la reforma constitucional en que se instituye el cargo de vicepresidente de la República y se suprimen los cargos de designados presidenciales y además la enmienda constitucional que incorpora en la Constitución de la República dentro de la democracia participativa como una innovación muy importante en la democracia hondureña los procedimientos de consulta directa de referéndum y plebiscito.

Finalmente, dentro de los aspectos sobresalientes de esta administración fue la reforma constitucional que establece que el desarrollo económico y social estará sujeto a una planificación estratégica. Los planes de desarrollo de mediano y largo plazo incluirán políticas de programas estratégicos que garanticen la continuidad de su ejecución. Desde su concepción y aprobación, hasta su conclusión. Por primera vez en una Constitución de la República se establece: “El plan de nación, los planes de desarrollo integral y los programas incorporados en los mismos serán de obligatorio cumplimiento para los gobiernos sucesivos”. Sin lugar a dudas que esta determinación de los partidos políticos constituye un paso de avanzada y un jalón importante en la ruta correcta hacia el desarrollo, el crecimiento económico y el logro de mejores estándares de vida para nuestro pueblo.

Asimismo en esta administración el Congreso Nacional aprobó como antes lo expresamos la Ley de Justicia Constitucional. En términos generales en este gobierno y en el anterior se pusieron en marcha importantes innovaciones para fortalecer el Estado de derecho.

IX. GOBIERNO DE 2006-2010

Finalmente, nuestra democracia se ha seguido consolidando, con el séptimo gobierno consecutivo, como producto del proceso electoral de noviembre de 2005 en el cual resultó triunfador el Partido Liberal eligiendo presidente a José Manuel Zelaya Rosales.²⁶ El candidato del Partido Nacional fue el Licenciado en Administración de Empresas Porfirio Lobo Sosa. El Congreso Nacional se integró con 62 diputados del Partido Liberal, 55 diputados del Partido Nacional, 2 diputados del Partido Innovación y Unidad (PINU), 4 diputados del Partido Democracia Cristiana de Honduras (PDCH) y 5 Diputado del Partido Unificación Democrática (UD). En estas elecciones en la formula presidencial no se eligieron los tres designados a la presidencia de la República, por la reforma constitucional que los suprimió y se volvió al sistema de elegir un vice-

²⁶ Elecciones presidenciales de 2001: Partido Liberal de Honduras 999 006 votos; Partido Nacional de Honduras 925 243 votos; Partido Innovación y Unidad (PINU) 20 093 votos; Partido Democracia Cristiana de Honduras (PDCH) 27 818 votos; Partido Unificación Democrática (UD) 29 754 votos. Tomado del *Diario Oficial de la República de Honduras*, La Gaceta número 30 886 del 27 de diciembre de 2005.

presidente como lo establecía la Constitución de 1936, habiéndose elegido en el cargo al ingeniero civil Elvin Ernesto Santos Ordóñez.

Es importante subrayar que en este gobierno han ocurrido algunas situaciones muy singulares dentro de nuestro Estado de derecho. En los dos gobiernos anteriores (Flores Facussé y Maduro Joest) para darle cumplimiento al “Manifiesto al Pueblo Hondureño” del 4 de septiembre de 2001, se hizo la reforma al artículo 240 de la Constitución de la República (la reforma constitucional en Honduras para que entre en vigencia requiere dos legislaturas, es decir tiene que aprobarse en primera legislatura ordinaria por mayoría calificada por dos terceras partes de la totalidad de los votos del Congreso Nacional y ratificada en la siguiente legislatura ordinaria por la misma mayoría calificada, artículo 373 de la Constitución), la primera etapa del proceso en el último año del gobierno Flores Facussé (2001), siendo ratificado, en el primer año de la administración Maduro Joest (2002).

En esencia, la reforma estuvo dirigida a que los presidentes del Congreso Nacional y de la Corte Suprema de Justicia, no podrán ser candidatos a la presidencia de la República para el periodo constitucional siguiente a aquel para el cual fueron elegidos. Resulta que el presidente del Congreso Nacional, Roberto Micheletti Baín, estimó que dicha reforma le afectaba, en tanto que él aspiraba ser candidato a la presidencia de la República por el Partido Liberal. En tal virtud presentó garantía de inconstitucionalidad contra la reforma constitucional esgrimiendo como argumento nodal que el artículo 240 es una cláusula pétrea al tenor de lo establecido en el artículo 374 de la ley fundamental de la República y que en consecuencia la reforma al artículo 240 fue inconstitucional.²⁷ El Pleno de la Corte Suprema de Justicia, por no haber existido unanimidad en la Sala de lo Constitucional como lo establece la Constitución de la República, actuando como interprete último y definitivo de la Constitución en casos concretos sometidos a su conocimiento, declaró inconstitucional la reforma, produciendo, en consecuencia, la derogatoria de la reforma inconstitucionalmente hecha, favoreciendo los derechos del impetrante que de esta manera pudo participar en las elecciones primarias de su partido.

²⁷ Disposición constitucional que no puede ser reformada por el Poder Constituido por el procedimiento de reforma constitucional.

En esta administración se han producido enfrentamientos entre el Poder Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia anterior, pero al final, el primero ha tenido que someterse a las decisiones del alto tribunal, como lo manda la Constitución de la República.

El pasado treinta de noviembre se realizaron elecciones primarias e internas, en las cuales participaron los dos partidos históricos: Liberal y Nacional. Los comicios se desarrollaron en orden y armonía y éstas instituciones seleccionaron sus autoridades partidarias y sus candidatos a elección popular. Las elecciones generales legalmente deberán practicarse el último domingo de noviembre de este año y el nuevo gobierno deberá iniciar su gestión el veintisiete de enero del próximo año. Deberá ser éste el octavo gobierno democráticamente electo por el pueblo hondureño en las últimas tres décadas.

Desafortunadamente, no se por qué motivos existiendo en la Constitución el cargo de vicepresidente de la República, en virtud de las reformas constitucionales que han sido explicadas anteriormente, el Tribunal Supremo Electoral, violentando la letra y el espíritu de la Constitución, ha convocado en las elecciones primarias recién concluidas, a elección de tres designados a la Presidencia de la República, cuando el artículo 235 de nuestra ley fundamental establece: “La titularidad del Poder Ejecutivo la ejerce en representación y para beneficio del pueblo el presidente, y, en su defecto, el vicepresidente de la República”.

Es obvio, que el precepto constitucional que establece la estructura del Poder Ejecutivo es éste y no, ningún otro artículo; luego entonces estimo que la convocatoria realizada por el Tribunal Supremo Electoral adolece de vicios de inconstitucionalidad; si bien es cierto que cuando la Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad de la reforma constitucional al artículo 240 (como ya lo hemos expresado antes en el asunto Micheletti Bain) derogó las reformas constitucionales a dicho artículo, por ser una cláusula pétrea, pero los efectos de dicha sentencia, dejan el artículo tal y como lo aprobó originalmente la Asamblea Nacional Constituyente el 11 de enero de 1982. Cuando el artículo 240 se refiere a quienes no pueden ser electos presidentes ni designados a la Presidencia de la República, dicha alusión a la figura de los designados a la presidencia, es tangencial e indirecta, dicha sentencia deja incólume el artículo 235 que no es una cláusula pétrea.

Por otro lado, el Tribunal Supremo Electoral carece de facultades constitucionales y legales para haber cambiado la convocatoria, ya que el único autorizado para reformar el artículo 235, es el propio Congreso Nacional de conformidad con el artículo 373 de la propia constitución.

Considero en consecuencia que al hacerse la convocatoria a elecciones generales deberá corregirse por el Tribunal Suprema Electoral esta violación a la propia Constitución de la República, para no empañar el próximo proceso de elecciones generales y hacerlo auténticamente transparente y legítimo.

Sumado a lo anterior en este momento surge una preocupación adicional fundada, en una serie de actuaciones en que el actual presidente de la República, ciudadano José Manuel Zelaya Rosales, pretende que en las próximas elecciones generales, reiteró que deberán realizarse el último domingo de noviembre del presente año, se sufrague, además de las tres urnas donde los ciudadanos deben votar para presidente de la República, diputados al Congreso Nacional y miembros de las corporaciones municipales, en una *cuarta urna*, para que el pueblo se pronuncie en esta sobre la convocatoria o no de una Asamblea Constituyente encargada de aprobar una nueva Constitución, argumentando que la constitución actual es obsoleta y moribunda, parodiando al teniente coronel Hugo Rafael Chávez Frías, presidente de Venezuela, cuando fue juramentado en su primer mandato, en presencia del presidente Rafael Caldera, que dijo: “Juro ante esta moribunda Constitución”. El mandatario hondureño durante toda su administración ha mostrado sus intenciones continuistas secundado muchas veces por algunos de sus más importantes colaboradores; primero, tratando de que no hubiera elecciones primarias de los partidos políticos, lo cual no pudo impedir, no obstante, fueron postpuestas argumentando la existencia de condiciones lluviosas extremas en algunas zonas geográficas del territorio nacional en la fecha en que originalmente fueron programadas; y además, por la falta de capacidad logística de las Fuerzas Armadas, para colaborar con el Tribunal Supremo Electoral en las importantes tareas de transporte de material electoral y el mantenimiento del orden público el día de las elecciones. Es importante señalar que el año en que el actual presidente fue electo, en tal fecha prevalecieron condiciones de mayor precipitación y no se pospusieron las elecciones. Practicados dichos comicios, los hondureños creímos que se había dado un paso importante en el fortalecimiento de la democracia y en la salvaguardia del Estado de derecho.

Pero ocurre que intempestivamente el presidente de la República, en Consejo de Secretarios de Estado, aprueba el 23 de marzo del presente año, el Decreto Ejecutivo PCM 05-2009, con efectos de ejecución inmediata a partir de la fecha de su aprobación y el cual deberá publicarse en el *Diario Oficial La Gaceta*.²⁸ Dicho Decreto se dio a conocer por medio de Cadena Nacional de televisión y radio, y pretende imponer “una amplia consulta popular en todo el territorio nacional, para que la ciudadanía hondureña pueda expresar libremente su acuerdo o no, con la convocatoria a una asamblea nacional constituyente, que dicte y apruebe una nueva Constitución Política”. Dicho Decreto establece además, en su artículo 2, que:

Esta consulta estará a cargo del Instituto Nacional de Estadísticas (INE), como órgano encargado de la producción de estadísticas confiables y oportunas, necesarias para el permanente conocimiento de la realidad nacional, la planificación nacional y la eficiente gestión en la toma de decisiones en el sector público, para lo cual puede ejecutar y organizar la generación de datos. La consulta deberá llevarse a cabo, a más tardar, el último domingo del mes de junio de 2009 y planteará la siguiente pregunta: ¿está usted de acuerdo que en las elecciones generales de noviembre de 2009, se instale una cuarta urna para decidir sobre la convocatoria a una asamblea nacional constituyente que apruebe una nueva constitución polí-

²⁸ Decreto Ejecutivo PCM 05-2009.

Considerando: que en Honduras, como un Estado de derecho, la Soberanía corresponde al pueblo del cual emanan todos los poderes del Estado, con la finalidad de asegurar a sus habitantes el goce de la justicia, la libertad, la cultura y el bienestar económico y social.

Considerando: que la sociedad hondureña a experimentado cambios sustanciales y significativos en los últimos 27 años, cambios que demandan un nuevo marco Constitucional para adecuarlo a la realidad nacional como una legítima aspiración de la sociedad.

Considerando: que es deber del Poder Ejecutivo contribuir al fortalecimiento y consolidación de la democracia; así como atender, en su condición de administrador general del Estado, los asuntos de interés nacional y promover soluciones que garanticen la gobernabilidad democrática, con amplia participación ciudadana.

Considerando: que como una forma de practicar la democracia participativa, es procedente realizar una amplia consulta popular para determinar, de forma legítima, si la sociedad hondureña está de acuerdo con la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, que dicte y apruebe una nueva Constitución Política.

Considerando: que la Constitución vigente no prevé un procedimiento para convocar a una Asamblea Nacional Constituyente; por ello, el Poder Ejecutivo, como una forma de practicar la democracia participativa, apela al mecanismo de la consulta popular para determinar si la sociedad hondureña demanda una nueva Constitución.

tica?. Todas las instituciones y órganos del Poder Ejecutivo, están en la obligación de brindar colaboración oportuna y adecuada al INE, para el cumplimiento de esta tarea. Asimismo, se convoca a la sociedad civil organizada para que participe y vigile la legitimidad y transparencia de esta consulta popular.

Artículo 3. El resultado positivo de esta consulta popular, servirá de legítimo fundamento para que el Poder Ejecutivo remita al Congreso Nacional, un proyecto de ley especial para colocar la cuarta urna en las elecciones generales de noviembre de 2009.

Y finalmente manda: “Artículo 4. El presente decreto es de ejecución inmediata y deberá publicar en el *Diario Oficial La Gaceta*”.

Es evidente que dicho decreto ejecutivo es totalmente inconstitucional, pues de conformidad con el artículo 51 de la Constitución de la República,

Para todo lo relacionado con los actos y procedimientos electorales, habrá un Tribunal Supremo Electoral, autónomo e independiente, con personalidad jurídica, con jurisdicción y competencia en toda la República, cuya organización y funcionamiento serán establecidos por esta Constitución y la ley, la que fijará igualmente lo relativo a los demás organismos electorales.

Pretender encargar al Instituto Nacional de Estadísticas (INE), que de acuerdo con su ley tiene como objetivo:

La producción de estadísticas confiables y oportunas necesarias para el permanente conocimiento de la realidad nacional, la planificación del desarrollo y la eficiente gestión en la toma de decisiones del sector público, para lo cual puede ejecutar o coordinar la generación de datos.

Es una actitud además de insólita, totalmente ilegal, porque violenta el rol exclusivo de las competencias del Tribunal Supremo Electoral. Por otro lado, el decreto que se comenta deja fuera totalmente a los partidos políticos como vehículos de expresión de los ciudadanos, deteriorando en consecuencia la democracia representativa, ya que convoca a la sociedad civil organizada para que practique y vigile la legitimación y transparencia de ésta consulta popular.

Y por último, el mencionado decreto establece que el resultado positivo de la consulta popular, servirá de legítimo fundamento para que el Poder Ejecutivo remita al Congreso Nacional un Proyecto de ley es-

pecial para colocar la *cuarta urna*, en las elecciones generales de noviembre de 2009.

El referido decreto nos hace evocar los tiempos del Rey Luis XIV, con su celebre frase: “El Estado soy yo” y una muestra evidente de absoluto autoritarismo e irrespeto al principio de legalidad consignado en el artículo 321 de la Constitución de la República que establece: “Los servidores del Estado no tienen más facultades que las que expresamente les confiere la ley. Todo acto que ejecuten fuere de la ley es nulo e implica responsabilidad”, y, como si lo anterior fuera poco, el artículo 323 que literalmente dice: “Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella. Ningún funcionario o empleado civil o militar, está obligado a cumplir órdenes ilegales o que impliquen la comisión de delito”.

¿Qué pretende el presidente de la República con la emisión de este decreto ejecutivo?

Es evidente que el presidente de la República aspiraba originalmente al continuismo, pero como esto es imposible por la férrea oposición de todos los sectores sociales, pretende ahora enmendar la cláusula pétrea que prohíbe la reelección presidencial, porque él definitivamente desea postularse en otro periodo al cargo de presidente de la República. La constitución de Honduras como antes se ha expresado, prohíbe la reelección y esta es una cláusula pétrea, es uno de los pocos artículos que no está facultado el congreso ordinario para poder reformar por el procedimiento establecido en la Constitución.

Para poner en contexto éstos artículos y el comportamiento del presidente de la República, hay que hacerlo en el escenario de la realidad americana, y es que su gobierno tiene excelentes relaciones con el gobierno del presidente de Venezuela y se ha adherido a la Alternativa Bolivariana para las Américas (Alba) de profundo contenido populista y además con el equipo de gobernantes de sus amigos que forman parte de la corriente predominante en algunos países del hemisferio y cuya propensión importante es el continuismo y la reelección presidencial para el logro de sus propósitos.

Es importante subrayar que el presidente Zelaya Rosales se apartó en estos años de su propio Partido Liberal, el cual como ha quedado expresado ya eligió su candidato presidencial, a los diputados al parlamento

centroamericano, a las corporaciones municipales y autoridades internas de su partido; de una línea ideológica que no necesariamente comparte las ejecutorias como gobernante del mandatario hondureño.

Debemos recordar que el derecho comparado constitucional latinoamericano, enseña que sólo hay cuatro Estados que no tienen reelección, ni sucesiva ni continua, que son: México, Guatemala, Paraguay y Honduras; luego entonces la tendencia prevaleciente es la reelección presidencial. Al momento de escribir éstas líneas, ya se ha iniciado una amplia campaña publicitaria del gobierno, en apoyo de la “cuarta una” y sus voceros expresan que el pueblo es el soberano, que no se puede impedir la consulta porque ello es antidemocrático, etcétera.

El artículo 239 de la Constitución de la República establece:

El ciudadano que haya desempeñado la titularidad del Poder Ejecutivo no podrá ser presidente o vicepresidente de la República. El que quebrante esta disposición o proponga su reforma, así como aquellos que lo apoyen directa o indirectamente, cesarán de inmediato en el desempeño de sus respectivos cargos, y quedarán inhabilitados por (10) diez años para el ejercicio de toda función pública.

Y por otro, lado el artículo 330 del Código Penal, establece:

Será sancionado con reclusión de seis (6) a diez (10) años quien habiendo ejercido a cualquier título la Presidencia de la República, promoviere o ejecutare actos violatorios del artículo constitucional que le prohíbe ejercer nuevamente la Presidencia de la República o desempeñar de nuevo dicho cargo bajo cualquier título. En la misma pena incurrirán quienes lo apoyaren directamente o propusieren reformar dicho artículo. Cuando los autores de esos delitos, fueren funcionarios serán sancionados además con inhabilitación absoluta por diez (10) años contados desde la fecha de la violación o de su intento de reforma.

Basado en lo anterior, la Fiscalía General del Estado emitió un pronunciamiento público, manifestando que el decreto es inconstitucional.

Asimismo, es propicia la oportunidad de recordar que en la Constitución escrita más antigua del mundo: la Americana de 1789, originalmente el presidente de la República podría reelegirse indefinidamente. Franklin Delano Roosevelt fue electo cuatro veces presidente de los Estados Unidos de América, pero posteriormente los propios america-

nos consideraron inadecuada esta situación y aprobaron la enmienda 22 que restringe a una reelección y esto existe en una democracia que nadie pone en tela de duda.

En Honduras, los partidos políticos, la sociedad civil, las iglesias, los empresarios, los trabajadores, la universidades, los medios de comunicación, han expresado que hay problemas mucho más graves en el país que el tema de la reelección presidencial, sin embargo hay un consenso en gran parte de los sectores, que el tema no debe eludirse, que hay que afrontarlo de manera ecuaníme y responsable, después del torneo electoral de noviembre del presente año.

Es necesario darle fortaleza a nuestro Estado de derecho, sobre todo cuando vivimos una situación mundial precaria en el orden económico y financiero con profundas asimetrías que nos afecta a todos y puede poner en precario la convivencia armónica y civilizada que con mucho sacrificio hemos venido construyendo todos los hondureños.

X. CONCLUSIONES

La Constitución de Honduras de 1982, es el resultado de una eclosión cívica de voluntades que nace como un imperativo categórico del pueblo, en sus anhelos de rescatar su dignidad, su libertad, su justicia y su esperanza conculcados al principio de la década de los setenta, por gobiernos usurpadores.

La sociedad hondureña es esencialmente bipartidista, a pesar de que existen cinco partidos políticos. Los partidos históricos Liberal (ciento diecinueve años) y Nacional (ciento siete años), ambas instituciones de tendencia liberal han gobernado el país las últimas tres décadas (veintisiete años), cinco administraciones liberales y dos nacionalistas, respetando como lo establece la Constitución de la República, la alternabilidad en el ejercicio del poder y fortaleciendo el Estado de derecho.

La constitución de la República no obstante su juventud (veintisiete años) es la que más validez formal ha tenido en nuestra historia. Empero ha sido objeto ya como ha quedado expresado en este trabajo de muchas reformas e interpretaciones para dar cabida al proceso de modernización de Estado, en que nos hemos involucrado en los últimos tiempos.

En los últimos años se ha fortalecido por regla general la libertad de prensa, con ligeras excepciones esporádicas en algunos de los gobiernos.

La sociedad civil se ha desarrollado y vigorizado ampliamente. Han abierto en todo el país nuevas universidades, otorgando grados y postgrados, hay más jóvenes estudiando en los centros de educación superior; sin embargo, los problemas históricos como: salud, educación, desempleo, vivienda, alto costo de la vida, agua potable, alcantarillado sanitario, electrificación, todavía subsisten, a pesar del esfuerzo del sector público y privado por enfrentarlos y resolverlos. Unidos a lo anterior, la proliferación de la delincuencia común y organizada y la corrupción, nuevos problemas como la narcoactividad, constituyen viejos y nuevos desafíos que debemos combatir y erradicar con recursos financieros que debemos generar urgentemente.

Ante esta situación tan compleja, surge la necesidad de vigorizar y modernizar el Estado por lo que en Honduras se ha venido incorporando posteriormente al marco constitucional un sin número de entidades, tales como El Comisionado de los Derechos Humanos, Tribunal Superior de Cuentas, Tribunal Supremo Electoral, la Sala de lo Constitucional en la Corte Suprema de Justicia, entre otras, evidenciando el progreso importante en la modernización y eficiencia del aparato del Estado en beneficio del pueblo hondureño. Lo anterior, sumado a la aprobación de importantes leyes secundarias, así como la adopción de medidas de buen gobierno, que han establecido políticas públicas orientadas a eficientar el cumplimiento de las tareas fundamentales del Estado en el ámbito de seguridad jurídica y los derechos humanos.

En términos generales, en los 27 años que tiene de vigencia la actual Constitución, los procesos electorales han sido cada vez más transparentes y legítimos, lo que ha contribuido, a fortalecer la madurez cívica y la cultura política de la población en general y especialmente de los ciudadanos. Lo anterior ha traído consigo un mayor respeto y credibilidad por las instituciones y el Estado, mismo que debe servir como base para la implementación de nuevas políticas que conduzcan a efectuar una reingeniería de las mismas, que justifique su existencia y su razón de ser, su preocupación esencial por dar respuesta y solución a los problemas más complejos de la sociedad.

La gobernanza debe fortalecerse en Honduras mediante una genuina rendición de cuentas que le permita a gobernantes y gobernados una mayor transparencia en el manejo de los recursos públicos mediante una ejecución presupuestaria eficiente y proba. Para tal propósito es menester

la adopción de instrumentos de planificación de corto, mediano y largo plazo, que ya establece la Constitución de la República, que permitan la ejecución de políticas de Estado responsables y serias, que no deben confundirse con las políticas cortoplacistas de gobierno, que antes bien, deben integrarse y guardar armonía y coherencia con las primeras.

En síntesis el Estado de derecho en Honduras se ha fortalecido, lo cual no significa, sin embargo, que en el decurso de estas tres décadas, no haya habido algunos intentos de producir desequilibrios en el balance de los poderes del Estado, que afortunadamente yacen en la historia como tentativas absurdas que no pudieron desestabilizar el Estado de derecho, distorsionando la soberanía popular, sin embargo gracias a la prudencia y a la *sindéresis* de la clase política y de los demás sectores de la sociedad fueron conjurados. No obstante queda todavía mucho por hacer y debe ser en consecuencia tarea de los próximos gobiernos, partidos políticos, universidades, sociedad civil, empresarios, profesionales, trabajadores, etcétera, impulsar esas transformaciones que se requieren; darles estabilidad, continuidad y ampliar los importantes logros hasta ahora realizados.

INFLUENCIA DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL EN EL CONSTITUCIONALISMO IBEROAMERICANO

Javier PÉREZ ROYO

SUMARIO: I. *Introducción: el fin de un largo desencuentro.*
II. *La Constitución Española de 1978.* III. *¿Qué relaciones existen entre el constitucionalismo democrático español y el constitucionalismo latinoamericano?*

I. INTRODUCCIÓN: EL FIN DE UN LARGO DESENCUENTRO

El desencuentro ha sido la norma en las relaciones entre el constitucionalismo español y el constitucionalismo iberoamericano. Si prescindimos de las Constituciones de Bayona y, sobre todo, de la Constitución de Cádiz, que no pueden ser analizadas en términos de influencia del constitucionalismo español sobre el constitucionalismo latinoamericano, ya que en ese momento los países latinoamericanos no eran Estados independientes, sino territorios que formaban parte del Imperio español y, en consecuencia, de lo que habría que hablar es de qué impacto tuvo la Revolución francesa tanto en España como en lo que entonces eran sus colonias, si prescindimos, digo, de ese momento fundacional del constitucionalismo más que del Estado constitucional tanto en España como en América Latina, las relaciones entre España y los Estados que se constituyen tras la independencia desde una perspectiva constitucional son prácticamente inexistentes. En otros terrenos ha habido relaciones entre España y los nuevos Estados latinoamericanos, pero en el constitucional no.

Como ha escrito Domingo García Belaunde: “La Constitución de 1812 fue el primer y único intento que realizó la clase política española, conjuntamente con la americana, de crear una comunidad hispánica de naciones, una verdadera commonwealth, que lamentablemente no llegó a

nada” (existe un espacio público latinoamericano? citado por Francisco Fernández Segado en “España e Iberoamérica: una recíproca permeabilidad constitucional”, *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, CEC, 2003).

La razón de que así fuera hay que encontrarla, entre otras, en el tipo de constitucionalismo que se impuso en España desde principios del siglo XIX hasta bien entrado el siglo XX. La naturaleza de dicho constitucionalismo imposibilitó que España pudiera tener la más mínima incidencia en la definición constitucional de los nuevos Estados latinoamericanos. Si la Constitución de Cádiz tras su restauración en el Trienio Liberal hubiera conseguido asentarse y, sobre todo, si la Constitución de 1869, tras “La Gloriosa”, hubiera conseguido echar raíces, tal vez el desencuentro constitucional entre España y los países latinoamericanos no hubiera sido tan completo y tan prolongado. Pero ambas experiencias fueron breves paréntesis en un constitucionalismo monárquico tan escasamente constitucional, valga la paradoja, que cualquier encuentro con los países latinoamericanos resultaba imposible. Un constitucionalismo monárquico liberal genuino no habría tenido por qué ser un obstáculo insuperable para que España y los países latinoamericanos hubieran tenido unas relaciones de ida y vuelta. Pero con el constitucionalismo monárquico español realmente existente desde principios del siglo XIX era completamente imposible.

Y fue así, porque en el sistema político español hasta 1931 el Rey, no La Corona, sino el Rey, fue el centro del mismo. No lo fue siempre de la misma manera y con la misma intensidad. Hubo momentos en los que la Monarquía española parecía que podía deslizarse hacia el tipo de Monarquía parlamentaria que se había impuesto en otros países europeos, pero en todos los momentos decisivos, de crisis, la Monarquía española se mostró sustancialmente resistente a todo proceso de parlamentarización. El arbitraje del proceso político mediante la decisión del cuerpo electoral nunca llegar a ser realmente competitivo con el arbitraje regio. Por eso, la capacidad de reforma del sistema era nula. En España se estuvo hablando permanentemente de reforma de la Constitución, pero nunca se fue capaz de poner una en marcha. La única que se produjo, la reforma de la Constitución de 1837 por la de 1845, fue para poner fin a cualquier veleidad de soberanía nacional y volver a situar el centro de gravedad del sistema en el principio monárquico-constitucional. Esa constante no dejó de estar presente en el constitucionalismo monárquico español salvo brevísimos paréntesis. Con ese constitu-

cionalismo no era posible entrar en contacto con el constitucionalismo del nuevo mundo.

Sin la Guerra Civil de 1936 a 1939, el constitucionalismo democrático español que estaba empezando a configurarse a partir de la Constitución republicana de 1931 si hubiera podido tener una notable y positiva influencia en el constitucionalismo latinoamericano, pero esa primera experiencia española de constitucionalismo democrático duró demasiado poco y fue arrancada tan de raíz, que su incidencia en los países latinoamericanos no pudo ser profunda. “El renacimiento de la influencia en América del constitucionalismo español se produjo con la Constitución de 1931. Este texto gozó de gran prestigio en Hispanoamérica, no sólo por la forma republicana que entonces adoptó España —que la acercaba a los países americanos que habían adoptado unánimemente el sistema republicano— sino también porque esta Constitución, moderna y progresista, podía servir de modelo para muchos Estados hispanoamericanos en cuanto a los nuevos derechos económicos y sociales, a las garantías individuales y a los contralores institucionales” (“La Constitución Española de 1978 e Iberoamérica. Evolución constitucional y proceso político democrático”, en Fernández Segado, Fernando, *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, CEC, 2003, p. 32).

Como consecuencia de esa operación de arrancar de raíz el modelo constitucional de 1931 que llevó a cabo el Régimen nacido de la Guerra Civil, y por tanto, de la ausencia de un Estado Constitucional de referencia, la presencia de constitucionalistas eminentes que emigraron a América tras la Guerra Civil no pudo tener una influencia similar a la que tuvo la presencia de otros colegas en otras áreas del derecho. Es obvio que todos los que estamos aquí somos deudores del “derecho constitucional comparado” de don Manuel García Pelayo, pero eso no es influencia del constitucionalismo español en el constitucionalismo latinoamericano, sino algo distinto. “El largo periodo franquista en España entre 1936 y 1975 no tuvo influencia significativa en el proceso constitucional ni en el pensamiento político iberoamericano” (Gros Espieli, *op. cit.*, p. 33).

Las relaciones constitucionales entre España y los países latinoamericanos empiezan, pues, con la Constitución de 1978. No empiezan de cero. Es obvio que, aunque no haya habido relaciones constitucionales, sí ha habido relaciones políticas, jurídicas y culturales, que hacen que no se tenga la sensación de que las relaciones entre el constitucionalismo espa-

ñol y latinoamericano empiezan realmente en 1978. A los constitucionalistas españoles y latinoamericanos nos ocurre como a esos amigos que dejan de verse durante mucho tiempo, pero que, cuando vuelven a encontrarse, recuperan la amistad como si no hubieran estado desencontrados durante tantos años. Hay algo que nos vincula y que hace que podamos empezar a entendernos rápidamente a pesar de los muchos años de desencuentro. Y es que, no se puede no estar de acuerdo con Jorge Carpizo en las palabras finales de su “lección magistral” de inauguración del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional: “Deseo que la Constitución Española de 1978 y los principios en que descansa tengan una existencia longeva, al mismo tiempo que constantemente se fortalezcan, rejuvenezcan y renueven, para la gloria de esta gran y querida nación, que es también de todos nosotros” (“lección magistral leída con motivo de la ceremonia de inauguración del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla 3 de diciembre de 2003”, en Pérez Royo, Javier, Urías Martínez, Joaquín Pablo y Carrasco Durán, Manuel (eds.), *Derecho constitucional para el siglo XXI*, Editorial Aranzadi, 2006, p. 45.). Lo mismo se podría decir a la inversa, es decir, desde España respecto de las naciones latinoamericanas.

Únicamente un constitucionalismo democrático, o en el que se prefiriera tal carácter democrático, en España podía haber conducido a un encuentro con los países latinoamericanos. Justamente por eso, no ha habido encuentro durante casi toda nuestra experiencia constitucional, hasta que no se ha acabado imponiendo un Estado democrático, de manera muy provisional en la Segunda República y de manera más estable con la Constitución de 1978. Su Alteza Real el Príncipe de Asturias lo subrayaría con motivo de la celebración del VIII Congreso Iberoamericano en homenaje al vigésimo quinto aniversario de la Constitución Española de 1978, en las palabras de inauguración del mismo: “Hoy contamos, por fortuna, con una común experiencia iberoamericana que ha forjado un Derecho Constitucional común. Por encima de las diferencias específicas en cuanto a las formas de gobierno, compartimos sistemas democráticos basados en categorías generales que son trasladables a todas nuestras Constituciones” (*ibidem*, p. 26).

España ha necesitado, pues, entre 165 o 166 años, dependiendo de que tomemos como punto de partida las elecciones constituyentes del 15 de junio de 1977 o la Constitución de diciembre de 1978, para generar las

premisas constitucionales que le permitieran tener algún tipo de relación desde una perspectiva constitucional con los países latinoamericanos.

Este dato temporal dice mucho sobre el tipo de relación que se ha establecido, una vez aprobada la Constitución Española en diciembre de 1978, entre el constitucionalismo español y el latinoamericano. De ahí que me resista a hablar de las relaciones entre uno y otro en términos de influencia del primero sobre el segundo. Pienso que habría que calificarlas de otra manera, que iré proponiendo poco a poco a lo largo de mi intervención.

Ello exige, ante todo, decir algo sobre la norma que ha hecho posible poner fin a ese largo desencuentro, es decir, sobre la norma que ha posibilitado que los constitucionalistas españoles y latinoamericanos hablemos el mismo español constitucional. Era a España a la que le correspondía dar el paso y eso, sobre todas las cosas, es lo que ha significado la aprobación de la Constitución Española en diciembre de 1978 para las relaciones constitucionales entre España e Iberoamérica.

II. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Empecemos recordando algo evidente: la Constitución española actualmente vigente es la última de las constituciones democráticas de Europa occidental. España queda fuera de la imposición generalizada del constitucionalismo democrático que se produce tras el final de la Segunda Guerra Mundial en la parte occidental del continente europeo. Queda fuera también, por tanto, del proceso inicial de integración europea y del instrumento a través del cual se impuso la definición de los derechos como derechos fundamentales a escala europea a través de la Convención Europea de Derechos Humanos y de la jurisprudencia del Tribunal contemplado en dicha Convención. Tendrían que pasar varios decenios hasta que España pudiera incorporarse a esa corriente constitucional democrática europea.

Quiero decir con ello que, cuando España inicia el proceso de constituirse democráticamente tras la muerte del general Franco, tiene a su disposición un modelo de Estado constitucional democrático ya muy consolidado en todos los países de su entorno. A diferencia de lo que ocurrió en 1931, en que España empieza a constituirse democráticamente en un momento en que la democracia parlamentaria está atravesando una crisis muy profunda en Europa, en la segunda mitad de los setenta ocurre lo

contrario. España va a incorporarse a un club democrático plenamente estabilizado. Y a un club que disponía ya de una instancia de integración, las comunidades europeas, con casi dos decenios de rodaje, al que España tenía pretensión de integrarse de la manera más rápida posible, como atestiguaría el propio proceso constituyente y la inclusión en la Constitución del artículo 93, que contemplaba un supuesto de “soberanía limitable” con la voluntad de que tal supuesto diera paso rápidamente a otro de “soberanía limitada”.

Como consecuencia de ello, el proceso constituyente de 1978 es mucho menos original de lo que fue el proceso constituyente de 1931. La Constitución de 1931 fue el resultado de un proceso mucho más genuinamente constituyente de lo que lo ha sido la Constitución de 1978.

La originalidad de la Constitución de 1978 no está en su contenido, sino en la forma en que se hizo. Fue la “voladura controlada” del Régimen nacido de la Guerra Civil a través del procedimiento de reforma previsto en las propias leyes fundamentales articuladoras de dicho régimen, con el concurso destacado de la potestad arbitral del Rey, que presumiblemente debía de haber contribuido a su conservación y no a su liquidación, lo más original del proceso constituyente de 1978. Una vez producida la “voladura controlada”, la Constitución estaba prácticamente hecha.

La operación política para pasar del régimen del general Franco al Estado social y democrático de derecho fue políticamente muy complicada. Pero la operación jurídica de redactar la Constitución fue muy sencilla.

La Constitución española, como acabo de decir, estaba hecha. La sociedad española tenía resueltos todos los problemas a los que se tiene que dar respuesta en una Constitución democrática, con la única excepción del problema de la distribución territorial del poder, que, justamente por eso, no pudo quedar resuelto en el texto constitucional, sino que quedó diferida su respuesta a los procesos de elaboración de los Estatutos de Autonomía dentro de las posibilidades y límites que el propio texto constitucional establecía.

Cuando tengo que explicar el proceso constituyente de 1978, les suelo decir a los alumnos, que la obra de los constituyentes españoles fue un trabajo de abogacía o de notaría. Los constituyentes españoles fueron el abogado o notario que fija en un contrato o en una escritura pública el acuerdo de voluntades que han alcanzado las partes. Cuando los contratantes saben lo que quieren y lo manifiestan con claridad el contenido del documento jurídico queda fijado con claridad.

Y esto es lo que ocurrió en España en 1978. La sociedad española sabía lo que quería: ser un país democrático europeo más. Darle forma jurídica a esa voluntad inequívoca no era difícil, especialmente cuando se disponía de un derecho constitucional y de una práctica constitucional consolidada en todos los países occidentales europeos desde hacía decenios.

La Constitución de 1978 es, no dudo que se me va a entender bien, la “menos española” de todas las constituciones de nuestra historia. En todas nuestras constituciones anteriores la impronta hispánica es muy intensa y resulta muy visible. En la actualmente vigente no ocurre lo mismo. O dicho de otra manera: la experiencia constitucional española brilla pero por su ausencia, es lo que el Constituyente de 1978 quiere que no vuelva a repetirse. Como dije en mis palabras de presentación del VIII Congreso Iberoamericano al que ya me he referido antes, lo primero que teníamos que hacer en 1978, cuando iniciábamos el quinto ciclo de nuestra historia constitucional, era superar la estructura maldita de los cuatro primeros, que nos habían conducido a regresiones frecuentes y cada vez más traumáticas en nuestra convivencia.

Los constituyentes de 1978, sin saberlo por supuesto, hicieron realidad lo que Manuel Azaña propugnaba en sus “Tres generaciones del Ateneo” en 1930: el edificio que se trata de construir, decía Azaña cuando ya se veía venir el fin del sistema político de La Restauración de 1876 y su inminente sustitución por otro distinto, que todavía no sabía como iba a ser, pero que se intuía que tenía que ser muy distinto del que estaba en su crisis final, no se puede “fundar en las tradiciones españolas sino en las categorías universales humanas”. Hay que liberarse del pasado, de los intentos de regeneración de lo español. Lo español que subsista tras la obra constituyente será únicamente lo compatible con esas categorías universales humanas, con la democracia como marco de la vida política. Abundar en lo español, concluía Azaña, lleva a “risibles anacronismos y mascaradas” (Santos Juliá, *Vida y tiempo de Manuel Azaña*, Madrid, 2008, p. 274).

En 1975, tras la muerte del general Franco, España necesitaba lo mismo que necesitaba a finales de los años veinte del siglo pasado: una Constitución democrática europea sin más especificidades españolas que las estrictamente indispensables. En 1931 no fue posible conseguirlo, en 1978 sí.

De ahí que la Constitución Española actualmente vigente no pueda ser incluida en la categoría de las constituciones originarias, sino que tenga

que serlo en la de las constituciones derivadas. El Constituyente español sólo fue original en aquello que no podía no serlo: la restauración de la Monarquía y la forma de dar vía de salida a la constitución material territorial de España.

La restauración de la Monarquía venía impuesta por toda nuestra historia constitucional, que ha estado marcada en todos sus ciclos sin excepción por una crisis de legitimidad de la institución monárquica: 1808: abdicación de Carlos IV y transmisión de la Corona a la familia Bonaparte; 1833: muerte de Fernando VII sin descendiente varón; 1868: expulsión por primera vez de los Borbones y posterior restauración; 1931: Segunda República. En 1975 nos volvíamos a encontrar con un problema de legitimidad de la institución monárquica en el origen del ciclo constitucional. La Restauración de la Monarquía se había producido como consecuencia de una sublevación militar contra un régimen democrático y carecía, en consecuencia, de la única legitimidad aceptable en el mundo contemporáneo. Sin embargo, dada la relación de fuerzas realmente existente en España a la muerte del general Franco, sin aceptar la Monarquía no se habrían celebrado las elecciones constituyentes del 15 de junio de 1977. Una vez celebradas y con la composición resultante del Parlamento, se alcanzó el compromiso de no poner en cuestión la monarquía pero configurar al mismo tiempo la arquitectura constitucional más republicana de nuestra historia, en la que mejor se ha expresado el principio de legitimidad democrática del poder, de los poderes del Estado. La originalidad del constituyente español consistiría en normativizar la Monarquía parlamentaria, que allí donde existe no ha sido nunca el resultado del ejercicio del poder constituyente, sino de la pura inercia histórica. El Constituyente de 1978 no inventó nada: simplemente puso por escrito las convenciones que ha presidido el funcionamiento de todas las monarquías parlamentarias conocidas. Tuvo que hacer, por decirlo con una expresión coloquial, de necesidad virtud.

El segundo también venía exigido por nuestra historia política, tanto la preconstitucional como la constitucional. El Estado unitario y centralista no podía ser la forma de Estado de la democracia española. Cada vez que se había producido un protagonismo democrático de la sociedad española, esto se había puesto de manifiesto con claridad. Y cada vez con más claridad. La peculiar configuración de los reinos cristianos en

La Reconquista está en el origen de esta Constitución territorial, Constitución que había pretendido ser ignorada en los procesos constituyentes del siglo XIX, pero que ya no podía serlo por más tiempo. A esta peculiar constitución material territorial responde la peculiar forma de darle salida constitucional a través de la decisión constitucional políticamente conformadora de la estructura del Estado contenida en el artículo 2o., el llamado “principio dispositivo”, y a la regulación de las condiciones del ejercicio del derecho a la autonomía con base en tal principio dispositivo que contiene el título VIII de la Constitución.

Si exceptuamos estos dos momentos de originalidad forzada, en todo los demás la Constitución de 1978 es una Constitución europea más, en la que resulta visible la influencia de varias constituciones continentales y de manera muy especial de la Ley Fundamental de Bonn. Ni en la definición de España como un Estados social y democrático de derecho, ni en la definición de los derechos como derechos fundamentales, ni en la configuración de las instituciones definitivas del régimen parlamentario, ni en las novedades introducidas en la configuración del Poder Judicial, señaladamente en la incorporación del Consejo General del Poder Judicial, ni en la regulación de la justicia constitucional o de las cláusulas de reforma de la Constitución, hay novedades en la Constitución Española respecto del derecho comparado europeo posterior a 1945.

Con base en esta Constitución se ha construido en España el único derecho constitucional en sentido estricto que ha existido en nuestro país. Antes de 1931 no hubo propiamente derecho constitucional porque la naturaleza de la Constitución, de las distintas constituciones monárquicas, no permitía que pudiera hacerse un análisis jurídico de las mismas. En 1931, sí empezó a ser posible un derecho constitucional y hubo unos inicios prometedores, que desgraciadamente fueron cortados de raíz. Bajo el Régimen del General Franco es obvio que no se podía hacer derecho constitucional digno de tal nombre.

Únicamente a partir de la Constitución de 1978 se ha podido dar razón jurídica de un poder político democráticamente constituido. Las dictaduras de Primo de Rivera y de Franco imposibilitaron que en España hubiera Derecho Constitucional hasta los últimos años de la década de los setenta. A partir de ese momento se ha hecho un esfuerzo extraordinario y en el día de hoy creo que se puede decir que también en este terreno nos hemos convertido en un país europeo más.

III. ¿QUÉ RELACIONES EXISTEN ENTRE EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO ESPAÑOL Y EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO?

Si se está de acuerdo con lo que acabo de exponer, creo que se entenderá por qué me resisto a hablar en términos de influencia de las relaciones entre el constitucionalismo español y el constitucionalismo latinoamericano. Difícilmente puede considerarse que de una Constitución derivada, que ha sido poco original, deliberadamente poco original, pueda hablarse en términos de influencia respecto de otras.

Lo que sí puede decirse es que la Constitución Española de 1978 ha facilitado que la tradición constitucional democrática europea pudiera ser tomada en consideración en los procesos constituyentes democráticos que se pondrían en marcha en un buen número de países latinoamericanos en las décadas finales del pasado siglo. Como ha escrito José F. Palomino Sánchez: “Por cierto que la recepción y el impacto del desarrollo constitucional hoy en España debemos ubicarlo como una expresión de la vasta y compleja manifestación del constitucionalismo europeo” (“La Constitución Española de 1978 y su influencia en el ordenamiento constitucional latinoamericano”, *Derecho constitucional para el siglo XXI*, t. 1, p. 359).

Quiero subrayar lo de que ha facilitado, porque no cabe duda de que el constitucionalismo democrático europeo fuera conocido en América Latina antes de 1978. Pero creo que tampoco cabe duda de que la incorporación de España a esa tradición constitucional democrática europea haya permitido su recepción en América Latina con un grado de generalización y de intensidad superior.

Entre otras razones, porque los países latinoamericanos en esas décadas finales del siglo pasado, exactamente igual que le acababa de ocurrir a España, tenían que iniciar procesos constituyentes a partir de experiencias, en algunos casos sumamente violentas, de rupturas de sus regímenes constitucionales y, en consecuencia, el proceso de incorporación de España al constitucionalismo democrático les resultaba, también desde esta perspectiva nada desdeñable, mucho más próximo. Jorge Carpizo ha subrayado expresamente esa coincidencia:

...a partir de 1980, varios de los países de la región (de Latinoamérica) transitaron de sistemas militares o autoritarios a democráticos y, en tal virtud, se crearon nuevas Constituciones, o las vigentes sufrieron reformas profundas; estos países coincidieron con España en la preocupación demo-

crática, y varios en la concepción del Estado social y democrático de Derecho; los congresos constituyentes latinoamericanos conocieron bien la Constitución Española, aunque su grado de influencia fue diverso en cada caso (*ibidem*, p. 33).

El tránsito de la dictadura a la democracia en España era el ejemplo más próximo, desde varios puntos de vista, del que disponían los países latinoamericanos a la hora de constituirse o de reconstituirse democráticamente en los años ochenta y noventa del siglo pasado. Es lógico, en consecuencia, que fuera analizado con mucho interés en dichos procesos constituyentes.

De ello quedan huellas en los textos constitucionales. En el libro coordinado por Francisco Fernández Segado con motivo del vigésimo quinto aniversario de la Constitución Española en 2003 (*La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales) se levantó acta detallada por buena parte de los mejores constitucionalistas latinoamericanos de tales huellas. De la misma manera que también quedaron reflejos de las mismas en las Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, al que he hecho referencia en varias ocasiones.

Ahora bien, a nada que se reflexione sobre dichas huellas, se comprobará que se trata de la aceptación de categorías jurídico-constitucionales y de instituciones que “las democracias occidentales han ido perfeccionando a partir de la segunda posguerra mundial” (Jorge Carpizo), y no de categorías e instituciones propiamente españolas. El encuentro constitucional entre España e Hispanoamérica ha sido posible no por nuestra común historia pasada, sino por nuestra voluntad de constituirnos como países democráticos, por proyectar nuestra historia hacia el futuro con base en categorías universales y por incorporar a nuestras fórmulas de gobierno las instituciones que la evidencia empírica disponible había puesto de manifiesto que eran las mejores para conseguir ese objetivo.

Este suelo constitucional común es el que nos ha permitido entablar un diálogo que es mucho más importante que la coincidencia en algún punto entre la Constitución Española y alguna Constitución latinoamericana. Lo importantes es que desarrollemos una teoría constitucional común, ya que sin buena teoría constitucional es muy difícil que exista buena práctica constitucional. Una de las mejores formas de respetar una Constitución, cualquier Constitución, es estudiándola. De ahí que más

que en las coincidencias que se han producido en la obra constituyente de España y de los países latinoamericanos, desee poner el énfasis en el diálogo académico que hemos puesto en marcha en estos últimos decenios y que tenemos que hacer lo posible porque cada vez sea más intenso, porque esa es la mejor manera que tenemos los constitucionalistas de servir a nuestros países, ya que una buena cultura constitucional es una de las mejores maneras garantizar el ejercicio de los derechos ciudadanos y de asegurar el regular funcionamiento de los poderes públicos.

Afortunadamente, creo que en esto coincidimos si no la totalidad sí la muy inmensa mayoría de los constitucionalistas españoles y latinoamericanos, con lo que es de esperar que nunca más vuelva a repetirse el profundo y extraordinario desencuentro que presidió nuestro primer siglo y medio de experiencia constitucional.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO REFORMADO EN 2005: SUS COMPETENCIAS Y ALGUNOS HITOS JURISPRUDENCIALES TRASCENDENTES

Humberto NOGUEIRA ALCALÁ*

SUMARIO: I. *Las competencias del Tribunal Constitucional chileno después de la reforma de 2005.* II. *Algunos hitos importantes y de consecuencias sociales y políticas relevantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.*

I. LAS COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO DESPUÉS DE LA REFORMA DE 2005

La reforma a la ley fundamental de agosto de 2005 concentra el control de constitucionalidad sobre normas jurídicas en el Tribunal Constitucional, lo cual constituye un cambio de modelo de jurisdicción, el cual tiene importantes consecuencias en el sistema de defensa del orden constitucional.

El texto del artículo 92 de la carta fundamental, de acuerdo a la reforma constitucional aprobada, establece una nueva integración del Tribunal

* Doctor en derecho por la Universidad Católica de Lovaina La Nueva, Bélgica, 1983; profesor titular de Derecho Constitucional y director del Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca, Campus Santiago, Chile; presidente de la Asociación Chilena de derecho Constitucional; vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional; presidente de la Sección Chilena del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; miembro Asociado de la Academia Internacional de Derecho Comparado; miembro del Consejo Directivo de la Academia Judicial de Chile.

Constitucional,¹ además precisa las materias que serán objeto de competencia del pleno y el quórum necesario para sesionar y adoptar resoluciones:

El Tribunal resolverá en pleno las cuestiones indicadas en los números 1o., 3o., 4o., 5o., 6o., 7o., 8o., 9o. y 12, del artículo siguiente. Para el ejercicio de sus restantes atribuciones podrá funcionar en pleno o en sala de acuerdo a lo que disponga la ley orgánica constitucional. El quórum para sesionar será de, a lo menos, cuatro quintos de sus respectivos miembros. El Tribunal adoptará sus acuerdos por simple mayoría, salvo los casos en que se exija un quórum diferente y fallará de acuerdo a derecho.

A su vez, el artículo 81 determina que “Una ley orgánica constitucional determinará su organización y funcionamiento, así como sus atribuciones y procedimiento y fijará la planta, régimen de remuneraciones y estatuto de su personal”.

El ámbito de competencias del control de constitucionalidad desarrollado por los tribunales constitucionales generalmente se clasifica en cuatro materias:

1. Control de constitucionalidad normativa u orgánica.
2. Control de constitucionalidad de conflictos de atribuciones o competencias.
3. Control de constitucionalidad mediante el amparo de derechos fundamentales y sus garantías.
4. Otras competencias o competencias residuales.

¹ “Artículo 92. Habrá un Tribunal Constitucional integrado por diez miembros, designados de la siguiente forma:

a) Tres designados por el presidente de la República

b) Cuatro elegidos por el Congreso Nacional. Dos serán nombrados directamente por el Senado y dos serán previamente propuestos por la Cámara de Diputados para su aprobación o rechazo por el Senado. Los nombramientos, o la propuesta en su caso, se efectuarán en votaciones únicas y requerirán para su aprobación del voto favorable de los dos tercios de los senadores o diputados en ejercicio, según corresponda.

c) Tres elegidos por la Corte Suprema en una votación secreta que se celebrará en sesión especialmente convocada para tal efecto.

Los miembros del Tribunal durarán nueve años en sus cargos y se renovarán por parcialidades cada tres. Deberán tener a lo menos quince años de título de abogado, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública, no podrán tener impedimento alguno que los inhabilite para desempeñar el cargo de juez, estarán sometidos a las normas de los artículos 55, 56 y 78, y no podrán ejercer la profesión de abogado ni actuar como procurador o agente en gestiones particulares de carácter administrativo.

En el presente artículo analizaremos solamente el primero de estos ámbitos, en sus dimensiones únicamente de control de constitucionalidad sobre normas jurídicas que se desarrollan de acuerdo con las fuentes formales del derecho constitucional chileno, como asimismo, respecto de las normas formadas en el derecho internacional y que se incorporan al derecho interno.

Asimismo, este control normativo lo clasificaremos y analizaremos atendiendo a si éste se desarrolla en forma preventiva o en forma represiva.

1. El control de constitucionalidad sobre normas hecho de forma preventiva

El control preventivo de constitucionalidad tiene por objeto evitar, ya sea el nacimiento de normas jurídicas contrarias a la Constitución o impedir que normas provenientes del derecho internacional que sean inconstitucionales, se incorporen al ordenamiento jurídico nacional. Se trata de un control de prevención, por lo que la acción, requerimiento o consulta tiene como efecto impedir que continúe el procedimiento de aprobación o incorporación de la norma jurídica cuestionada, mientras se pronuncia el Tribunal o Corte Constitucional, estableciendo la compatibilidad o incompatibilidad de la norma con la Constitución. Dicha decisión es una decisión jurídica, constituyendo una sentencia de carácter vinculante, lo que significa que los órganos estatales deben acatarla y cumplirla.

Dicho control preventivo de constitucionalidad puede ser amplio o restringido. El control preventivo será amplio cuando verse sobre reformas constitucionales, tratados internacionales y los diversos tipos de preceptos legales como ocurre por ejemplo en Chile, Bolivia y Colombia, en América del Sur.

El control preventivo será restringido cuando queden excluidas del control las reformas constitucionales y éste se refiera solamente a tratados internacionales y proyectos de ley como ocurre por regla general en el derecho comparado.

El control preventivo de constitucionalidad es un sistema mediante el cual, el Tribunal o Corte Constitucional concreta la revisión del contenido de un proyecto de precepto legal o de reforma constitucional, como de un tratado, para determinar su conformidad con los valores, principios y reglas establecidas por la Constitución antes de integrarse al ordenamiento jurídico.

Las decisiones sobre control preventivo de constitucionalidad son decisiones jurisdiccionales, ya que ellas son dictadas por un órgano compuesto de juristas que resuelven de acuerdo a parámetros técnico jurídicos, las cuales tienen efectos vinculantes, se sujetan a procedimientos jurídicos y confrontan un precepto normativo o tratado con la Constitución o el bloque de constitucionalidad de derechos, sin por ello desconocer las fuertes repercusiones políticas de tales fallos.

El control preventivo busca evitar la vigencia y aplicación de normas inconstitucionales, aplicándose a los preceptos legales o de reforma constitucional, antes de su promulgación y respecto de tratados internacionales antes de su ratificación. Además, en materia de tratados, existe el efecto de evitar la trasgresión de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en especial los artículos 26 y 27, que los Estados han incorporado a sus ordenamientos jurídicos, los cuales establecen que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (artículo 26); “que una parte no podrá invocar las disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (artículo 27). De esta manera, para actuar de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones jurídicas contraídas en el ámbito del derecho internacional, es necesario con un mínimo de coherencia lógica y jurídica, que los Estados establezcan un control sólo preventivo pero obligatorio de constitucionalidad de todos los tratados internacionales que se deseen incorporar al derecho interno.

*A. Control preventivo de constitucionalidad
de reformas constitucionales y del ejercicio
del poder constituyente derivado o instituido*

La Constitución chilena precisa el control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional en su artículo 93 núm. 3, a requerimiento del presidente de la República, de cualquiera de las cámaras o de una cuarta parte al menos de sus miembros en ejercicio, que sean formuladas antes de la promulgación del proyecto de reforma constitucional.

El control de constitucionalidad sobre reformas constitucionales está también contemplado entre las atribuciones de los tribunales constitucionales de Bolivia y Colombia.

La Constitución de Bolivia, en su artículo 120 núm. 10, en armonía con los artículos 116 y 117 de la ley 1836 de 1998, determina que el control sobre proyectos de reforma constitucional puede ser planteado por cualquier senador o diputado, o por el presidente de la República, este control sólo puede referirse a infracciones del procedimiento de reforma constitucional, sin poder ingresar al contenido material o sustantivo de la reforma constitucional.

La Constitución de Colombia, determina en su artículo 241 núm. 1, la función de la Corte Constitucional de decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promueven los ciudadanos sobre los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

En el caso chileno, el control de constitucionalidad, además de los aspectos procedimentales o adjetivos se extiende a los aspectos sustantivos, en virtud de que, de acuerdo al artículo 5o. inciso 2, el ejercicio de la potestad constituyente tiene como límite los derechos esenciales de las personas aseguradas por la Constitución como asimismo, por los tratados ratificados por Chile y vigentes. En Chile hay así una concreción constitucional del principio de irreversibilidad en materia de derechos esenciales, el que, a su vez, está contenido también en el artículo 29 literal *a* y *b* de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el sentido de que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de permitir suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos o limitados en mayor medida que lo previsto en la Convención o en el ordenamiento jurídico de los Estados partes o de otra convención en que sea parte el Estado.

Estos principios de interpretación obligan a una concepción progresiva en el respeto, garantía y promoción de los derechos por los órganos constituidos.

Asimismo, nos parece que otra limitación material al poder constituyente derivado es que éste no puede transformar el sistema institucional republicano democrático en un régimen autocrático, desvirtuando el aseguramiento de los derechos fundamentales, su sistema de protección jurídica y jurisdiccional, asimismo, no podrían eliminarse los controles del poder político y la separación de funciones estatales, una reforma constitucional que vulnerara dichos principios y reglas constitucionales, realizaría una mutación inconstitucional y contraria a derecho del

orden constitucional, la que podría regir sólo por la fuerza de los hechos, pero no por la fuerza del derecho, siendo esencialmente antijurídica,² al constituir una tiranía de la mayoría como en su momento señaló Alexis de Tocqueville.³

*B. El control preventivo de constitucionalidad
de los tratados o convenciones internacionales.*

El control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales está previsto como competencia de los tribunales constitucionales de Bolivia, Colombia, Chile y Ecuador, como asimismo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.

En el caso de Chile, el artículo 82 núm. 2 de la Constitución vigente hasta 2005, precisaba el control preventivo facultativo de los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso, el que se concreta a petición de cualquiera de las dos cámaras (Cámara de Diputados o Senadores) o por, al menos, una cuarta parte de los diputados o senadores en ejercicio.

La reforma constitucional de agosto de 2005 establece en el artículo 93 núm.1 el control preventivo obligatorio respecto de los tratados que se refieren a materias propias de Ley Orgánica Constitucional, dejando en el resto de las materias un control preventivo facultativo en los términos señalados en el párrafo anterior, todo ello de acuerdo al nuevo artículo 93 núm.3.

Ello nos merece la consideración crítica de todos los tratados internacionales debieran someterse a control preventivo obligatorio de constitucionalidad, con el objeto de dotar de plena seguridad jurídica a dichos instrumentos, una vez incorporados al derecho interno y ser coherente con la obligación de los Estados partes de cumplirlos de buena fe, sin oponer obstáculos de derecho interno a ello, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 26, 27 y 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, quedando a salvo, luego de la incorporación del tratado al de-

² Véase Nogueira Alcalá, Humberto, “La democracia, el orden constitucional democrático y las reglas de su modificación”, *XX Jornadas de derecho público*, Valparaíso, Edeval, 1990, t. 1, p. 85.

³ Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, pp. 254 y ss.

recho interno, la facultad del Estado de denunciar el tratado internacional de acuerdo con las reglas del propio tratado o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional.

El Tribunal Constitucional chileno, en sentencia núm. 288 de 1999, referente al Acuerdo entre Chile y Argentina que precisa el límite entre el Monte Fitz Roy hasta el Cerro Daudet, ha precisado que

El tratado y la ley son fuentes del derecho diferentes (considerando 6o.), agregando que “la total incertidumbre acerca de la fecha de promulgación de un tratado erosionaría seriamente la seguridad jurídica tanto en el ámbito nacional como internacional ya que después de la ratificación formal, el Estado se encuentra obligado a respetar sus cláusulas (considerando 14).

Así el requerimiento al Tribunal Constitucional referente a un tratado internacional sólo puede formularse mientras el tratado se encuentra sometido a la aprobación del Congreso, por lo que concluida la aprobación del Tratado por el Congreso y comunicada formalmente tal aprobación al presidente de la República, es inadmisibles el requerimiento formulado con posterioridad, dado que la facultad de los órganos legitimados para ello se había extinguido.

En el caso chileno, el texto constitucional no establece una regulación constitucional adecuada acerca de la ubicación de los tratados en el sistema de fuentes, ni tampoco sobre la fuerza aplicativa de tales normas jurídicas, siendo urgente abordar dicha materia en una perspectiva contemporánea y en el contexto de un mundo globalizado y de procesos de integración, donde la concepción tradicional de soberanía no resiste el derecho internacional de los derechos humanos y la transferencia de competencias a órganos políticos y jurisdiccionales supranacionales.⁴

La reforma constitucional de 2005 en esta materia ha sido muy pobre, solamente se obtuvo el consenso necesario para establecer en el nuevo artículo 54 de la carta fundamental, incisos 6 y 7 lo siguiente:

Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales del derecho internacional.

⁴ Véase Nogueira Alcalá, Humberto, “Consideraciones sobre el fallo del Tribunal Constitucional respecto del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional”, *Revista Ius et Praxis*, año 8, núm. 1, 2002, pp. 563 y ss.

Corresponde al presidente de la República la facultad exclusiva para denunciar un tratado o retirarse de él, para lo cual pedirá la opinión de ambas Cámaras del Congreso, en el caso de tratados que hayan sido aprobados por éste. Una vez que la denuncia o el retiro produzca sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado internacional, éste dejará de tener efecto en el orden jurídico chileno.

En el contexto sudamericano los sistemas de control de constitucionalidad de tratados que se adecuan de mejor forma a una perspectiva armónica del derecho interno y derecho internacional, como asimismo, al cumplimiento de buena fe de las obligaciones válidamente contraídas por los Estados, sin oponer a ellos obstáculos de derecho interno que son expresión del propio poder estatal son, sin duda, los establecidos en las Constituciones de Colombia y Ecuador por ser un *control preventivo obligatorio* respecto de todos los tratados internacionales, control que impide que se produzcan conflictos entre derecho interno y derecho internacional.

Consideramos que un tratado o convención internacional ratificado y con las comunicaciones de ratificación canjeadas o cumpliendo las disposiciones de los artículos 11 y 24 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, desarrollado por los órganos competentes, sin que exista un reparo previo de constitucionalidad, habiéndose integrado el tratado o convención al ordenamiento jurídico interno, es adecuado considerar la inexistencia de control represivo de constitucionalidad, por razones de seguridad jurídica, de respeto a los actos propios, de respeto al honor del Estado, de cumplimiento de los compromisos internacionales, quedando solamente como alternativa legítima y viable la denuncia de la convención o tratado de acuerdo con las reglas del derecho internacional.⁵

El proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional en sus fundamentos determina:

Respecto de los tratados, se establece que el requerimiento debe hacerse antes de que sea remitida la comunicación en que se informa al presidente que el tratado fue aprobado por el Congreso, o en los cinco días inmediatamente siguientes. Pero, durante este último plazo, el requerimiento no se admitirá si el presidente ya hubiere ratificado el tratado.

⁵ Sobre la materia véase el interesante trabajo de Bazán, Víctor, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Un análisis de derecho comparado*, México, Editorial Porrúa, 2003.

C. El control preventivo de constitucionalidad de preceptos legales y otras normas infraconstitucionales

En el caso de Chile, el artículo 93 de la Constitución, en su numeral 1, establece un control preventivo obligatorio de constitucionalidad sobre proyectos de leyes interpretativas de la Constitución y leyes orgánicas constitucionales, antes de su promulgación.

Dicho requerimiento tiene una legitimación activa restringida, la que puede ser desarrollada por el presidente de la República, cualquiera de las dos ramas del Congreso Nacional o, a lo menos, una cuarta parte de los diputados o senadores en ejercicio.

Dicho control preventivo de constitucionalidad puede versar tanto de aspectos de forma como de fondo.

El proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, con la finalidad de precisar la oportunidad definida por la Constitución, para plantear el requerimiento (antes de la promulgación), establece que la promulgación de los proyectos se entiende efectuada por el presidente de la República cuando ingrese a la oficina de partes de la Contraloría General de la República el respectivo decreto promulgatorio. No se podrá admitir a tramitación requerimientos formulados con posterioridad a ese instante.

2. El control represivo o correctivo de constitucionalidad de normas jurídicas por los tribunales constitucionales

El control represivo, correctivo o *a posteriori* se concreta cuando la norma impugnada ya forma parte del ordenamiento jurídico, pudiendo ser impugnada en la forma o en el fondo, como asimismo por inconstitucionalidad sobreviviente pudiendo adoptar distintas modalidades y vías.

A. El juicio incidental de inconstitucionalidad de preceptos legales ante el Tribunal Constitucional

El artículo 93 (ex artículo 82) numeral 6, establece como competencia del Tribunal Constitucional, “Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en

cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”.

El *juicio incidental de inconstitucionalidad* permite conjugar dos principios constitucionales básicos, la eficacia directa de la Constitución y el principio de respeto a la ley por parte de los tribunales ordinarios, posibilitando al tribunal ordinario elevar a la consideración del Tribunal Constitucional todo precepto legal en el cual haya dudas de constitucionalidad.

Ello contribuye a establecer un diálogo y una colaboración entre tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional, permite concretar con eficacia la fuerza normativa de la Constitución, su supremacía y defensa, como asimismo, salvar el principio que prohibía a los jueces letrados y cortes de apelaciones inaplicar por sí mismo un precepto legal postconstitucional o de dudosa constitucionalidad, ya que dicha facultad estaba reservada en forma exclusiva a la Corte Suprema por el artículo 80 de la Constitución, atribución que desaparece con la reforma constitucional que se está aprobando.

El juicio incidental de inconstitucionalidad con modalidad de control concreto, previsto por la reforma constitucional chilena se aleja del sistema previsto en Alemania, Italia, España y Bolivia, donde la modalidad de juicio incidental tiene el carácter de control abstracto con efecto *erga omnes*, teniendo mas cercanía con el modelo portugués, considerado en el artículo 280 de la Constitución portuguesa, el cual prevé un juicio incidental con modalidad de control concreto ante el Tribunal Constitucional y cuya sentencia produce efectos *inter partes*, en todo caso, el artículo 280.5 de la Constitución portuguesa genera la obligación para el Ministerio Público de plantear un recurso al Tribunal Constitucional cuando un tribunal aplique a un caso concreto una norma declarada previamente inconstitucional por dicho tribunal.

Este juicio incidental de inaplicabilidad que establece el artículo 93 núm. 6 de la Constitución se caracteriza por los siguientes aspectos:

1. Los sujetos con legitimación activa para promover la cuestión de inconstitucionalidad son los jueces, los tribunales o los funcionarios públicos o autoridades administrativas ante las que se desarrolla el procedimiento judicial o administrativo respectivo de oficio, en el que deba aplicarse el precepto legal impugnado de inconstitucionalidad, o la parte en la respectiva gestión judicial que se considere afectada por la aplicación de dicho precepto legal.

En este último caso, es necesario la legitimación de las partes en la gestión judicial ordinaria o especial para poder comparecer ante el Tribunal Constitucional, los que deben poder realizar las alegaciones que estimen pertinentes sobre la constitucionalidad de las normas enjuiciadas, lo que es una exigencia que deriva del debido proceso y del derecho de defensa eficaz en el proceso tanto principal como incidental.

2. Se plantea el juicio incidental de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional respecto del o los preceptos legales considerados inconstitucionales o de dudosa constitucionalidad, tanto en los aspectos de forma o fondo, durante la tramitación en la instancia respectiva, antes de dictar sentencia, la que no puede dictarse mientras no resuelva el Tribunal Constitucional. Ello permite la tramitación de todas las etapas procesales en la instancia, sólo se paraliza la emisión de la sentencia ya que la supuesta inconstitucionalidad del precepto legal afecta inmediata y directamente a la sentencia.

3. Consideramos que la Ley Orgánica Constitucional deberá establecer que el juicio incidental de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sólo puede plantearse por una sola vez, en cualquier estado del trámite del proceso judicial o administrativo (primera, o segunda instancia o aun en el caso de recurso de casación hasta antes de la ejecutoria de la sentencia).

Es necesario precisar que la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional chileno que necesariamente deberá modificarse profundamente, debe pronunciarse acerca de la posibilidad de presentar en una misma gestión judicial pero en diferentes instancias, diferentes incidentes de inconstitucionalidad, ya que la presentación de un incidente de inconstitucionalidad por vicios de forma, no obsta para presentar luego un incidente de inconstitucionalidad en virtud de un vicio de inconstitucionalidad de fondo, salvo que la Ley Orgánica del Tribunal exija plantear todos los problemas de inconstitucionalidad que presenta un precepto legal en un solo incidente, impidiendo a la parte presentar en el mismo procedimiento un nuevo incidente de inconstitucionalidad.

4. El Tribunal Constitucional, al resolver la cuestión sometida a su conocimiento sólo se pronunciará sobre la constitucionalidad de las disposiciones legales aplicadas al caso concreto y señaladas con precisión por la parte o la autoridad judicial o administrativa que promueve el incidente de inconstitucionalidad.

5. El Tribunal Constitucional examinará la constitucionalidad del precepto legal en control concreto, siendo la Constitución y el bloque constitucional de derechos el parámetro para determinar si el precepto legal es o no compatible con ella.

Nos parece conveniente explicitar en la Ley Orgánica Constitucional respectiva, una manifestación de la regla *iura novit curia*, vale decir, que el Tribunal Constitucional conoce el derecho y que lo aplica cuando se lo solicitan a través de acciones abstractas o juicios incidentales concretos, por lo que puede fundar la determinación de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del procedimiento por las partes, siempre que exista una conexión planteada y los preceptos constitucionales considerados, posibilitando a las partes, comparecientes o intervinientes ante el tribunal, en algún tiempo razonable antes de la decisión, otorgarles la facultad de pronunciarse sobre la eventual existencia de los motivos eventualmente considerados por el tribunal que sean distintos a los alegados por los comparecientes.

En tal sentido, sería conveniente incorporar a la Ley Orgánica Constitucional una disposición del siguiente tenor: “El Tribunal Constitucional debe aplicar el derecho que corresponda al proceso o procedimiento, aunque no haya sido invocado por los intervinientes o partes o lo hayan invocado erróneamente”.

6. La sentencia del Tribunal Constitucional en control concreto de inaplicabilidad de preceptos legales, genera sólo efectos *inter partes* y no genera cosa juzgada constitucional. Ello se debe a que en otro caso concreto el Tribunal Constitucional puede reexaminar la disposición legal a la luz del nuevo contexto y del caso específico, pudiendo variar su decisión anterior.

VII. La reforma a la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional es necesario que contemple una disposición que determine la fuerza vinculante de los fallos del Tribunal Constitucional para los tribunales ordinarios de justicia y otros tribunales de la República, mientras el Tribunal Constitucional no cambie de criterio, con el objeto de unificar los parámetros de control de constitucionalidad, otorgar seguridad jurídica y otorgar igualdad en la aplicación del derecho.

El juicio incidental de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es así un complemento directo de control normativo respecto de la acción di-

recta de inconstitucionalidad, teniendo como objeto inaplicar los preceptos legales que en un caso específico se consideren inconstitucionales, cautelándose sólo intereses o derechos subjetivos de las personas, que es la única consideración que fundamenta los efectos inter partes de una sentencia constitucional.

B. El control reparador, abstracto, con efecto erga omnes de inconstitucionalidad practicado de oficio por el Tribunal Constitucional

El Congreso Nacional había aprobado en esta materia que, después de que el Tribunal Constitucional se hubiera pronunciado sobre la inaplicabilidad de un precepto legal, inmediatamente a través de un control automático de oficio, el pleno del Tribunal debía pronunciarse sobre la expulsión del precepto legal considerado inaplicable del ordenamiento jurídico.

El presidente de la República a través del veto núm. 18 respecto del proyecto de reforma constitucional aprobado por el Congreso realiza “una pequeña pero relevante precisión en materia de procedimiento” según manifiesta el propio veto.

Esta precisión es explicada en el fundamento del veto presidencial en los siguientes términos:

La norma aprobada establece que el juicio de constitucionalidad debe hacerse “en el mismo fallo en que haya declarado inaplicable un precepto legal.

Esta última solución impediría la alternativa de una vista de la causa con el objeto de solicitar opinión a los órganos democráticos del Estado que generaron la ley. Este procedimiento es esencial puesto que el acto que caracteriza la expresión suprema del poder de los modernos tribunales constitucionales radica en su capacidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley. Este poder ha sido cuestionado doctrinariamente por constituir un poder contramayoritario o un contrapoder democrático. No obstante, como reseña un autor, es perfectamente conciliable con la democracia puesto que a diferencia de los demás órganos del Estado que existen para algo, la tarea del Tribunal Constitucional no es hacer el bien sino evitar que se haga el mal, entendido éste como la actuación de los demás poderes al margen de lo previsto en la Constitución. Es un órgano defensivo del Estado democrático frente a su posible desnaturalización. Por lo mismo, en su tarea de declarar la inconstitucionalidad ha de actuar con la debida prudencia y ejercicio de última ratio que dicha fórmula exige.

En este sentido, el veto núm. 18 declara que debe distinguirse netamente el juicio de inaplicabilidad del juicio de inconstitucionalidad. Debe, por ende, establecerse un procedimiento que articule este último juicio y para ello se remiten parte de sus aspectos a la regulación por la ley orgánica constitucional respectiva.

Asimismo, se abre un limitado espacio a una acción pública, para pedir la declaración de inconstitucionalidad sólo una vez declarada la inaplicabilidad por parte del Tribunal. En este caso, se puede proceder a un nuevo examen de admisibilidad de la acción con el objeto de limitar las múltiples acciones sobre asuntos similares. De la misma manera, se mantiene la capacidad del propio Tribunal para proceder de oficio.

El texto propuesto en el veto fue aprobado por el Congreso Nacional, constituyendo así en el nuevo texto constitucional, el cual quedó redactado de la siguiente forma: “7o. Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”.

La legitimación activa queda radicada así en cualquier ciudadano, pudiendo este requerir al Tribunal Constitucional la expulsión del ordenamiento jurídico de cualquier precepto legal que haya sido previamente declarado inaplicable por el propio Tribunal en control concreto.

Asimismo, la Constitución prevé que el propio Tribunal Constitucional puede, de oficio, pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de un precepto legal previamente declarado inaplicable en control concreto, todo ello de acuerdo con las normas que regulen la materia que contendrá la reforma a la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, en actual tramitación en el Congreso Nacional.

El tema de la admisibilidad de las acciones populares de inconstitucionalidad estará regulado en la Ley Orgánica Constitucional, sin perjuicio de lo cual, el texto constitucional determina al menos dos requisitos: la previa declaratoria de inaplicabilidad por el Tribunal Constitucional y el establecimiento de argumentos jurídicos que hagan razonable el control abstracto que debe practicar el Tribunal Constitucional señalando las disposiciones constitucionales vulneradas por el precepto legal.

El Tribunal Constitucional al examinar el precepto legal cuestionado en control abstracto, deberá notificar a los órganos constitucionales concernidos, como son el presidente de la República y ambas cámaras del Congreso Nacional, los que podrán apersonarse en el procedimiento en cuanto órganos colegisladores, dando a conocer sus razonamientos y fun-

damentos sobre la constitucionalidad del precepto legal aprobado por ellas y aún vigente, todo ello dentro de normas que garanticen un debido proceso constitucional.

En todo caso, como lo explicita claramente el fundamento del veto presidencial al texto aprobado por el Congreso Nacional siempre debe asegurarse un debido proceso constitucional.

En el veto núm. 14 se precisa la interpretación de una materia al mandato de regulación del Tribunal Constitucional.

En el primer caso, se quiere dejar expresa constancia que la expresión “procedimientos”, permite organizar el debido proceso al interior de la tramitación de algunas de las competencias del Tribunal Constitucional en aquello no previsto por la propia Constitución. Es así como se puede verificar en qué consistirá el examen de admisibilidad en casos determinados, una orden de no innovar u ordenar la tramitación y vista de la causa cuando sea necesario.

El Tribunal Constitucional deberá pronunciarse en Pleno sobre la inconstitucionalidad en abstracto, en la medida que en tal control considere que el precepto legal cuestionado debe ser expulsado del ordenamiento jurídico por inconstitucionalidad de forma o fondo.

El proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional precisa que si se inicia por acción pública, el Tribunal debe dar traslado a los mismos órganos constitucionalmente interesados mencionados, para que dentro del plazo de cinco días, aleguen sobre su admisibilidad o inadmisibilidad.

Evacuado el traslado o vencidos los plazos para ello, el Tribunal debe examinar la admisibilidad del requerimiento. Debe declararlo inadmisibile, si no ha existido una declaración previa de inaplicabilidad, o si han transcurrido más de tres meses desde la respectiva sentencia, o cuando adolezca de manifiesta falta de fundamento.

Admitido a tramitación, el procedimiento que contempla el proyecto de ley tiene varias etapas. En la primera, debe ponerse en conocimiento de los órganos constitucionalmente interesados. En la segunda, estos órganos tienen un plazo de 20 días para formular las observaciones y acompañar los antecedentes que estimen pertinentes.

En la siguiente etapa, evacuadas las diligencias anteriores o vencido el plazo para efectuarlas, el Tribunal debe traer los autos en relación y el asunto queda en estado de tabla.

Enseguida, el Tribunal debe dictar sentencia dentro del plazo de treinta días y sólo en casos calificados y por resolución fundada, puede prorrogarlo por otros quince días.

Cabe señalar que el Tribunal puede fundar la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas, únicamente en la infracción de los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos en la sentencia previa que le sirva de sustento. Con ello no se hace más que establecer claramente la vinculación entre la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad.

Finalmente, la sentencia que declare la inconstitucionalidad de todo o parte de un precepto legal, debe publicarse, en extracto, en el *Diario Oficial* dentro de los tres días siguientes a su dictación.

La formula propuesta no nos parece que sea la más adecuada, el Tribunal Constitucional debiera poder examinar la constitucionalidad del precepto legal, siendo la Constitución y el bloque constitucional de derechos el parámetro para determinar si el precepto legal es o no compatible con ella, analizando las diversas hipótesis posibles por las cuales los preceptos legales pueden ser inconstitucionales, considerando no sólo las normas constitucionales citadas como infringidas por el actor, sino examinando la conformidad del o los preceptos legales con todas las normas que constituyen parámetros de control de constitucionalidad, ya que el Tribunal se presume que conoce el derecho vigente y lo aplica, por lo tanto la decisión de inconstitucionalidad debiera poder basarse en cualquier disposición constitucional que hayan sido infringida por el precepto legal que hayan sido cuestionado por el actor.

La decisión del Tribunal Constitucional sólo podrá determinar la expulsión del ordenamiento jurídico del o los preceptos legales cuestionados en su constitucionalidad, si se pronuncian en tal sentido al menos los *cuatro quintos de los ministros en ejercicio*.

Dicho quórum nos parece exagerado, ya que posibilita que un criterio minoritario al interior del Tribunal pueda bloquear la determinación de la mayoría absoluta de los ministros que componen dicho Tribunal. Ello establece la paradoja que el criterio jurídico de la minoría vale más que el criterio jurídico de la mayoría de los ministros del Tribunal Constitucional, posición que constituye una *rara avis* dentro del derecho constitucional comparado, ya que expresa una desconfianza en el criterio jurídico de la mayoría absoluta del Tribunal Constitucional como defensor de la Constitución.

La modalidad de control abstracto de inconstitucionalidad que establece la reforma Constitucional 2005, tiene algunas semejanzas con aquella que ejerce el Tribunal Constitucional de Portugal, el cual puede examinar y declarar, con efectos erga omnes, la inconstitucionalidad de cualquier norma que haya sido declarada previamente por él inconstitucional en tres casos concretos (artículo 281.3). La diferencia está en el hecho que la modalidad chilena, no requiere los tres fallos de inaplicabilidades de control concreto que se exige por el texto portugués, la similitud está en que ambos tribunales, cumplidos los prerrequisitos, se pronuncian de oficio sobre la eventual inconstitucionalidad abstracta del o de los enunciados normativos legales cuestionados con efecto *erga omnes*.

C. El control de constitucionalidad de los auto acordados, dictados por la Corte Suprema de Justicia, las cortes de apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones

De acuerdo al artículo 93 núm. 2, el Tribunal Constitucional resuelve sobre las cuestiones de constitucionalidad de los auto acordados dictados por la Corte Suprema, las cortes de apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones.

En este caso la legitimación activa corresponde al presidente de la República, a cualquiera de las cámaras o a diez de sus miembros.

La Constitución franquea la legitimación activa también a cualquier persona que sea parte en juicio o gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial, o desde la primera actuación en el procedimiento penal, cuando sea afectado en el ejercicio de sus derechos fundamentales por lo dispuesto en el respectivo auto acordado.

El proyecto de LOC del Tribunal Constitucional, en el artículo 37 c), dispone que la interposición del requerimiento no suspenderá la aplicación del auto acordado impugnado.

A su vez, el artículo 37 d), precisa que admitido a tramitación, se comunicará a la Corte Suprema, a la Corte de Apelaciones respectiva o al Tribunal Calificador de Elecciones, según corresponda, enviándoles copia del requerimiento, para que en el plazo de diez días, hagan llegar al Tribunal las observaciones y los antecedentes que estimen necesarios.

La sentencia deberá dictarse en el plazo de quince días. Sólo excepcionalmente y por razones fundadas, el Tribunal podrá declarar la in-

constitucionalidad de las normas cuestionadas en la infracción de un precepto constitucional distinto al invocado en el requerimiento. Asimismo, el artículo 37 f), dispone que la sentencia que declare la inconstitucionalidad de todo o parte de un auto acordado, la publicará en extracto en el *Diario Oficial* dentro de los tres días siguientes a su publicación. Desde dicha publicación, el auto acordado, o la parte de él que hubiere sido declarada inconstitucional, se entenderá derogado, lo que no producirá efecto retroactivo.

Finalmente, el artículo 37 g), precisa que

Habiéndose pronunciado el Tribunal sobre la constitucionalidad de un auto acordado, no se admitirá a tramitación ningún requerimiento para resolver sobre cuestiones de constitucionalidad del mismo auto acordado, a menos que se invoque un vicio distinto que el hecho valer con anterioridad.

D. El control represivo abstracto de decretos con fuerza de ley

En el *caso de Chile*, el artículo 93 núm. 4 de la Constitución posibilita un control represivo abstracto de los decretos con fuerza de ley.

E. El control reparador de constitucionalidad respecto de decretos supremos

El artículo 93 núm. 16 que establece el control reparador de los decretos supremos:

Cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63.

Este control represivo sobre decretos con fuerza de ley lo puede solicitar cualquiera de las cámaras, Cámara de Diputados o Senadores, o una cuarta parte al menos de los diputados o senadores en ejercicio, cuando la Contraloría General de la República haya tomado razón de una norma considerada inconstitucional.

En el caso de la impugnación de decretos supremos por incidir en materia reservada a la ley por el artículo 60 de la carta fundamental, ello puede concretarse sólo por cualquiera de las dos cámaras, dentro de los treinta días siguientes a su publicación.

En el caso de decretos de convocación a plebiscito, la cuestión puede ser formulada por la Cámara de Diputados o el Senado, dentro del plazo de diez días contados desde la fecha de publicación del decreto que fija el día de la consulta plebiscitaria.

En el caso de dictarse decretos inconstitucionales o decretos promulgatorios de un texto de ley diverso del que constitucionalmente corresponda, cualquiera de las dos cámaras, o una cuarta parte, al menos, de los diputados o senadores en ejercicio pueden solicitar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional dentro del plazo de treinta días de la publicación o notificación del texto impugnado.

El proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional establece que admitido a tramitación el requerimiento, debe ponerse en conocimiento del contralor general de la República.

Finalmente, el proyecto de LOC del Tribunal Constitucional consagra expresamente lo que la propia Constitución establece respecto de los efectos de la sentencia que acoja el reclamo: el decreto queda sin efecto de pleno derecho. No tiene, en consecuencia, el efecto derogatorio de la ley.

F. El control reparador de decretos de convocatoria a plebiscito de reforma constitucional

Asimismo, conoce de acuerdo al artículo 93 núm. 5, en control preventivo facultativo sobre la constitucionalidad de los decretos de convocatoria a plebiscito de reforma constitucional. La legitimación activa es limitada al Senado o a la Cámara de Diputados, dentro del plazo de diez días contados desde la fecha de publicación del decreto que fije la consulta plebiscitaria.

El objetivo de este control es evitar que la autoridad gubernamental abuse de su potestad redactando preguntas tendenciosas o manipuladoras de la ciudadanía, posibilitando al Tribunal Constitucional corregir tales anomalías, estableciendo en su resolución el texto definitivo de la consulta plebiscitaria, cuando ello fuere procedente.

El texto constitucional faculta al Tribunal Constitucional para modificar el día de realización del plebiscito, si al dictarse la sentencia faltaren menos de treinta días para la realización del mismo, debiendo establecer una nueva fecha comprendida entre los treinta y sesenta días siguientes al fallo.

3. *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos*

El Tribunal Constitucional es el órgano de cierre del ordenamiento jurídico interno, ya que es el intérprete supremo y último de la Constitución, cuya decisión es vinculante para todos los órganos estatales, así lo establece con claridad el proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, en cuya motivación se establece respecto de las sentencias del Tribunal:

Después de casi 25 años de funcionamiento del Tribunal y de la reciente reforma constitucional, el país está en condiciones de asumir que todos los órganos del Estado queden obligados por lo que el Tribunal resuelva. Con ello se confiere a sus sentencias una fuerza mayor a la que tienen las emanadas de un tribunal normal.

Esta fuerza atribuida a las sentencias del Tribunal permite, además, que el proyecto recoja una doctrina desarrollada por el propio Tribunal, en el sentido de quedar vinculado por sus precedentes, sin perjuicio de cambiar lo resuelto con anterioridad, por razones fundadas. Con ello se logra la necesaria estabilidad y certeza jurídica para las decisiones de los órganos del Estado, considerando que todos ellos quedan obligados por las sentencias del Tribunal.

Además, el proyecto establece que las sentencias, sin perjuicio de su publicación en extracto en el *Diario Oficial*, deben publicarse íntegra y simultáneamente en el la página *web* del Tribunal”.

En armonía con el fundamento antes señalado, el artículo 31 del proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional en debate parlamentario, dispone:

Las sentencias del Tribunal se publicarán íntegramente en su página *web*, sin perjuicio de la publicación en extracto que ordena esta ley, en el *Diario Oficial*. Ambas publicaciones deberán ser simultáneas.

Los órganos del Estado están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal resuelva.

El Tribunal quedará vinculado por sus precedentes. Sin embargo, por razones fundadas, podrá cambiar lo resuelto con anterioridad.

La obligatoriedad del precedente fijado por el Tribunal Constitucional debe ser seguido por los tribunales ordinarios, ya que ello posibilita garantizar los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza de las personas, pues por su intermedio se obliga a los tribunales a ser consistentes con las decisiones previamente adoptadas, impidiendo que casos iguales o semejantes sean analizados y resueltos en forma diferente en otra oportunidad. En ello consiste la fuerza obligatoria del precedente. La *ratio iuris* se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada que se encuentra en la *ratio decidendi* de la sentencia del Tribunal Constitucional.

A su vez, en este nuevo cuadro, el conocimiento sistemático de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es una exigencia para los jueces ordinarios con el objeto de respetar dicha jurisprudencia en sus resoluciones judiciales, ya que no puede aplicarse lo que no se conoce. El mismo razonamiento debe aplicarse a los abogados litigantes que también requieren tener un conocimiento adecuado de las líneas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional.

El tema de la vinculación de precedente esta relacionado con el tema de la decisión, lo que lleva a una utilización restrictiva y limitada del precedente, a los casos efectivamente análogos, como asimismo considerando como precedente solamente los principios y reglas contenidas en el *holding* o *ratio decidendi* de la sentencia, no pudiendo extenderse a consideraciones periféricas contenidas en el fallo.

Asimismo, ello obliga a distinguir los tres sectores o elementos estructurales del cuerpo de la sentencia o fallo, el denominado *holding* o *ratio decidendi*, el *dictum* u *oviter dicta* o simplemente *dicta*, y el *rationale*.⁶

La distinción entre la *ratio decidendi* y el *oviter dicta* o *dictum*, esta dada por que el primero de estos conceptos es la parte del fallo que fundamenta directa e inmediatamente el precedente, estableciendo la regla o principio que define el tribunal al resolver el problema o caso sometido a

⁶ Sobre la materia puede consultarse, Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid, McGraw-Hill, 2001. Asimismo de Escovar León, Ramón, *El precedente y la interpretación constitucional*, Caracas, Ed. Sherwood, 2005.

su consideración, mientras que el segundo concepto, el *oviter dicta* o *dictum*, se refiere a los razonamientos marginales periféricos o circunstanciales, los cuales carecen de valor vinculante con efecto *erga omnes*.

En todo caso consideramos necesario introducir un matiz, en virtud del principio de independencia judicial también reconocida constitucionalmente, estableciendo que, excepcionalmente, los jueces en el ejercicio de su autonomía judicial podrían apartarse del precedente, motivando suficiente y adecuadamente las razones de la separación de la línea jurisprudencial trazada por el Tribunal Constitucional, de lo contrario estarían infringiendo el derecho de las personas a la igualdad ante la ley y el principio de seguridad jurídica.

Así, la regla general es la observancia del precedente emanado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional por parte de los tribunales ordinarios, si un juez se niega a aplicarlo sin dar justificación suficiente, viola la Constitución. En efecto, una resolución de un juez ordinario que contradiga el precedente sentado por el Tribunal Constitucional constituye una *vía de hecho*, en la medida que constituye un desconocimiento del ordenamiento constitucional.

En una perspectiva coherente, el ordenamiento constitucional chileno debería haber previsto el control de la jurisprudencia de los tribunales ordinarios en materia constitucional, lo que se planteó en el proceso de reforma constitucional en la Cámara de Diputados, sin que se generara el consenso necesario entre las dos ramas del Congreso Nacional. Así, el Tribunal Constitucional chileno no tiene competencia para controlar que los tribunales de justicia ordinarios respeten su jurisprudencia, no existe un instrumento efectivo para hacer respetar sus interpretaciones, como ocurre en el derecho comparado.

El problema se encuentra en la articulación procesal entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria, ya que en Chile no existe el amparo extraordinario de derechos (como existe, por ejemplo en Alemania, España, Eslovenia, Polonia, entre otros), ni el amparo respecto de resoluciones judiciales o revisión de resoluciones con carácter definitivo de los tribunales ordinarios en materia de derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional, como ocurre, por ejemplo, en Colombia, Bolivia, Ecuador, Guatemala, Perú, en el contexto latinoamericano.⁷

⁷ Véase a este respecto, Nogueira Alcalá, Humberto, *La justicia y los tribunales constitucionales de indoiberoamerica del sur en la alborada del siglo XXI*, Santiago, Ed.

Consideramos que el Tribunal Constitucional debiera tener la competencia consistente en verificar si la ley interpretada por los tribunales ordinarios es compatible con la carta fundamental y si la valoración de las pruebas respeta las reglas básicas del derecho al debido proceso, sin este control el sistema de control de constitucionalidad queda incompleto y presenta el riesgo de la existencia de diversos parámetros de control constitucional, el del Tribunal Constitucional y el de la jurisdicción ordinaria, con lo que se genera una vía de hecho que provoca una violación del derecho fundamental a la igualdad ante el ordenamiento jurídico y de la prohibición de discriminación establecida en el artículo 19 núm. 2 de la carta fundamental, además de afectar la coherencia del ordenamiento jurídico.

El único medio de articulación entre ambas jurisdicciones, constitucional y ordinaria, se encuentra en el control incidental de inconstitucionalidad del artículo 93 núm. 6 de la Constitución, el cual posibilita la relación de colaboración y diálogo entre judicatura ordinaria y el Tribunal Constitucional, donde el juez puede no aplicar un precepto legal que produzca daño de derechos constitucionalmente garantizados, únicamente tras un pronunciamiento de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, como consecuencia de la activación del juicio incidental de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional activado por la parte afectada o por el juez *a quo*, lo que posibilita al Tribunal *ad quem* analizar la ley no en su carácter abstracto, sino en su significado concreto en el caso específico sometido a su consideración.⁸

Nos parece que el único mecanismo idóneo para controlar el respeto al precedente constitucional es la vía incidental de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en la medida que todo órgano u organismo estatal está obligado a aplicar directamente la Constitución. Si el precedente del Tribunal Constitucional implica la interpretación del enunciado constitucional, dicha interpretación se incorpora a tal enunciado constitucional, pasando a ser parte del ordenamiento jurídico, constituyendo concreción

Lexis Nexis, 2005. Hay edición mexicana: *La justicia y los tribunales constitucionales en la alborada del siglo XXI*, México, Editorial Porrúa, 2004.

⁸ Sobre la materia véase Nogueira Alcalá, Humberto, “El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias”, Nogueira, Humberto (coord.), *La Constitución reformada de 2005*, Santiago de Chile, Ed Centro de Estudios Constitucionales de Chile-Universidad de Talca y Librotecnia, pp. 42-455.

del enunciado constitucional, de manera que si una parte considera que el juez ordinario no ha aplicado el precedente constitucional, al apelar o casar dicha sentencia, durante esta última instancia, podrá plantear el incidente de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ya que el juez ordinario debe aplicar la norma constitucional conforme a la interpretación dada por el Tribunal Constitucional, interpretación que debe entenderse incorporada al respectivo enunciado constitucional, lo que obliga a desaplicar toda norma infraconstitucional interna contraria al mismo, sea una ley o una norma reglamentaria.

*A. La cosa juzgada formal y material
de la sentencia constitucional*

Es normal que en los diferentes países el Poder Judicial cuente con variados grados e instancias, en cada uno de los cuales el fallo del respectivo tribunal o corte tendrá valor de cosa juzgada formal, al existir recursos que permiten impugnar dicha sentencia ante tribunales o cortes superiores. Así, sólo la sentencia del tribunal o corte superior del respectivo ordenamiento jurídico tendrá valor de cosa juzgada, tanto formal como material, salvo en materia penal, si ha reconocido la competencia del Tribunal Penal Internacional o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el ámbito de la jurisdicción constitucional, para que exista una cosa juzgada constitucional material, es necesario que las partes no puedan reabrir el debate constitucional sobre la misma materia en otro procedimiento.

Por otra parte, en el ámbito de la jurisdicción constitucional, puede darse el caso que los fallos del Tribunal o Corte Constitucional que determinen la constitucionalidad de un enunciado normativo constitucional no tengan fuerza de cosa juzgada material, si a través de un procedimiento posterior, otras partes pueden volver a sostener la inconstitucionalidad del mismo enunciado normativo por la misma razón, situación que posibilita la revisión del criterio antes utilizado por igual Tribunal Constitucional sobre la conformidad de dicho enunciado normativo con la carta fundamental, generando una nueva doctrina con nuevos fundamentos. No debe olvidarse como recuerda Néstor Pedro Sagüés que la cosa juzgada constitucional más que cumplir una función pacificadora poniendo

fin a un conflicto, tiene por misión fundamental defender la supremacía de la Constitución.⁹

En los países que tienen una jurisdicción constitucional concentrada, la sentencia del Tribunal o Corte Constitucional adopta el carácter de cosa juzgada formal y material o sustancial, salvo los casos en que ella sea revisable, mediante algún procedimiento o trámite por el propio Tribunal Constitucional, o cuando el Estado ha reconocido jurisdicción en la materia a un Tribunal supra o transnacional a cuyas sentencias se le ha reconocido carácter jurídico vinculante.

La carta fundamental chilena en su nuevo artículo 94 inciso 1 determina: “Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que puede, el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido”.

Las decisiones del Tribunal Constitucional no tienen posibilidad de ser impugnadas ni rectificadas dentro del sistema jurídico interno, la única posibilidad de superar interpretaciones erróneas o abusivas es el complejo procedimiento de revisión constitucional.

Es por ello que, el juez Jackson de la Corte Suprema norteamericana sostuvo en su momento: “No tenemos la última palabra porque seamos infalibles pero somos infalibles porque tenemos la última palabra”,¹⁰ todo ello sin perjuicio, de considerar que en estos inicios del siglo XXI existe la jurisdicción supranacional en materia de derechos humanos, la Corte Penal Internacional vigente, como asimismo, los procesos de integración supranacional europea, todos los cuales flexibilizan la perspectiva señalada.

B. *Las sentencias estimatorias o desestimatorias de inconstitucionalidad*

Desde una perspectiva elemental cuando se considera una sentencia de un Tribunal Constitucional que pone término a una confrontación entre una norma jurídica infraconstitucional y la carta fundamental, la *sentencia puede ser estimatoria* de la pretensión de inconstitucionalidad plan-

⁹ Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1998. p. 234.

¹⁰ Véase voto concurrente del juez Jackson en el caso: *Brown vs. Allen*, 344 U.S. 443, 540 (1953).

teada por el requirente o demandante, este tipo de sentencia puede darse también en los casos en que el orden jurídico establece que el Tribunal Constitucional debe pronunciarse de oficio u obligatoriamente. A su vez, la *sentencia puede ser desestimatoria* si el Tribunal Constitucional confrontando la Constitución con la norma jurídica infraconstitucional impugnada por quienes tienen legitimación activa para ello, determina que la primera no tiene vicios de inconstitucionalidad.

Al confrontar la Constitución con la norma infraconstitucional, el Tribunal Constitucional puede dictar una sentencia total o parcialmente estimatoria o desestimatoria. Algunos de estos fallos constituyen sentencias atípicas, tanto por sus repercusiones jurídicas como por su trascendencia política.

En el caso chileno, es necesario regular esta materia en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional donde debiera distinguir entre las sentencias que se pronuncien por vicios de forma y de fondo. Ya que una sentencia denegatoria o desestimatoria de inconstitucionalidad por vicios de forma, no podría impedir la interposición de una nueva acción por vicios de fondo. En tal sentido debiera la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional una norma del tenor siguiente: “La declaratoria de constitucionalidad de una norma impugnada por vicios de forma no obsta para que ésta sea demandada posteriormente por razones de fondo”.

En nuestra opinión la sentencia desestimatoria de una cuestión de inconstitucionalidad es *imperativa*, pero *no es definitiva ni inmutable*, de lo cual se deduce la posibilidad de que pueda volverse a elevar la cuestión de inconstitucionalidad, aunque en otra fase del proceso ordinario, ya que la sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad produce un efecto preclusivo en el juez *a quo*, como señalan entre otros, Cappelletti, Pizzorusso, Crisafulli y Sandulli, entre otros.

Nos parece necesario determinar que una sentencia desestimatoria o denegatoria de inconstitucionalidad no impide la interposición de una nueva acción sobre el mismo precepto constitucional mediante otra *vía procesal*, ya que es posible que un precepto declarado constitucional en vía de control preventivo pueda ser impugnado por vía de control repressivo o *ex post* inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en la medida que en esa hipótesis concreta el precepto declarado constitucional en abstracto pudiere tener una aplicación específica que fuere inconstitucional.

El proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, en la materia, en su artículo 37, establece lacónicamente: “Resuelto

por el Tribunal de que un precepto legal determinado es constitucional, no podrá declararse inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia”.

Dicha redacción nos permite considerar que pueden presentarse diversos procedimientos incidentales en materia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sobre un mismo precepto legal, ya que pueden hacerse valer diversas hipótesis de inconstitucionalidad concretas que antes no se habían hecho valer por quienes plantearon otras inaplicabilidades sobre el mismo precepto legal. Esta perspectiva, disminuye el peso relativo de una sentencia errónea del Tribunal Constitucional desestimatoria de inconstitucionalidad, ya que posibilita una sentencia diferente del Tribunal Constitucional a través del recurso de inaplicabilidad o la cuestión de inconstitucionalidad que puede admitir o estimar razones de inconstitucionalidad no consideradas en su sentencia abstracta. En todo caso, queda a salvo la posibilidad del tribunal *a quo* de rechazar la elevación de cuestiones idénticas a las anteriormente desestimadas por considerarlas manifiestamente infundadas.

Consideramos asimismo, que una misma cuestión debiera poder ser elevada a la consideración del Tribunal Constitucional, en otras circunstancias, en las cuales el Tribunal puede acoger la estimación de inconstitucionalidad del precepto normativo. Esta perspectiva posibilita la capacidad del Tribunal Constitucional para evaluar cambios en el parámetro constitucional o en el significado de la norma legal atendiendo a la diferenciación entre enunciado normativo y norma jurídica o simplemente en el poder de rectificación del Tribunal Constitucional estableciendo las razones para ello.

En lo referente a la posibilidad de analizar nuevamente lo resuelto en una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad por vía de acción directa, la doctrina se encuentra dividida.

Para unos no podría plantearse una nueva ley con contenido igual al declarado inconstitucional, ya que ello constituiría un desacato al Tribunal Constitucional y un ilícito constitucional.¹¹

Para otros, la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad de una ley, no impediría debatir una nueva ley con igual contenido, siempre que no busque alterar situaciones cubiertas por el fallo anterior, y por lo tanto, con efectos sólo hacia el futuro, para lo cual se apela a la necesidad de no

¹¹ Rubio Llorente, Francisco y Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, 1998, p. 76.

bloquear la innovación jurídica frente a nuevas hipótesis o necesidades cambiantes, como asimismo, la posible rectificación de resoluciones por nuevas mayorías del órgano jurisdiccional con nuevos criterios interpretativos o con nuevas concepciones jurídicas, manteniendo siempre la última palabra sobre la constitucionalidad de las normas jurídicas.

En todo caso es necesario precisar que reconocida la jurisdicción vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las sentencias de los tribunales constitucionales pueden ser objeto de impugnación ante la Corte Interamericana, en cuanto acto estatal que pudiere vulnerar derechos humanos, en tal caso, los efectos del fallo dictado por el Tribunal Constitucional en jurisdicción interna son sólo de cosa juzgada formal y sólo será cosa juzgada material si no hay impugnación ante la corte supranacional, dentro del plazo que determine la normativa del tratado respectivo. Así debe contemplarse, necesariamente, el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana que considere el acto jurisdiccional interno violatorio de los derechos humanos y susceptible de producir responsabilidad internacional. Si no fuera así se incumpliría el deber constitucional de asegurar, garantizar y promover los derechos esenciales de la persona humana (derechos fundamentales o derechos humanos) que pesa sobre todos los órganos del Estado, se lesionaría gravemente el Estado democrático constitucional y se incumpliría con la obligación de resultado a la que obliga la sentencia de la Corte Interamericana, fuera de generar responsabilidad internacional del Estado chileno.

Así lo ha entendido la Corte Interamericana en el caso Barrios Altos, en el cual determinó la nulidad de la Ley de Amnistía aprobada por el parlamento peruano y aplicada por la misma jurisdicción, obligando al Estado peruano a juzgar y sancionar a los responsables por los delitos de ejecución desarrollado por fuerzas militares en los incidentes que causaron la muerte de varios pobladores de un barrio de Lima, que constituyeron la causa ante la Corte Interamericana.

A su vez, puede sostenerse en esta materia que una institución que tiene como finalidad una certeza formal, no puede prevalecer sobre la protección efectiva y constante de los derechos humanos, los que, además en el derecho sudamericano son parte del bloque constitucional de derechos, y en Chile, constituyen límites a la potestad estatal, como lo establece preteritoriamente el artículo 5o. inciso segundo de la Constitución.

C. *Consideraciones sobre los efectos de la sentencia constitucional en el ámbito temporal y personal en Chile con la reforma 2005*

a. Los efectos de la sentencia constitucional en el ámbito personal

El artículo 94 de la Constitución en su inciso 2o. dispuso que “Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate”.

Por otra parte, en el inciso 3 precisa que,

el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 o 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el *Diario Oficial* de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo.

En el caso de la resolución que determine la inaplicabilidad de un precepto legal por inconstitucionalidad en control concreto incidental produce sólo efectos *inter partes*.

b. Los efectos de las sentencias en el tiempo

Sobre efectos *ex tunc* o *ex nunc* de los fallos de los tribunales constitucionales no hay una sola posición y los ordenamientos jurídicos toman parte por darle mayor fuerza a la supremacía constitucionalidad o a la seguridad jurídica, tratando de buscar un cierto equilibrio entre ambos principios, al respecto, así en el derecho comparado, en el caso de los tribunales constitucionales de Austria, Croacia, Eslovenia, Grecia, Polonia, Rumania, entre otros, los efectos de las sentencias son, por regla general, *ex nunc*, mientras en Alemania, Bélgica, España, Portugal, se consideran los efectos *ex tunc* como regla general.

El texto de la reforma constitucional aprobado por el Congreso Nacional chileno no se refería a los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en el tiempo.

Dicha perspectiva cambia con el veto presidencial que es aprobado por el Congreso Nacional, ya que este prefiere precisar en el propio texto

constitucional los efectos del fallo del Tribunal Constitucional en materia de control abstracto *ex post* de constitucionalidad de los preceptos legales, previa declaración de inaplicabilidad en control concreto. En efecto, el veto presidencial establece en el inciso 3o. del artículo 83 (hoy artículo 94) de la Constitución, lo siguiente:

No obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 o 7 del artículo 82, se entenderá derogado desde la publicación en el *Diario Oficial* de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo.

Así, queda expresamente consagrado en el texto constitucional que las sentencias del Tribunal Constitucional producen efectos *ex nunc* desde su publicación en el *Diario Oficial*. Estando determinado constitucionalmente los efectos de las sentencias en el tiempo, ni el Tribunal Constitucional ni el legislador orgánico constitucional podrá dar efecto retroactivo a las sentencias que expulsan de nuestro ordenamiento jurídico disposiciones de rango legal.

Dicha regla constitucional parece excesivamente rígida, ya que en algunos casos excepcionales se puede requerir que la sentencia pueda generar efectos *ex tunc*.

c. Materias omitidas de regulación en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no regula los ámbitos de la sentencia del Tribunal Constitucional, que constituyen precedente, ni como se determinan estos.

Es punto pacífico en la doctrina y el derecho positivo comparado la obligación de cumplir lo resuelto en la parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Constitucional, debatiéndose en doctrina y dependiendo de la normativa que regula las sentencias en cada país, si los elementos de razonamiento que sustentan la decisión o que constituyen *ratio decidendi* del contencioso sometido a la consideración del Tribunal Constitucional, vale decir, aquella parte de la fundamentación o argumentación que no podría ser modificada sin que la parte resolutive de la sentencia cambiara, tienen carácter vinculante a diferencia de los *obiter dicta*, sin perjuicio de la dificultad para separar claramente unos de otros.

En los países de América del Sur con tribunales constitucionales, las legislaciones reguladoras establecen diversas alternativas.

En el caso colombiano, el artículo 48 de la Ley 270 Estatutaria de la Administración de Justicia de 1996 de conformidad con el artículo 230 de la Constitución, establece algunas regulaciones en la materia, determina expresamente que “sólo será de obligatorio cumplimiento y con efectos erga omnes la parte resolutive de los fallos. La parte motiva constituye sólo criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general”.

El artículo 23 del Decreto 2067 añade que “la doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar para las autoridades y corrige la jurisprudencia”, todo ello en armonía con el artículo 48 de la Ley Estatutaria 270.

La doctrina de la Corte Constitucional Colombiana ha establecido el carácter vinculante de sus interpretaciones, utilizando para ello la técnica del precedente, distinguiendo entre la argumentación que guarda relación directa y necesaria con la parte resolutive del fallo de aquella que sólo es tangencial.¹²

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, con base en el artículo 335 de la Constitución de 1999, establece la obligatoriedad de las interpretaciones constitucionales determinadas por la Sala Constitucional con motivo de la resolución de controversias o de una solicitud de interpretación. La Sala Constitucional ha resuelto que la norma general producida por la interpretación abstracta genera efectos *erga omnes*, “constituyendo una verdadera *jurisdatio*, una interpretación cuasi auténtica o para constituyente, que profiere el contenido constitucionalmente declarado por el texto fundamental”.¹³

La misma Sala Constitucional ha precisado en sentencia posterior que el artículo 355 de la Constitución constituye también el fundamento de la fuerza vinculante de los precedentes, que se establecen por la Sala al resolver casos concretos, estableciendo al efecto:

¹² López Medina, Diego, *El derecho de los jueces*, Santafé de Bogotá, Ed. Legis, 2000, pp. 14 y ss.

¹³ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 19 de julio de 2001, núm. 1309, caso: *Hermann Escarrá*.

A lo ya dicho conviene agregar que la doctrina que se derive de la interpretación de los preceptos constitucionales, sea que la conclusión a que arribe la Sala no resuelva un caso concreto (solicitud de interpretación), sea que aproveche a la solución de una concreta controversia en tanto contenga el modo en que los valores, principios y reglas constitucionales exigen que se tome una decisión en un sentido determinado, tiene en ambos casos efecto vinculante. Tal aclaratoria desea resolver alguna duda que pudiera surgir en cuanto al alcance de la vinculación de la función interpretativa que toca desplegar a esta Sala conforme al citado artículo 335 de la carta fundamental, la cual, puede que llegue a asociarse, erróneamente, a la desnuda interpretación de un precepto constitucional.¹⁴

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en materia de *ratio decidendi* ha determinado:

Las interpretaciones de esta Sala Constitucional, en general, o las dictadas en vía de recurso interpretativo, se entenderán vinculantes respecto del núcleo del caso estudiado, todo ello en un sentido de límite mínimo, y no de frontera intraspasable por una jurisprudencia de valores oriunda de la propia Sala, de las demás Salas o del universo de los tribunales de instancia.

Los pronunciamientos que, sin referirse al núcleo central del debate objeto de la decisión, afectan a un tema colateral relevante para la misma, normalmente vinculados con los razonamientos jurídicos esbozados para afinar la solución al caso, no serán por lógica, vinculantes, ni en este ni en otro sentido.¹⁵

Finalmente, la Sala Constitucional ha establecido expresamente el carácter vinculante de la *ratio decidendi* de sus fallos, al efecto ha señalado:

Finalmente, debido a la relevancia de las consideraciones emitidas en el fallo bajo examen y, además, por haber reflexionado la Sala sobre el alcance de principios elementales de nuestro ordenamiento jurídico constitucional, como lo son el derecho a la libertad y la garantía de presunción de inocencia, declara vinculante la *ratio decidendi* que condujo a la decisión definitiva del presente fallo.¹⁶

¹⁴ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 5 de octubre de 2001, núm. 1860, caso: *Consejo Legislativo del Estado Barinas*.

¹⁵ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 9 de noviembre de 2000, núm. 1347, caso: *Ricardo Combellas*.

¹⁶ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 27 de noviembre de 2001, núm. 2426, caso: *Victor Giovanni Díaz Barón*.

En nuestra opinión, debiera establecerse que la *ratio decidendi* del fallo que constituye la argumentación relevante que lo fundamenta y determina la parte resolutive, vale decir, aquellos principios o razonamientos que no podrían ser alterados o modificados sin que la sentencia fuere modificada, debieran constituir los principios que constituyen el precedente obligatorio para todos los órganos del Estado, mientras dichos criterios no sean modificados por el propio Tribunal Constitucional, distinguiéndolos de los *obiter dicta* o *dicta* que son afirmaciones tangenciales o complementarias emitidas en la resolución judicial no tienen el mismo carácter, ni deben ser seguidos como precedentes por los tribunales inferiores.

4. Consideraciones finales

Las reformas en materias de competencias del Tribunal Constitucional como lo dispuso la propia carta fundamental reformada en su disposición decimosexta transitoria,¹⁷ han entrado en vigencia el 26 de febrero de 2006, seis meses después de publicada la reforma constitucional a través de la Ley núm. 20.050 de reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial* el 26 de agosto de 2005.¹⁸

De esta forma las nuevas competencias del Tribunal Constitucional en materia de control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el control de inconstitucionalidad de preceptos legales, el control de constitucionalidad de preceptos legales con efectos *erga omnes*, el control de constitucionalidad de auto acordados de los tribunales superiores de justicia y del Tribunal Constitucional, el control preventivo obligatorio sobre tratados internacionales que versen sobre materias propias de ley orgánica constitucional en el derecho interno, como asimismo, la nueva potestad de resolver los conflictos de competencia, ha empezado a ejercerlas en marzo de 2006, sin que aún se haya aprobado la reforma de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, la que seguramente estará aprobada en abril de 2006.

¹⁷ La disposición decimosexta transitoria del nuevo texto constitucional establece: “Las reformas introducidas al Capítulo VIII entrarán en vigor seis meses después de la publicación de la presente reforma constitucional, con excepción de lo regulado en la disposición decimocuarta”.

¹⁸ Véase, el nuevo texto constitucional refundido y sistematizado en: www.cecocch.cl/materiales

La reforma constitucional analizada constituye un avance significativo en el fortalecimiento de la fuerza normativa de la Constitución y en el control de constitucionalidad, ahora con un solo parámetro de control, el cual, además tiene carácter obligatorio para todos los órganos estatales. Se robustece el Tribunal Constitucional, sus competencias y su rol de supremo defensor del orden democrático constitucional.

II. ALGUNOS HITOS IMPORTANTES
Y DE CONSECUENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
RELEVANTES EN LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Los fallos del Tribunal Constitucional a través de sus diversas modalidades de controles preventivos de constitucionalidad, ya sea de carácter obligatorio o facultativo de proyectos de ley o a través de controles reparadores, principalmente mediante el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, han incidido significativamente en la delimitación de derechos fundamentales como asimismo en la orientación de políticas públicas.

Del conjunto de estos fallos hemos seleccionado algunos de ellos por su importancia y trascendencia e la vida de la sociedad chilena.

1. *Derecho a la vida*

Respecto del derecho a la vida hay dos sentencias que han contribuido a delimitar tanto el inicio de la protección jurídica de la vida humana, como asimismo, el término de ella.

A. *Sentencia que determina cuándo jurídicamente se considera la muerte de la persona, para efectos de transplantes*

En efecto, el Tribunal Constitucional en sentencia Rol núm. 220 del 13 de agosto de 1995, debió resolver un requerimiento de un grupo de senadores, los cuales cuestionaban la constitucionalidad de un proyecto de Ley de Transplantes de Órganos, que se encontraba en tramitación de iniciativa gubernamental.

Los requirentes cuestionaban la constitucionalidad del artículo 11 del proyecto de ley por infringir el artículo 19 núm. 1 de la Constitución que asegura el derecho a la vida e integridad física y psíquica de la persona y el núm. 2, del mismo artículo de la Constitución que asegura la igualdad ante la ley.

El artículo 11 del proyecto cuestionado establece que “la muerte se acreditará mediante certificación unánime e inequívoca, otorgada por un equipo de médicos, uno de cuyos integrantes, al menos, deberá desempeñarse en el campo de la neurología o neurocirugía”; además del inciso tercero del mismo artículo, donde aparecería una eventual delegación de facultades legislativas, al señalar el texto que la certificación se otorgará cuando se haya comprobado la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas, lo que se acreditará con la certeza diagnóstica de la causa del mal, según parámetros clínicos, corroborados por las pruebas o exámenes calificados, que el reglamento señale.

En seguida, la disposición indica que dicho reglamento deberá considerar, como mínimo, que la persona cuya muerte encefálica se declara, presente las siguientes condiciones:

1. Ningún movimiento voluntario observado durante una hora.
2. Apnea luego de tres minutos de desconexión de ventilador.
3. Ausencia de reflejos troncoencefálicos.

21. Que de lo expuesto en los dos considerandos que anteceden fluyen claramente los siguientes enunciados:

a) Que la muerte encefálica debe certificarse por un equipo de médicos especializados en la materia en forma inequívoca y unánime.

b) Que los médicos otorgarán esta certificación cuando se haya comprobado la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas, lo que se acreditará con la certeza diagnóstica de la causa del mal según los parámetros clínicos.

c) Que estos parámetros clínicos deben ser corroborados por las pruebas o exámenes calificados que el reglamento señale.

d) Que habrá un reglamento que para declarar la muerte encefálica deberá establecer la comprobación de a lo menos un conjunto de condiciones que el afectado presente para declarar su muerte y que son: falta de movimiento voluntario durante una hora, apnea desconectado de ventilador por tres minutos; ausencia de reflejos troncoencefálicos.

El fallo del Tribunal Constitucional, determina que:

15. Que examinados los informes científicos antes señalados y los indicados en lo expositivo se llega a la conclusión de que la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas constituye la muerte real, definitiva, unívoca e inequívoca del ser humano.

Todas las consideraciones que se detallan en los informes que sostienen la presencia de signos vitales en personas que han sido declaradas en estado de muerte encefálica, aceptan que tal situación es sólo posible cuando ésta permanece conectada a elementos mecánicos;

[...]

17. Que, este capítulo relativo a la inconstitucionalidad de los artículos 7o., 10 y 11, del referido proyecto de ley por vulnerar supuestamente el artículo 19 de la Constitución, en el núm. 1, que asegura el derecho a la vida e integridad física y psíquica de la persona y el núm. 2, que garantiza la igualdad ante la ley, debe rechazarse, conforme a lo dicho en el considerando 15 de esta sentencia;

22. Que [...] se desprende claramente que, si bien para certificar el estado de muerte encefálica, se hace referencia a un reglamento, lo cierto es que tal instrumento jurídico carece de toda relevancia en este proceso médico de certificación de muerte. Es la ley la que ordena que en él deban constarse condiciones mínimas para que el equipo de médicos especialistas pueda darla por probada y en tal situación no puede decirse que haya delegación alguna en orden a establecer los asertos indispensables para poder declarar la muerte. Por ello debe reiterarse que es la ley la que determina dichas condiciones y no el reglamento en esta parte.

Frente al cuestionamiento que un reglamento podría establecer condiciones o requisitos respecto de la acreditación de un derecho fundamental, cuya regulación sólo puede efectuarse por ley, de acuerdo al artículo 60 (hoy artículo 63) de la Constitución en armonía con el artículo 19 núm. 26, aspecto también cuestionado por los requirentes, el Tribunal Constitucional determina:

23. Que no obstante, para dar cumplimiento al contenido del artículo 61 de la Constitución Política no se puede admitir la referencia que el proyecto hace en el artículo 11, inciso tercero, a un reglamento para acreditar “las pruebas o exámenes calificados, a que la disposición se refiere, y debe declararse inconstitucional puesto que está entregando al reglamento la regulación en forma autónoma de materias propias de ley.

En consecuencia, se declaran inconstitucionales las siguientes frases y palabras que se indican en el artículo 11, inciso tercero: “que el reglamento señale”, y a continuación de la palabra “El” el vocablo “referido”;

24. Que este Tribunal declara constitucional la remisión al reglamento a que se refieren los considerandos 21o., letra d), y 22o., en el entendido de que éste no podrá alterar, condicionar, distorsionar ni disminuir los requisitos mínimos que la ley exige, toda vez que en mérito de ellos no se declara inconstitucional en toda su integridad.

B. Requerimiento de inconstitucionalidad de la resolución exenta núm. 584 (Ministerio de Salud), fechada el 1o. de septiembre de 2006, la cual aprueba Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad

Por medio de la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 591, del 11 de enero de 2007, se pronuncia sobre el requerimiento formulado por un grupo de parlamentarios respecto de la incompetencia de la autoridad administrativa que dictó la Resolución Exenta (Ministerio de Salud) núm. 584, de 1 de diciembre de 2006, no publicada en el *Diario Oficial*, mediante la cual se aprueba las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, vinculados con materias que afectarían el derecho constitucional a la vida.

Undécimo: que, acercándonos definitivamente a una conclusión, puede decirse que resolución es un acto administrativo dictado por un jefe de servicio en materias de su competencia. Si el ministro de Salud, en este caso, extralimitó sus facultades, estaríamos en presencia de un acto administrativo inconstitucional; por el contrario, si actuó dentro de la esfera de sus atribuciones, la resolución tendría suficiente respaldo normativo.

Decimosegundo: que [...] la Constitución, considerada en su preceptiva, valores y principios, y con un tribunal especializado dedicado a protegerla resolviendo los conflictos de constitucionalidad, debe necesariamente facultar a éste para decidir si los órganos públicos actúan dentro de su competencia, lo que se traduce en que tanto el legislador, el administrador, como los jueces deben actuar sólo en las materias que les son asignadas por la Constitución o la ley, de acuerdo al principio de juridicidad y supremacía de la Constitución contenido en los artículos 6 y 7 de la carta fundamental.

Decimotercero: que, en este contexto, una resolución que contiene materias propias de un reglamento, cualquiera que sea el nombre que se

le coloque, es de competencia privativa del presidente de la República, y así deberá declararlo esta magistratura.

a. Naturaleza jurídica y características de las resoluciones.

Decimocuarto: que, como corolario de lo razonado en el capítulo precedente, la calificación jurídica de un acto administrativo determinado, cuya adecuación a la carta fundamental ha sido planteada a esta magistratura para que ejerza el control de supremacía correspondiente, es, sin duda, un elemento intrínseco de la competencia que la carta fundamental le ha conferido para velar por el imperio, formal y sustantivo, de sus valores, principios y normas. Sostener la tesis contraria resulta absurdo, desde que presupone excluir del examen constitucional aludido cualquier norma que, sobre la base de la propia nomenclatura utilizada, decida sustraer el propio órgano sometido al control referido —cualquiera que sea éste, la circunstancia o el motivo invocado— aun cuando dicha norma abarque materias que, precisamente, el Constituyente ha querido someter al control de esta magistratura. Estando así comprobado, fuera de toda duda, que al Tribunal Constitucional es a quien el Poder Constituyente ha confiado pronunciarse, en grado máximo y final, acerca de la calificación referida, se pasará ahora a analizar la naturaleza jurídica y características de las resoluciones, a fin de determinar si nos encontramos o no ante la situación que afirman los requirentes.

Decimoquinto: que el artículo 32 núm. 6 de la Constitución señala que es atribución del presidente de la República “ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea conveniente para la ejecución de las leyes”. A su vez, desde un punto de vista formal, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 35 de la carta fundamental, conforme al cual “Los reglamentos y decretos del presidente de la República deberán firmarse por el ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito. Los decretos e instrucciones podrán expedirse con la sola firma del ministro respectivo, por orden del presidente de la República, en conformidad a las normas que al efecto establezca la ley”.

Decimosexto: que en relación a la clasificación de los actos administrativos, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3o. de la Ley núm. 19.880, éstos toman la forma de decretos supremos y resoluciones. El decreto supremo, señala la disposición, “es la orden escrita que dicta el presidente de la República o un ministro ‘por orden del presidente de la República’ sobre asuntos propios de su competencia”. Por su parte, las resoluciones “son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión”.

Vigesimo: que fluye de los preceptos referidos o transcritos una serie de conclusiones, las cuales aparecen resumidas a continuación: primera, la Constitución radica, única y excluyentemente, en el presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria, prohibiendo delegar tal ejercicio cuando se trate de reglamentos o decretos supremos reglamentarios; segunda, la carta fundamental permite al primer mandatario, cuando así lo disponga por escrito y previamente, delegar el desempeño de esa potestad, pero sólo tratándose de decretos supremos e instrucciones, nunca de reglamentos; tercera, tal delegación cabe siempre que sea efectuada de conformidad con las normas que la ley establezca para ese efecto, de modo que se trata de una decisión reglada y no discrecional, y cuarto, que a los ministros de Estado les corresponde proponer las políticas nacionales, las que en todo caso deberán ser de competencia final del presidente de la República.

Vigesimosegundo: que, de este modo, ciertamente se presentan diferencias entre los reglamentos y otros actos de carácter administrativo.

Así, este Tribunal, en los autos rol núm. 153, tuvo ocasión de pronunciarse acerca de las características que definen que un determinado acto administrativo deba ser calificado de reglamento y, consecuentemente, sobre las exigencias que la carta fundamental impone para la validez o nulidad del mismo. [...] Luego, la sentencia se pronunció sobre las características y naturaleza jurídica de los reglamentos [...]

Vigesimotercero: que, [...] “como se desprende con toda claridad del artículo 35 de la carta fundamental, que el Constituyente ha hecho una clara distinción entre los requisitos de forma que deben tener los reglamentos, los decretos y las instrucciones, de tal manera que los decretos e instrucciones pueden expedirse con la sola firma del ministro respectivo ‘por orden del presidente de la República’ y previa autorización legal”. Afirma, a continuación que: “de la sola lectura del artículo 35 de la Constitución es

dable concluir que los reglamentos han sido excluidos de la posibilidad de la delegación de firma y, necesariamente deben ser suscritos por el presidente de la República y, además, por el ministro respectivo” [...].

Vigésimocuarto: que, por último, los actos administrativos explicados se hallan sometidos a controles diversos según su jerarquía. Así, los decretos reglamentarios deben ser siempre revisados mediante el control preventivo denominado toma de razón, practicado por la Contraloría General de la República. En cambio, los simples decretos supremos, las resoluciones y las instrucciones pueden ser eximidos de ese trámite, con las exigencias de resguardo previstas en la ley, esto es, en el artículo 10 de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República.

Vigésimoquinto: que finalmente, en relación a la naturaleza de las normas jurídicas, es menester recordar que el intérprete debe ir más allá del mero literalismo, de modo de determinar el sentido y alcance a través de una hermenéutica sistemática y finalista.

Vigésimosexto: que la aplicación del principio de primacía de la realidad por sobre el nominalismo [...] no es ajena a la interpretación constitucional, habiendo sido empleado en reiteradas ocasiones por esta magistratura, entre otras, para determinar el real contenido de una pretensión, para desentrañar la verdadera naturaleza jurídica de un acto y, consecuentemente, los requisitos para su validez, o para precisar el genuino sentido de una norma.

Vigésimo séptimo: Que los requirentes impugnan la constitucionalidad de la Resolución Exenta (Ministerio de Salud), núm. 584, del 1o. de diciembre de 2006, no publicada en el *Diario Oficial*, mediante la cual se aprueban las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, las que constan en un documento de ciento setenta y una páginas. Los tópicos esenciales que incluye dicho instrumento dicen relación con: *a)* políticas y programas de la regulación de la fertilidad en Chile (incorporación de la planificación familiar en las políticas de la salud pública y el impacto de las actividades de la regulación de la fertilidad en Chile); *b)* marco conceptual (ética y anticoncepción, consideraciones de género y calidad de la atención); *c)* tecnología anticonceptiva (propiedades de los anticonceptivos, recomendaciones para el uso de anticonceptivos por la OMS, anticoncepción hormonal y métodos anticonceptivos —anticonceptivos combinados de estrógenos y progestágeno, progestágeno solo y anticoncepción de emergencia— anticoncepción

no hormonal); *d*) anticoncepción en poblaciones específicas (adolescentes y mujeres), y *e*) anexos (anticonceptivos hormonales disponibles en Chile y bibliografía).

Vigesimooctavo: que, en relación con el sentido y alcance de tales “normas”, pertinente es observar que son de aplicación general para los órganos públicos y la población involucrada, rasgo que debe ser asociado a la índole imperativa u obligatoria que tienen para los destinatarios de ellas, siendo menester añadir la agrupación sistemática de la multitud de disposiciones incluidas en el extenso texto que las contiene y sus anexos.

Vigesimonoveno: que, desde el ángulo únicamente formal, fluye, con claridad inequívoca, que la Resolución Exenta núm. 584, ya citada, fue dictada para establecer un conjunto de normas nacionales, cuyas características formales pueden ser sintetizadas afirmando que, si bien no aparecen enunciadas en artículos ni ordenadas según numerales, tampoco cabe duda que son prescripciones de conducta, reunidas metódicamente y para otorgarles aplicación general, permanente y vinculante en las materias o asuntos regulados por ellas.

Lo expuesto se comprueba, además, por las propias observaciones del gobierno al requerimiento, que al describir el contenido de la resolución impugnada (capítulo III) señala:

La parte más relevante de la resolución 584, es la aprobación de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad. “El acto aprobatorio se explica, por una parte, porque las normas tienen un alto componente técnico. Por lo mismo, son hechas por expertos. La resolución lo que hace es hacerla suya, y disponer su obligatoriedad.

En otros términos “la resolución objeto de la impugnación por los Diputados no es una resolución, sino que un reglamento, pues contiene normas generales, impersonales y obligatorias”. De esta manera “como la norma impugnada es materialmente un reglamento firmado sólo por una ministra, aparece de manifiesto una primera inconstitucionalidad de forma, cual es, la de no haber sido dictada por la presidente de la República, con la concurrencia de la firma de la ministra. La norma objeto del requerimiento infringe así, a nuestro juicio, los artículos 6 y 7 con relación al artículo 35 de la Constitución”.

b. Mérito constitucional de la resolución impugnada

Trigesimoprimeramente: que, a la luz de los razonamientos precedentes, procede que esta magistratura se pronuncie sobre el mérito constitucional de la Resolución Exenta núm. 584, ya individualizada, cuya adecuación a la carta fundamental vigente ha sido objetada por los parlamentarios requerientes; invocando éstos la facultad que le ha sido conferida en el artículo 93 inciso primero núm. 16 de la Constitución;

Trigesimosegundo: que, tal como se anunciara en el considerando séptimo, en una primera etapa este pronunciamiento se limitará al ángulo estricta y únicamente formal o externo del acto administrativo objetado. Sólo si el acto impugnado supera esta primera etapa podrá el Tribunal entrar a decidir sobre el fondo del asunto, sin que proceda antes de ello pronunciamiento alguno respecto de otros vicios de fondo invocados en el requerimiento. Se actuará de esta manera siguiendo la práctica invariable de esta magistratura, que obedece a un principio de lógica elemental, la cual ha sido examinar en primer término si el precepto o acto impugnado adolece de vicios formales para, sólo una vez desestimados éstos, entrar a examinar su conformidad de fondo con la Constitución. En esta etapa podrá el Tribunal entrar a decidir sobre el fondo del asunto, sin que proceda antes de ello pronunciamiento alguno respecto de otros vicios de fondo invocados en el requerimiento. Se actuará de esta manera siguiendo la práctica invariable de esta magistratura, que obedece a un principio de lógica elemental, la cual ha sido examinar en primer término si el precepto o acto impugnado adolece de vicios formales para, sólo una vez desestimados éstos, entrar a examinar su conformidad de fondo con la Constitución.

La conveniencia y necesidad de proceder de esta manera, que se ha manifestado en numerosos fallos de esta magistratura, fue expuesta extensamente en sentencia de 5 de septiembre de 2003, rol 383, en sus considerandos sexto a octavo inclusive. En ellos se explicó que para resolver lo planteado en el requerimiento, se considera indispensable efectuar una distinción, la cual es tan elemental y universalmente reconocida como esencial. En efecto, tratase de diferenciar la infracción a la carta fundamental de forma o procedimiento en que puede incurrir el órgano habilitado por ella para ejercer una potestad, de un lado, del quebrantamiento de fondo, material o sustantivo del Código Supremo en que ese órgano puede también incurrir, de otro.

Evidentemente —se añade— la justificación de aquella diferencia yace en que, siendo transgresiones distintas, constatado que sea un vicio de forma en un precepto en tramitación, éste ya no es tal y, por lo mismo, carece de todo sentido avanzar a su examen sustantivo o de fondo.

La sentencia precisa, también, que el control de la supremacía constitucional debe ser completo, es decir, abarcar tanto el aspecto formal como sustantivo, ya que ambos presupuestos han de concurrir para que pueda considerarse respetado cuanto implica ese principio.

Luego de recordar la sentencia citada que el principio de supremacía de la Constitución reviste cualidad esencial en relación con el imperio, real o efectivo, de la Constitución en cuanto ordenamiento máximo de nuestro sistema jurídico, como lo ordenan, en términos de significado inequívoco y con jerarquía de base de la institucionalidad, los artículos 6, inciso segundo y 7 de la carta fundamental, precisa que en cumplimiento, cabal y riguroso, de la función de control de la supremacía de la Carta Política, esta magistratura debe examinar, en primer lugar, si la norma cuyo mérito constitucional ha sido objetado en el requerimiento, fue o no generada por los órganos competentes para ello, cumpliendo los trámites y —en su caso— con el quórum que la ley fundamental ha establecido a los efectos que se integre válidamente al régimen jurídico en vigor.

Trigesimotercero: que lo razonado en considerandos anteriores, incluidas las opiniones de destacados tratadistas que forman parte de este proceso, y de la simple lectura de la resolución exenta impugnada, es posible concluir que, en realidad, reúne los elementos configurativos de un decreto supremo reglamentario, pero sin cumplir con las exigencias que la Constitución ha previsto para que sea tal.

En efecto, ese acto administrativo contiene un conjunto de normas; cuyo alcance es nacional o de aplicación general a todos los destinatarios de ellas; y dotadas de carácter permanente, es decir, que no agotan o pierden vigencia por su aplicación en un caso determinado. Sin embargo, tal Resolución Exenta carece de las demás exigencias que la Constitución contempla para los decretos supremos reglamentarios, porque fue dictada por la ministra de Salud, en circunstancias que hacerlo se halla prohibido, pues correspondía que fuese suscrita por la presidente de la República y, además, debió ser sometida previamente al trámite de toma de razón en la Contraloría General de la República, atendida su naturale-

za esencialmente reglamentaria. Habiéndose omitido estos dos requisitos esenciales para la formación válida de un reglamento, fuerza es concluir que la Resolución Exenta núm. 584 quebranta la Constitución, en su aspecto formal, lo que así será declarado por este Tribunal.

De este modo la referida resolución resulta ser más bien, desde un punto de vista material, esto en cuanto a su contenido, como señala la doctrina italiana, una “falsa resolución” o más propiamente una “resolución de carácter reglamentaria”, y

Vistos:

Lo dispuesto en los artículos 1, 4, 6, 7, 32 núm. 6, 33 inciso primero, 35, 93 inciso primero, núm. 16, e inciso decimonoveno, 98 y 99 de la Constitución, y las disposiciones de la Ley núm. 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

Se resuelve:

1. Que se acoge en lo principal el requerimiento que rola a fojas uno y, en consecuencia, se declara que la Resolución Exenta núm. 584 del Ministerio de Salud, del 1o. de septiembre de 2006, es inconstitucional.
2. Que, habiéndose declarado que la resolución exenta núm. 584 adolece de un vicio de forma que acarrea como consecuencia su inconstitucionalidad formal, este Tribunal no emite pronunciamiento sobre otras eventuales inconstitucionalidades planteadas en el requerimiento.
3. Que se desechan las demás peticiones formuladas en el requerimiento.

*C. Sentencia píldora del día después
(comienzo de vida humana). Núm. 740,
dieciocho de abril de dos mil ocho*

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional dilucida si las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que forman parte del Decreto Supremo núm. 48, de 2007, del Ministerio de Salud, son inconstitucionales, por afectar el derecho a la vida del ser humano, asegurado por el artículo 19 núm. 1 de la Constitución.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional precisa en su considerando 47 que cuando la Constitución:

“asegura” determinados derechos a las “personas”, sólo está reconociendo atributos propios de su naturaleza. En otros términos, no es la Constitución la que ha creado esos derechos sino que, simplemente, se ha limitado a reconocerlos, a regular su ejercicio y a garantizarlos a través de mecanismos jurídicos adecuados para no tornar ilusoria su protección. De allí que el propio ejercicio del Poder Constituyente, en cuanto expresión de la soberanía de la nación, reconoce como límite el “respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, tal y como ordena el inciso segundo del artículo 5o. de la carta fundamental.

EL Tribunal continúa su razonamiento señalando que:

Al mismo tiempo, el mandato imperativo de “asegurar” tales derechos, que se contiene en el enunciado del artículo 19 de la Constitución, importa: *a)* que sólo puede asegurarse lo que existe previamente; *b)* que la condición de seguridad que el Constituyente desea brindar a los derechos que reconoce importa hacer cesar cualquier trasgresión o vulneración que, más allá de los propios límites previstos por la Carta, puedan experimentar tales derechos, como también impedir la amenaza o peligro inminente que pueda afectarlos, y *c)* que deben diseñarse e implementarse todos los mecanismos necesarios para brindar efectiva protección tanto a la titularidad de tales derechos cuanto a su ejercicio.

En esta perspectiva debe también agregarse que, para el constitucionalismo contemporáneo, los derechos fundamentales —que se aseguran a todas las personas— poseen una doble naturaleza que justifica su rol central en las cartas fundamentales y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por un lado, constituyen facultades que se reconocen a su titular, dando lugar a su dimensión “subjetiva”, mientras que, por otro, dan unidad y sentido a todo el ordenamiento jurídico, lo que se conoce como su dimensión “objetiva”.

De allí que todo conflicto constitucional que, como el de la especie, tienda a constatar la eventual vulneración de derechos fundamentales tiene una especial significación que no puede dejar indiferente a ningún operador del derecho;

El Tribunal Constitucional analiza en el considerando 48, si el concebido no nacido puede ser ubicado en la calidad de persona a la que alu-

den las disposiciones constitucionales como los artículos 1, incisos primero, cuarto y quinto; 6, inciso segundo; 7, inciso segundo, y 19 de la misma. Tal razonamiento resulta indispensable para determinar si pueden serle atribuidos los derechos asegurados por el artículo 19 de la Constitución y, en particular, aquél invocado por los requirentes como transgredido por la norma reglamentaria que se impugna;

A su vez en el considerando 50, afirma que si

Al momento de la concepción surge un individuo que cuenta con toda la información genética necesaria para su desarrollo, constituyéndose en un ser distinto y distinguible completamente de su padre y de su madre —como ha sido afirmado en estos autos—, es posible afirmar que estamos frente a una persona en cuanto sujeto de derecho. La singularidad que posee el embrión, desde la concepción, permite observarlo ya como un ser único e irrepetible que se hace acreedor, desde ese mismo momento, a la protección del derecho y que no podría simplemente ser subsumido en otra entidad, ni menos manipulado, sin afectar la dignidad sustancial de la que ya goza en cuanto persona;

El considerando 52 precisa que,

La protección constitucional de la persona a partir del momento de la concepción en Chile se vio plenamente reafirmada al discutirse la reforma al artículo 1o., inciso primero, de la carta fundamental, que cambió la expresión “hombres” por “personas” y que se concretó a través de la Ley núm. 19.611, publicada en el *Diario Oficial* de 16 de junio de 1999.

Durante el segundo trámite de esa reforma constitucional, verificado en el Senado, se aprobó dejar constancia que: “El nasciturus, desde la concepción, es persona en el sentido constitucional del término, y por ende es titular del derecho a la vida”.

El considerando 53 señala que,

en la misma línea argumental, debe recordarse que la Convención Americana de derechos Humanos —tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentra vigente— señala, en su artículo 4.1, que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

De esta manera, este tratado internacional —que forma parte del ordenamiento jurídico chileno— resalta que todo ser humano tiene derecho a la vida sin que nadie pueda privarlo de ella arbitrariamente, lo que permite apreciar una particular coincidencia entre la norma aludida y aquella que se contiene en el artículo 19, numeral primero, de nuestra Constitución.

Así, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión en el considerando 54 que, “para el Constituyente —y a diferencia de lo que pueda desprenderse del examen de normas legales determinadas—, el embrión o el *nasciturus* es persona desde el momento de la concepción.

Luego en el considerando 55 determina el lugar del derecho a la vida en la estructura de los derechos fundamentales asegurados por la Constitución, respondiendo que tal derecho es “sin duda alguna, el derecho fundante de todos los demás, pues sin vida, difícilmente tiene sentido referirse a otros derechos fundamentales”.

Tal argumentación es reforzada en el mismo considerando con citas del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en su Observación General sobre el artículo 6 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Como ha señalado el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en su Observación General sobre el artículo 6 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el derecho a la vida es “el derecho supremo respecto del cual no se autoriza suspensión alguna, ni siquiera en situaciones que pongan en peligro la vida de la nación”. Ha agregado, asimismo, que “el derecho a la vida es el más esencial de estos derechos”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, por su parte, que “el derecho a la vida es ampliamente reconocido como el derecho supremo del ser humano y *conditio sine qua non* para el goce de todos los demás derechos”.

El considerando 56 de la sentencia precisa la línea de continuidad del texto constitucional con los tratados de derechos humanos:

Que el derecho a la vida asegurado por el artículo 19 núm. 1 de la Constitución, en consonancia con el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 1 de la Declaración Americana de los Dere-

chos y Deberes del Hombre, y el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, asegura a toda persona —incluyendo al nasciturus— el derecho a mantener la vida y a conservarla frente a los demás hombres. Si se quiere, “es el derecho a que nadie nos la quite, y a que no pueda suprimirla ni cercenarla su propio sujeto” (José Joaquín Ugarte Godoy, “El derecho a la vida y la Constitución”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, núm. 33, 2006, p. 514).

El considerando 57 advierte que, “junto con asegurar el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, nuestra carta fundamental ordenó: “La ley protege la vida del que está por nacer”.

Y el considerando 58 determina que

La intención del Constituyente fue confiar al legislador las modalidades concretas de protección de la vida del que está por nacer en el entendido que se trata de un ser existente e inserto en la concepción de persona, en cuanto sujeto de derecho, a que alude el encabezado del artículo 19. Este mandato al legislador importa la protección de un derecho y no sólo del bien jurídico de la vida, distinción que no es menor para estos sentenciadores. En efecto, si sólo se hubiese protegido la vida, en cuanto bien jurídico, bastaría que el legislador hubiese consagrado mecanismos que aseguraran al nasciturus la viabilidad de la vida intrauterina hasta el nacimiento.

El considerando 60 recuerda que el mandato que el constituyente impone al legislador, en el inciso segundo del artículo 19 núm. 1o. de la carta fundamental.

Importa asegurar el derecho a la vida del que está por nacer —y no sólo proteger su vida en cuanto bien jurídico—, debe recordarse el deber que la Constitución impone a los órganos del Estado de respetar y promover los derechos asegurados por la misma carta fundamental así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en consonancia con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5 de la carta fundamental.

D. Las normas nacionales sobre regulación de la fertilidad

El Tribunal se ve abocado al imperativo de determinar si la Sección C, acápite 3.3, de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que forman parte del Decreto Supremo núm. 48, de 2007, del Ministerio de Salud, impugnadas por los requirentes, vulneran la Constitución; en tal análisis el Tribunal Constitucional, en su considerando 62, determina que:

Que sobre la base del principio procesal básico de que “el juez falla conforme al mérito del proceso”, es posible sostener que toda la evidencia presentada en estos autos, [...] sólo refleja la existencia de una disparidad profunda de opiniones, sobre todo en el mundo científico, en orden a que el momento de la concepción marque el inicio de la vida humana y, por ende, que los regímenes de anticoncepción de emergencia a que aluden las normas impugnadas en estos autos pueden afectar el derecho a la vida de la persona que está por nacer.

El Tribunal ha ponderado esas opiniones en su debido mérito, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 21 del Código Civil, y al margen de cualquier connotación ajena a criterios jurídico-constitucionales;

En el considerando 63 el Tribunal señala que la:

Profunda disparidad de puntos de vista entre los expertos llamados a señalar el comienzo de la vida humana y, por ende, los reales efectos de los regímenes de anticoncepción de emergencia, como aquellos a que aluden las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, no puede llevar a esta magistratura a eludir un pronunciamiento sobre una de las funciones que definen la esencia de su quehacer. Proceder de esa manera no sólo importaría renunciar al ejercicio de sus atribuciones esenciales de cautelar los derechos fundamentales y de defender la supremacía constitucional sino que, además, significaría vulnerar el deber de inexcusabilidad que pesa sobre todo tribunal y que, respeto de éste, en particular, está expresamente consignado en el artículo 3o. de su ley orgánica.

El considerando 65 precisa que:

Existen situaciones en que, inevitablemente, se configura una duda razonable. Así, pese a todo el esfuerzo jurisdiccional, se dan casos, como el de la especie, en que el juez no puede formarse convicción, puesto que las alega-

ciones y probanzas efectuadas durante el proceso se muestran equivalentes en los hechos, aunque diferentes en cuanto a su impacto constitucional. Se configura, así, una duda razonable que el juez debe enfrentar en función de los imperativos descritos en el considerando sexagésimo tercero.

El considerando 66 acude para dilucidar el conflicto constitucional planteado y ante la evidencia de estar estos jueces frente a una duda razonable, ha de acudir a aquellos criterios hermenéuticos desarrollados por la teoría de los derechos fundamentales, por ser ésta la materia comprometida el presente requerimiento.

En tal sentido, parece ineludible tener presente el principio *pro homine o favor libertatis* definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: “Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...) debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana” (Opinión Consultiva 5, 1985);

El Tribunal Constitucional en su considerando 67, ante la duda razonable acerca de si la distribución obligatoria de la “píldora del día después” en los establecimientos que integran la Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud puede ocasionar la interrupción de la vida del embrión, al impedirle implantarse en el endometrio femenino, genera, a su vez, una incertidumbre acerca de una posible afectación del derecho a la vida de quien ya es persona desde su concepción en los términos asegurados por el artículo 19 núm. 1 de la Constitución. “La referida duda debe llevar, de acuerdo a lo que se ha razonado, a privilegiar aquella interpretación que favorezca el derecho de “la persona” a la vida frente a cualquiera otra interpretación que suponga anular ese derecho”.

El Tribunal agrega en el considerando 68 que:

Razonar de otra manera importaría desconocer la dignidad sustancial de toda persona, a que alude el inciso primero del artículo 1o. de la Constitución, y que supone que los derechos de que es titular son, incluso, anteriores al ordenamiento jurídico positivo, pues son manifestaciones de su propia naturaleza.

Asimismo, llevaría a desconocer que las políticas que la autoridad va desarrollando en pro de la consecución del bien común de todos y cada uno de los miembros de la comunidad nacional tienen, como necesario lí-

mite, el respeto a los derechos que la Constitución asegura, tal y como ordena el inciso cuarto del artículo 1o. de la misma.

Del mismo modo, un razonamiento diferente al que se ha realizado en esta sentencia importaría afectar sustancialmente el principio del Estado de derecho según el cual “los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”, tal y como ordena el inciso primero del artículo 6o. de la ley suprema.

En el considerando 69, el Tribunal determina:

Que de todo lo expuesto sólo es posible concluir que la existencia de una norma reglamentaria que contiene disposiciones que pueden llevar a afectar la protección del derecho a la vida de la persona que está por nacer y que la Constitución buscó cautelar especialmente, la vulnera porque la sola duda razonable, reflejada en las posiciones encontradas de los expertos del mundo de la ciencia, de que la aplicación de esas normas reglamentarias pueda llegar a afectar el derecho a la vida del nasciturus, obliga al juez constitucional a aplicar el principio “favor persona” o *pro homine* en forma consecuente con el deber impuesto al Estado por la carta fundamental de estar al “servicio de la persona humana” y de limitar el ejercicio de la soberanía en función del respeto irrestricto del derecho más esencial derivado de la propia naturaleza humana de la que el nasciturus participa en plenitud.

En consecuencia, este Tribunal sólo puede concluir que el imperativo de proteger y promover el derecho a la vida, que se desprende del artículo 5, inciso segundo, de la Constitución, en relación con el artículo 19 núm. 1 de la misma, conduce a declarar inconstitucionales las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que forman parte del D.S. núm. 48, de 2007, del Ministerio de Salud, en la parte contenida en el acápite 3.3 de la Sección C, “Anticoncepción Hormonal de Emergencia”. Asimismo, debe estimarse inconstitucional, por derivación, la sección D de las mismas Normas Nacionales, referida a la “Anticoncepción en Poblaciones Específicas”, acápite 1, en la parte que se refiere a la “anticoncepción de emergencia”. Ello, porque siguiendo la jurisprudencia reiterada de este Tribunal, “determinado que un determinado artículo es inconstitucional, igualmente lo son aquellas normas del mismo que se encuentran tan ligadas a aquél, que por sí solas carezcan de sentido, se tornen inoperantes o, dada la íntima conexión entre sí, se pueda presumir razonablemente que los órganos colegisladores no las hubieren aprobado” (sentencia de 28 de julio de 1998, núm. 276).

A su vez, el Tribunal Constitucional, en el considerando 70 aclara que:

La referida declaración, pronunciada en sede abstracta de constitucionalidad, tiene un efecto *erga omnes* que se desprende del inciso tercero del artículo 94 de la Constitución: “En el caso del núm. 16, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo”.

No escapa a la consideración de esta magistratura el impacto evidente que tal declaración de inconstitucionalidad con efectos generales está llamada a producir en una materia que, sin perjuicio de las consideraciones jurídicas contenidas en esta sentencia, tiene también connotaciones afectivas muy importantes para las personas, las que son, sin duda, plenamente respetables. No obstante, en la misma línea estrictamente jurídica que caracteriza a toda sentencia, es preciso recordar que “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo” (artículo 6º, inciso segundo, de la Constitución). Fluye de lo expuesto que tanto los órganos del Estado, como toda persona, institución o grupo se encuentran en el imperativo de acatar la decisión del Tribunal Constitucional, porque ha ejercido la tarea que el propio Constituyente le ha confiado de velar por la supremacía, sustantiva y formal, de la carta fundamental.

En merito de las consideraciones desarrolladas el Tribunal Constitucional resuelve acogiendo el requerimiento en los siguientes términos:

Que se acoge el requerimiento únicamente en cuanto se declara que la Sección C., acápite 3.3, “Anticoncepción Hormonal de Emergencia”, así como la Sección D., “Anticoncepción en Poblaciones Específicas”, acápite 1, sólo en la parte que se refiere a la “anticoncepción de emergencia”, de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que forman parte del Decreto Supremo núm. 48, de 2007, del Ministerio de Salud, son inconstitucionales.

2. *El derecho fundamental a la protección de la salud*

Sobre la materia, el Tribunal Constitucional ha pronunciado el año 2008, varias sentencias sobre el mecanismo de reajustabilidad de contratos de prestación de salud de Instituciones de salud privadas, que ha generado controversia pública.

El primer fallo que inaugura la línea jurisprudencial es la Sentencia Tribunal Constitucional núm. 976, de 26 de junio de 2008, en el cual se emiten importantes consideraciones jurídicas sobre la eficacia directa de las normas sobre derechos sociales y el efecto de irradiación de estas sobre los contratos privados de prestaciones de salud.

Así, el Tribunal Constitucional en el considerando 25, precisa:

Que, con sujeción al artículo 6o., inciso segundo, de la Constitución, todos los valores, principios y normas articulados en ella gozan de la supremacía que caracteriza a tal ordenamiento jurídico-político, rasgo del cual se sigue que ningún órgano estatal, persona, institución o grupo puede válidamente invocar otras disposiciones de ese texto, ni acudir a su contexto o espíritu para prescindir de tan importante obligación, reputarse eximido de acatarla o dejar de asumir los deberes inherentes a dicha supremacía.

El Tribunal en el considerando 26 determina:

Que la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica.

El Tribunal especifica en el considerando 27:

Que resulta ineludible desvanecer la tesis contraria a que los derechos sociales sean realmente tales, aseverando (como lo hace Francisco J. Laposta, *op. cit.*, pp. 304 y 305) que poner en duda su “practicabilidad” de realización, es una idea confusa, porque esa “reserva de lo posible” lleva a sostener que la Constitución ha de ser “desactivada”, a causa de la imposibilidad económica del Estado de darles satisfacción, convirtiendo así en virtuales las cláusulas fundamentales que aseguran su materialización”.

El Tribunal Constitucional entra luego al análisis específico del derecho a la salud, en su considerando 29, sostiene:

Que el derecho a la protección de la salud es de índole social, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica, habida consideración que la satisfacción de

tal exigencia representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado social en la democracia constitucional contemporánea.

El Tribunal recuerda que en materia de derechos fundamentales “la Constitución establece, en relación con ellos, un núcleo esencial, indisponible por el legislador”.

Que, [...] siendo la carta fundamental un sistema orgánico y coherente de valores, principios y normas, todos los cuales guardan entre sí correspondencia y armonía, excluyendo cualquiera interpretación que anule o prive de eficacia a algún precepto de ella, cabe insistir en que no sólo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares, aunque sea subsidiariamente, puesto que el Código Supremo asegura la intangibilidad de tales atributos en toda circunstancia, cualesquiera sean los sujetos que se hallen en la necesidad de infundir vigencia efectiva a lo proclamado en sus preceptos.

Ello se complementa con la consideración hecha en el considerando 35.

Que lo explicado en el considerando precedente resulta coherente con la fuerza normativa que singulariza la carta fundamental, característica conforme a la cual ésta se irradia al ordenamiento jurídico entero, al punto que ninguna de sus disposiciones puede quedar al margen de o en pugna con la supremacía que es propia de ella.

A su vez, el tribunal va concretizando el análisis para sostener en el considerando 36.

Que el deber de los particulares y de las instituciones privadas de respetar y promover el ejercicio de los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana en cuanto a su existencia y exigibilidad, se torna patente respecto de aquellos sujetos a los cuales la Constitución, como manifestación del principio de subsidiariedad, les ha reconocido y asegurado la facultad de participar en el proceso que infunde eficacia a los derechos que ella garantiza. Tal es, exactamente, lo que sucede con las Instituciones de Salud Previsional, en relación con el derecho de sus afiliados a gozar de las acciones destinadas a la protección de la salud, consagrado en el artículo 19, núm. 9, de la Constitución.

Por tanto, tales instituciones de salud previsional, según determina el considerando 37:

[...] tienen también asegurados sus derechos en la carta política, pero con idéntica certeza, ha de afirmarse que ellos se encuentran sometidos a los deberes correlativos, de los cuales resulta menester realzar aquí su contribución al bien común, haciendo cuanto esté a su alcance, dentro del ordenamiento jurídico, por materializar el goce del derecho a la protección de la salud. Consiguientemente, el desarrollo de sus actividades empresariales y el ejercicio del dominio sobre sus bienes, encuentran límites y obligaciones legítimas, impuestos por la ley en cumplimiento de lo previsto en la Carta Política a propósito de las exigencias derivadas de la función social de la propiedad. Precisamente, entre tales delimitaciones aparece, al tenor del artículo 19, núm. 24, inciso segundo, de la Constitución, cuanto exija la salubridad pública, es decir, lo que sea bueno para la salud de sus habitantes;

El Tribunal, como consecuencia de lo afirmado, explicita en el considerando núm. 39:

Que las normas que regulan el contrato de salud, sean legales o administrativas, deben ser interpretadas y aplicadas en términos de maximizar el disfrute real y pleno de los derechos que son consustanciales a la dignidad humana, entre ellos, el derecho social relativo a la protección de la salud, en los términos asegurados a todas las personas en el artículo 19, núm. 9, de la Constitución, precepto que se erige en base constitucional y de orden público que informa, con calidad de ineludible e inafectable, toda convención de esa índole.

El Tribunal precisa en el considerando 40 el carácter obligatorio de los particulares de respetar y promover los derechos esenciales en las relaciones convencionales entre privados, ya que lo contrario “implicaría admitir la posibilidad de que, invocando la autonomía de la voluntad, tales derechos y, a su vez, la dignidad de la persona, pudieran ser menoscabados o lesionados en su esencia, interpretación que, a la luz de lo ya explicado, se torna constitucionalmente insostenible”.

Tal perspectiva se refuerza sostiene el Tribunal en su considerando 41:

En los casos en los que la relación convencional entre sujetos de derecho privado halla reconocimiento o amparo constitucional, sea directo o indirecto pero inequívoco, como medio a través del cual uno de ellos, en cuan-

to manifestación del principio de subsidiariedad articulado en el Código Político, da satisfacción al ejercicio legítimo de derechos esenciales, en este caso de la contraparte, como sucede con el contrato de salud, celebrado entre una Institución de Salud Previsional y un particular determinado, respecto del atributo asegurado a este último en el artículo 19, núm. 9, inciso final, de la carta política.

Así, el tribunal concluye en su considerando 43o. que

El derecho a la protección de la salud, en los términos en que se encuentra plasmado en el artículo 19, núm. 9, de la carta fundamental, es, para estos efectos, la base constitucional y de orden público de todo contrato de salud, con plena vigencia en el contexto de dicha convención, razón por la cual ésta no puede incluir cláusulas que desconozcan o aminoren tales derechos.

El Tribunal Constitucional sostiene la base constitucional del contrato de salud con la consiguiente jerarquía constitucional y de orden público, lo que se incorpora a toda convención de dicha especie, siendo irrenunciable, lo que genera como efectos los siguientes, según determina el considerando 45:

A) Que la Constitución asegura a todas las personas, con certeza suma y legítima, el derecho a la protección de la salud a través de las acciones respectivas;

B) Que el Estado cautela el acceso libre e igualitario a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo;

C) Que al Estado le corresponde, además, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la protección de la salud;

D) Que es deber del Estado garantizar también la ejecución de tales acciones sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, y

E) Que cada cotizante puede elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado.

El considerando 46 determina que se sigue de lo razonado que:

La materialización, cabal y efectiva, del atributo aludido exige, entre otros deberes, la conducta diligente del Estado en la protección del acceso libre e igualitario de los cotizantes a las correspondientes acciones de salud, coordinándolas y controlándolas para que cumplan sus objetivos.

En la materia en análisis el Tribunal realza:

El derecho a elegir el sistema de salud público o privado a que decida acogerse el beneficiario correspondiente. Así es, pues debe tenerse presente que tanto uno como otro sistema se validan en la medida que subsista, durante el contrato, el derecho a la libre elección, sea para perseverar en él, ponerle término, cambiar de Isapre o trasladarse del sistema privado al público o viceversa.

En el marco de los principios y consideraciones jurídicas expuestas, considera la cuestión que le ha sido planteada por la parte requirente que es la declaración de inaplicable el artículo 38 ter de la Ley 18.933, en la gestión pendiente invocada, en cuanto dispone:

- A) Que su Institución de Salud Previsional pueda fijar el costo del plan de salud conforme a la tabla de factores incorporada a su contrato de salud, la cual considera dos rubros: edad y sexo; y
- B) Que su Institución de Salud Previsional esté habilitada para determinar unilateralmente los factores de cada tabla, sin tener otros límites que aquellos que se contemplan en el inciso tercero del precepto legal impugnado y que, en la especie, han permitido a esa Institución que la tabla de factores incorporada a su contrato de salud contemple una diferencia entre el factor menor y el mayor de 4,5 veces, contexto en el cual, al cumplir 60 años de edad, haya aumentado desproporcionadamente a su respecto el factor que le ha sido aplicado, elevándose de 3,0 a 3,5. En la práctica, esta facultad de la Isapre requerida se ha traducido en que el costo del plan de la accionante aumente, desde 7,4 a 9,4 UF mensuales, sin que ello implique mayores o mejores beneficios en la protección de su salud.

El Tribunal en su considerando 52 considera que:

Estando basada la estructura de la tabla de factores en criterios objetivos y de común o general vigencia, la diferencia que ella importa en sí, por los rangos de edad que establece, no puede ser calificada por esta magistratura como carente de razonabilidad, infundada o arbitraria. En esa medida, la alegación de la requirente dirigida en contra del precepto legal impugnado en cuanto, en el caso sub lite, autoriza a su Institución de Salud Provisio-

nal para aplicar la tabla de factores, a los efectos de determinar el valor de su plan de salud, debe ser rechazada y así será declarado.

El Tribunal Constitucional pasa luego a considerar el valor jurídico de los factores de la tabla aplicables a los contratos de salud.

En tal perspectiva, el Tribunal constitucional recuerda:

Que el efecto de irradiación del texto, contexto y espíritu de la Constitución en el contrato celebrado entre la requirente y requerida en el caso concreto y singular sub lite significa que, tanto las normas legales como las administrativas o las estipulaciones contractuales, tienen que ser interpretadas y llevadas a la práctica en armonía con el reconocimiento y tutela del derecho a la protección de la salud, asegurado en aquélla.

Luego precisa en el considerando 57:

Que toda facultad que por ley se otorgue a las Isapres de fijar libre o discrecionalmente un factor para incorporarlo a dichas contrataciones debe suponerse siempre limitada por los valores, principios y disposiciones constitucionales, deducción lógica que, si fuera desconocida o ignorada, sería equivalente a quebrantar el valor de la supremacía que singulariza a la Constitución.

El Tribunal establece en el considerando 58 que:

el examen de constitucionalidad de la atribución que el artículo 38 ter, en relación con el artículo 2, ambos de la misma Ley núm. 18.933, otorgan a la Isapre requerida para establecer, libremente, los factores de la tabla aplicable a la requirente, debe constatar si se respetan las exigencias de orden público contenidas en el artículo 19, núm. 9, del Código Político, pues en el evento contrario cabe pronunciar su inaplicabilidad para el caso concreto y singular de autos.

En tal perspectiva, el tribunal precisa el sentido y alcance del derecho a la libre elección del sistema de salud de la requirente establecido constitucionalmente, determinando que la Isapre al tener la obligación de respetar dicho derecho del afiliado, “implica que, durante la vigencia del contrato pertinente, el afiliado no sufra cambios unilateralmente decididos en las estipulaciones pactadas, al punto que impi-

dan al cotizante perseverar en él, darle término, optar por otra Isapre o trasladarse de sistema.

El Tribunal Constitucional considera en el considerando 61 que:

la evolución de los factores de edad y sexo en el ciclo vital de la requirente, consultada en la tabla incorporada a su contrato de salud representa una diferencia que, si bien está justificada en cuanto a su existencia en condiciones objetivas y generales de riesgo, no lo está en lo relativo a su magnitud, la que oscila desde el factor 1,00 al factor 4,00, facultando así a la Isapre para cuadruplicar el valor del plan de salud pertinente. Esta circunstancia, al cumplir la requirente sesenta años de edad, le ha irrogado un alza del factor 3,00 a 3,50 y el aumento, ya señalado, del precio base de su plan de salud. Deviene insostenible, en consecuencia, argumentar que, en la especie, haya sido respetada la proporcionalidad de las prestaciones que exige un contrato válidamente celebrado. Este, por mandato de la Constitución y con sujeción a lo ya demostrado, debe siempre tender a maximizar el goce del derecho a la protección de la salud y no a dejarlo sin vigencia efectiva, *vgr.*, al impedir que el cotizante mantenga el régimen privado de atención al cual había resuelto acogerse.

Por lo cual el Tribunal Constitucional determina en el considerando 62:

que, en el caso concreto y singular sub lite, al no estar justificada la magnitud de la diferencia resultante de la aplicación de los factores asignados a la tabla, incorporada al contrato de salud de la requirente de autos, en función del rol que han de servir las Instituciones de Salud Previsional, debe concluirse que se trata de una facultad cuyo ejercicio permite incurrir en discriminación infundada o distinción carente de justificación razonable y, en esa medida, arbitraria. Aunque amparada en el texto del precepto legal impugnado en esta litis precisa, se torna evidente que tal disposición lesiona la esencia de la igualdad entre las partes asegurada por el artículo 19, núm. 2, de la Constitución.

Además, el Tribunal resuelve que:

es también base constitucional y de orden público del contrato de salud la prevista en el artículo 19, núm. 9, de la carta política, cuyo inciso final reconoce el derecho de la requirente a elegir el sistema de salud al que desea acogerse. Acorde con la idea de sistema coherente de valores, principios y preceptos ya expuesta, deviene irrefutable que todas las cláusulas del refe-

ruido contrato deben orientarse a materializar el goce real y legítimo de dicho derecho, más todavía si el afiliado envejece y, a raíz de ello, sube considerablemente el factor respectivo, lo cual repercute en el mayor costo de su plan de salud. Con ello, lejos de permitir el acceso a las prestaciones correlativas, las dificulta y, en el caso extremo, cuando el afiliado, no puede seguir pagando el nuevo costo del plan, cual sucede en la causa aquí decidida, queda obligado a abandonar el sistema privado de salud que había escogido para incorporarse al equivalente público. Obviamente, el hecho descrito significa que el afectado se halla impedido de ejercer tales derechos, a pesar de estarle asegurados por la Constitución en cualquier tiempo y circunstancia.

3. *El derecho a la jurisdicción o tutela judicial efectiva*

En este ámbito consideraremos dos sentencias de Tribunal Constitucional, la primera que impugna la aplicación de algunos preceptos del nuevo Código Procesal Penal, en cuanto al rol jugado por el fiscal en formalización de investigación desarrollada por una querrela del ofendido; la segunda, referente a la cláusula *solve y repete*, como un obstáculo al ejercicio del derecho a la tutela judicial.

A. *El derecho a la jurisdicción y la discrecionalidad del Ministerio Público para formalizar la investigación criminal*

En el caso del procedimiento penal, el Tribunal Constitucional se pronuncia mediante Sentencia núm. 815, de catorce de agosto de dos mil ocho.

El precepto legal impugnado es aquel que posibilita que el fiscal pueda formalizar la investigación criminal discrecionalmente. La norma impugnada dispone: “artículo 230. Oportunidad de la formalización de la investigación. El fiscal podrá formalizar la investigación cuando considerare oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial”.

Se trata de una querrela criminal interpuesta el 2 de febrero de 2005, por el requirente Patricio Meneses Farías, por el delito de falsificación de instrumento privado contemplado en el artículo 197, inciso segundo, del

Código Penal, la cual fue declarada admisible por el juez de Garantía de San Fernando. Posteriormente, el 7 de junio de 2005, el fiscal adjunto de la Fiscalía de San Fernando solicitó el sobreseimiento definitivo de la causa no formalizada, ya que se habría cerrado la investigación sin reunir los antecedentes necesarios para perseverar en la persecución penal. El querellante, a su vez, el 24 de junio de 2005, expresó que la fiscalía no habría efectuado la investigación pertinente, dejándolo en indefensión, por lo que solicitó un nuevo plazo para agotar diligencias. Con fecha 29 de junio de 2005 se lleva a cabo la audiencia de sobreseimiento en la cual el Ministerio Público insistió en que, dados los antecedentes de la investigación, cabía el sobreseimiento definitivo.

Ante tal situación, el tribunal resolvió fijar una nueva audiencia para discutir el sobreseimiento y para debatir las demás acciones que quedaban pendientes, la que se realizó el 12 de agosto de 2005 y, a resultas de lo allí expuesto y confrontado, el tribunal resolvió, en primer lugar, no dar lugar a la ejecución de ciertas diligencias de investigación solicitadas, desestimando la reapertura de la investigación; en segundo lugar, ya que del mérito de los antecedentes no se desprendía que existieran datos que justificaran la existencia de algún delito, resolvió acoger la petición del Ministerio Público y sobreseer definitivamente la causa y, finalmente, condenó en costas a la querellante solidariamente con su abogado defensor. Tal resolución del juez de Garantía de San Fernando fue apelada por el querellante con fecha 17 de agosto de 2005.

La Corte de Apelaciones de Rancagua, con fecha 9 de septiembre de 2005, conociendo de la apelación, resolvió: hacer lugar a la solicitud de diligencias planteadas por el querellante, ordenado al Ministerio Público reabrir la investigación para practicarlas dentro de 60 días, y rechazó el sobreseimiento definitivo y consecucionalmente la condena en costas, fundado en que no procede solicitarse el sobreseimiento en un proceso que no ha sido formalizado.

A raíz de la resolución de la Corte de Apelaciones de Rancagua, con fecha 10. de julio de 2006 el querellante solicitó al Juzgado de Garantía de San Fernando audiencia para la formalización de cargos por parte del Ministerio Público.

En la audiencia de 16 de noviembre, el juez de Garantía de San Fernando señaló que “si el Ministerio Público no encuentra en este momento antecedentes suficientes para formalizar por delito alguno, las cosas en

ese estado deben permanecer”, añadiendo que “la acción no puede estar restringida a lo que señala el querellante (...) pero en definitiva el motor de la investigación penal la tiene el Ministerio Público”, resolución que fue apelada por el querellante el 21 de noviembre de 2006. La Corte de Apelaciones de Rancagua en sentencia del 4 de enero de 2007 confirmó esta vez la resolución dictada por el juez de Garantía de San Fernando.

El Tribunal Constitucional en su considerando 9 determina:

Que las Constituciones europeas consagran derechamente el derecho fundamental de toda persona a la tutela judicial efectiva de sus intereses y derechos, [...]

En un Estado que proclama como valor fundamental que los seres humanos “nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, además de manifestar que en Chile las personas son iguales ante la ley, sin que existan privilegios de ninguna especie. Es por ello que la Constitución, más allá de las normas citadas de su texto, reconoce de manera expresa el conjunto valórico normativo que configura la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las personas, declarando también que los derechos fundamentales deben ser respetados y promovidos por todos los órganos del Estado, incluido especialmente el Ministerio Público, según se desprende de los artículos 1, 5, 6 y 19, números 2, 3 y 26, de la carta fundamental.

En este sentido, este derecho fundamental, que incluye entre sus elementos esenciales el acceso a la jurisdicción, es definido por los especialistas como “aquel que tiene toda persona a obtener tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos ante el juez ordinario predeterminado por la ley y a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión” (Gregorio Cámara Villar, en Balaguer Callejón, Francisco *et al.*, *Derecho constitucional*, t. II, p. 215, Madrid, Tecnos, 2005). Este derecho incluye el libre acceso a la jurisdicción, el derecho a obtener una resolución acerca de la pretensión deducida, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, la interdicción de la indefensión y el derecho al debido proceso, con la plena eficacia de todas las garantías que le son propias.

El Tribunal Constitucional determina que dicho derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra también en la Constitución chilena, según determina en el considerando 10:

Que nuestra Constitución consagra, sin denominarlo así, el invocado derecho a la tutela judicial efectiva, en el inciso primero del artículo 19, numeral 3, y en las normas que lo complementan, al reconocerse con fuerza normativa, que todas las personas son iguales en el ejercicio de los derechos, lo que comprende, en nuestro medio, su igualdad de posibilidades ante los órganos jurisdiccionales, incluyendo, en primer término, el derecho a la acción, sin el cual quedaría amenazado e incompleto.

En efecto, el primer inciso del numeral 3 del artículo 19 lo reconoce en forma expresa, correspondiendo su titularidad a la persona como sujeto legitimado para su ejercicio, el que está contemplado en una norma autosuficiente y autoejecutiva.

Como complemento necesario, los incisos siguientes establecen garantías normativas del mismo, consistentes en la legalidad del tribunal y del proceso, además del parámetro de densidad material mínima de dichas normas legales, consistentes en las garantías del racional y justo procedimiento, a lo cual se le sumó la investigación, fijan el límite a la autonomía del legislador, a la hora de establecer el marco regulatorio del proceso jurisdiccional, como forma de solución del conflicto y de los actos necesarios para abrirlo, sustanciarlo y cerrarlo.

Debemos reafirmar entonces que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene una doble dimensión, por una parte adjetiva, respecto de los otros derechos e intereses, y por la otra, sustantiva, pues es en sí mismo un derecho fundamental autónomo, que tiene por finalidad que las personas accedan al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos, lo que resulta un presupuesto mínimo de todo Estado de derecho.

El Tribunal Constitucional precisa en el considerando 11 que el reconocimiento constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, implica tener en cuenta dos elementos complementarios e interrelacionados:

El derecho a la acción, de configuración constitucional autoejecutiva y el derecho a la apertura y posterior sustanciación del proceso, cuyo ejercicio será regulado por la determinación legal de las normas del procedimiento y de la investigación, esta última realizada privativa y exclusivamente por el Ministerio Público. Cabe resaltar que dichas normas legales son las que satisfacen los parámetros constitucionales de racionalidad y justicia.

El Tribunal Constitucional precisa que:

Debe tenerse especialmente presente que al legislador le está vedado establecer condiciones o requisitos que impidan o limiten el libre ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción o lo dejen condicionado a la voluntad de otro de los intervinientes, ya que si así lo hiciere, incurre en infracción a la normativa constitucional básica que le da forma al derecho, porque contraviene lo establecido en el numeral 26 del artículo 19.

Resulta de toda obviedad que este espectro de derechos básicos ha de alcanzar también, e igualmente, a los actos preparatorios de carácter previo al acceso al tribunal competente, y en concreto, a la etapa de investigación prevista en el nuevo proceso penal, más aún si la carta fundamental ordena que la investigación resultante deba ser racional y justa.

La negación, o simplemente la excesiva limitación, de lo expresado en los dos párrafos anteriores lleva, necesaria e indefectiblemente a la frustración de la tutela y a la carencia de la garantía jurisdiccional de todo derecho o interés, lo que es particularmente grave en materia penal. Ello constituye la negación misma del derecho a la tutela judicial efectiva, y como si ello no fuere ya paradójal, la propia Constitución ha contemplado el derecho a defensa jurídica, que debe ser entendido en sentido amplio, no sólo para el imputado sino también para el ofendido, ya que al ser conceptualizado como garantía de la igualdad en el ejercicio de los derechos, debe entenderse como defensa de todo interés reclamable ante el órgano jurisdiccional por los intervinientes, como única forma de dar eficacia a dicha igualdad en su ejercicio.

En este caso el Ministerio Público al negarse a formalizar sin emitir resolución alguna, impide el control jurisdiccional de sus actuaciones, única sede en la cual la víctima puede encontrar amparados sus derechos. Al efecto, el Tribunal sostiene en su considerando 35 que “entre los efectos de la formalización, el artículo 233 del Código Procesal Penal establece que “suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal”. Como consecuencia, el hecho de no formalizar la investigación impide absolutamente al querellante obtener algún resultado con el ejercicio de la acción penal, pues nunca habrá etapa de investigación y nunca además llegará a juicio oral, por lo que no se podrá lograr el derecho al proceso ni tampoco habrá investigación racional y justa, al punto que incluso en contra de su voluntad procesal la acción puede prescribir.

En este sentido, la norma del Código que debiera ser entendida como el contrapeso a dicha situación fáctica es el artículo 186 del mismo, en tanto expresa que:

Cualquier persona que se considerare afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación”; sin embargo, la norma no aclara si se refiere sólo al imputado o también al querellante, lo que es discutido por la doctrina. De la misma forma que una lectura detenida permite ver que se “faculta” al juez, es decir, al usar la expresión “podrá”, parece ser que el juez no está obligado a fijar plazo para formalizar ni tampoco a solicitar la información, con lo cual si cree que no hay mérito para ello podría resolver sencillamente “no ha lugar”. Por otra parte, el qué ha de entenderse por “afectada por una investigación” no aparece definido, y es un concepto bastante vago al no referirse de forma clara al objeto de la afectación ni al titular de la misma. Además de ello, la norma en comento no contiene sanciones específicas para el caso del incumplimiento del plazo que eventualmente fije el juez, especialmente teniendo en cuenta que la regla de la preclusión del artículo 17 de Código se establece para los plazos legales establecidos dentro de dicho cuerpo legal, mas no para los plazos judiciales.

El Tribunal Constitucional considera en su considerando 36, que la argumentación del Ministerio Público:

en orden a que el querellante puede incluso forzar la acusación y así el juicio oral en los términos del artículo 258 del Código, debe ser descartada, pues resulta de toda evidencia y de mínima lógica elemental que para llegar a la etapa de cierre de investigación y posterior acusación, el nuevo proceso penal requiere de una investigación formalizada, por lo que si hay una negativa sistemática a formalizar, ello nunca podrá ocurrir.

Si el ofendido está reconocido como titular de la acción penal pública por el artículo 83 de la Constitución, lo cual se ha concebido para que ello tenga efectos en el proceso penal, debe abrirse la opción procesal para ello, por lo que la obligación de investigar del Ministerio Público, sin que lleve consigo la de formalizar, cuando la víctima desea proseguir con el proceso penal no es conciliable con el derecho a la tutela judicial efec-

tiva, ya que ello implica una denegación de esta tutela judicial efectiva al impedir el acceso al proceso.

Así el Tribunal Constitucional en su considerando 41 determina que:

la obligación de investigar, entendida como carente de la obligación de formalizar cuando la víctima desea proseguir con el proceso penal, no es conciliable con el derecho a la tutela judicial efectiva, pues significa la denegación de la misma al impedir el acceso al proceso, lo que es particularmente grave cuando la propia resolución judicial que no le da lugar al forzamiento de la formalización reconoce este razonamiento (considerando 11 de la resolución de fecha 4 de enero de 2007, de la Corte de Apelaciones de Rancagua).

El Tribunal Constitucional acoge el requerimiento, considerando que una aplicación de lo dispuesto en la norma cuestionada, en el sentido de hacer equivalente el poder de los fiscales del Ministerio Público para formalizar la investigación a ejercer tal facultad de forma discrecional en términos de no practicarla y, por otra parte, no ponerle término por alguno de los medios legales, hasta la fecha de prescripción del delito, existiendo el ejercicio de la acción penal por parte del querellante, produce efectos contrarios a la carta fundamental, por contravenir los artículos 19 núm. 3, en relación con los artículos 1, 5, 6, 7, 19 núm. 26 y 83 de la Constitución. El Tribunal Constitucional así lo determina en su considerando 42:

Que de todo lo considerado precedentemente surge nítidamente que, en su conjunto, la preceptiva legal que limita el acceso a la jurisdicción resulta contraria a la carta fundamental, sin embargo, en esta oportunidad, limitado por el marco de la competencia específica, este Tribunal sólo podrá decidir que la aplicación del impugnado artículo 230 del Código Procesal Penal al caso concreto produce un resultado contrario a la Constitución, en específico al numeral 3 de su artículo 19 y a su artículo 83, además de sus artículos 1, 5, 6, 7 y 19, número 26, lo que conduce a concluir que si la acción que se contiene en la querrela debe contar con la voluntad del Ministerio Público para que tenga efectos, no responde a los principios procesales sobre la investigación de un hecho punible que afecta a la víctima para lograr que la justicia abra proceso y resuelva, en el marco del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.

El Tribunal Constitucional resuelve:

Que se acoge el requerimiento de fojas 1 sólo en cuanto se decide que una aplicación de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 230 del Código Procesal Penal en el sentido que haga equivalente el poder de los fiscales para formalizar la investigación a ejercer dicha facultad de manera discrecional en términos de no practicarla y, por otra parte, no ponerle término por alguno de los medios legales, hasta la fecha de prescripción del delito, existiendo ejercicio de la acción penal por parte del querellante, produce efectos contrarios a la Constitución. En consecuencia, el precepto legal no puede aplicarse con ese alcance en el caso en que incide el presente requerimiento.

La sentencia del Tribunal Constitucional es muy importante ya que revitaliza la función de la víctima y de los ofendidos que actúen como querellantes en el nuevo proceso penal.

B. *Solve y repete vs. derecho a la jurisdicción*

En diversas sentencias el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la institución del *solve y repete* como un obstáculo al ejercicio del derecho a la jurisdicción. El primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la materia se realizó por sentencia núm. 946 de 1o. de julio de 2008.

En este caso, el actor en el requerimiento precisa que, el 17 de agosto de 2007, su representada ingresó a distribución computacional ante la Corte de Apelaciones de Santiago una demanda ordinaria laboral de reclamo de multa administrativa aplicada por la Dirección del Trabajo de la Región Metropolitana. Agrega que la providencia dictada por el juez competente, con fecha 31 de agosto de 2007, respecto del aludido reclamo, es del siguiente tenor: “Previo a resolver, acompáñese comprobante de consignación del tercio de la multa”. Esa resolución, según él indica, se ampara en lo dispuesto en la norma legal impugnada, el artículo 474 del Código del Trabajo que dispone:

La resolución que aplique la multa administrativa será reclamable ante el Juez de Letras del Trabajo, dentro de quince días de notificada por un funcionario de la Dirección del Trabajo o de Carabineros de Chile, previa consignación de la tercera parte de la multa”.

El requirente expresa que la aplicación de la exigencia que establece dicho precepto legal para poder reclamar judicialmente de la sanción administrativa impuesta a su representada en el caso sublite, por parte de la Dirección del Trabajo de la Región Metropolitana, sería contraria al artículo 19, núm. 3, inciso primero, de la Constitución Política, el cual, al asegurar a toda persona “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, consagra y garantiza el denominado “Derecho a la Acción” y, a su vez, constituye una aplicación del derecho de igualdad ante la ley previsto en el numeral 2 del mismo artículo 19 mencionado.

El Tribunal Constitucional al conocer del asunto, primero precisa la naturaleza jurídica de la regla *solve y repete*, en su considerando 20:

Que la regla *solve et repete* ha sido calificada por la doctrina nacional, junto a la inembargabilidad de los bienes públicos y las vías especiales de ejecución de sentencias condenatorias contra órganos de la Administración, como un privilegio procesal que implica un condicionamiento de la admisibilidad de los reclamos administrativos o las acciones contencioso-administrativas en contra de multas u otras obligaciones dinerarias declaradas a favor de la Administración, al pago previo de éstas o de una fracción de ellas, por parte del particular afectado, tratándose, en el fondo, de una limitación material a los particulares al acceso a la jurisdicción, fundada en la rigurosidad en el uso de las vías procedimentales de reclamo contra la Administración.

El Tribunal Constitucional tiene presente que dicha norma jurídica ya ha sido eliminada del ordenamiento jurídico, lo cual no se afecta por el hecho de que por la Ley 20.087 de enero de 2006, el nuevo procedimiento laboral que debió entrar en vigencia 1o. de marzo de 2007, fue modificado por la Ley núm. 20.252, en su artículo 8 que estableció que las modificaciones al Código del Trabajo comenzarían a regir en el país con una determinada gradualidad para las diversas regiones del país: Regiones III y XII, el 31 de marzo de 2008; Regiones I, IV, V y XIV, el 31 de octubre de 2008; Regiones II, VI, VII y VIII, el 30 de abril de 2009; Región Metropolitana, el 31 de agosto de 2009, y Regiones IX, X, XI y XV, el 30 de octubre de 2009.

El Tribunal Constitucional en el considerando 32 precisa que esta magistratura ha sostenido:

En forma invariable, que el derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, que asegura el artículo 19, núm. 3, inciso primero, de la Constitución, como principio esencial, junto a los derechos asegurados en los incisos siguientes, deben ser interpretados con “el propósito de infundir la mayor eficacia, que sea razonable o legítima, a lo asegurado por el Poder Constituyente a las personas naturales y jurídicas, sin discriminación, porque eso es cumplir lo mandado en tal principio, así como en otros de semejante trascendencia, por ejemplo, los proclamados en los artículos 1, 6 y 7 del Código Supremo”, regla de hermenéutica que ha llevado a esta magistratura a sostener que, “sustantiva y procesalmente, el artículo 19 núm. 3 de la Constitución tiene que ser entendido y aplicado con significado amplio y no estricto ni restrictivo”, por lo que tanto la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos fundamentales, como las concreciones de ese principio que aparecen en los incisos siguientes del mismo numeral, “deben ser entendidas en su acepción amplia, sin reducir las por efecto de interpretaciones exegéticas, o sobre la base de distinciones ajenas al espíritu garantista de los derechos esenciales que se halla, nítida y reiteradamente, proclamado en la carta fundamental...” (núm. 437).

A su vez, el Tribunal determina en el considerando 33 que:

[...] ha reafirmado que el derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos o, como lo denomina el requiriente en estos autos, “derecho a la Acción”, también conocido en la doctrina moderna como derecho a la tutela judicial, es uno de los derechos asegurados por el núm. 3 del artículo 19 de la Constitución, pues, aunque no esté designado expresamente en su texto escrito, carecería de sentido que la carta fundamental se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por el juez natural, el derecho a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho de toda persona a ser juzgado, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez, sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente. Aún más, negar, condicionar o poner en duda la existencia de este derecho como uno de aquellos esenciales que emanan de la naturaleza humana, significaría desconocer la vigencia misma de todos los demás derechos de las personas y sostener la más completa inutilidad de las leyes y de las magistraturas encargadas de velar por su acatamiento y aplicación, invitando, de paso, al regreso a la autotutela.

El Tribunal Constitucional recuerda, en su considerando 34, que la Constitución asegura el derecho a reclamo judicial de los actos de la administración, en forma concordante con el derecho de acceso a la jurisdicción del artículo 19 núm. 3 de la Constitución, en el artículo 38, inciso segundo, el derecho de cualquier persona lesionada en sus derechos por la Administración, a reclamar ante los tribunales que determine la ley.

En el mismo sentido, el tribunal precisa en su considerando 35 que la Constitución asegura el contenido esencial de los derechos:

El núm. 26 del artículo 19 de la Constitución asegura el libre ejercicio de los derechos constitucionales al consagrar la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

El Tribunal razona en el considerando 36, en el sentido de la existencia de dos derechos constitucionales eventualmente afectados por el precepto legal cuestionado:

El derecho de acceso a la justicia o derecho a la tutela judicial, asegurado de manera general por el núm. 3 del artículo 19 de la Constitución, y el derecho a reclamar a la justicia contra los actos de la Administración, consagrado en especial con relación a los actos administrativos, en el artículo 38 de la misma carta.

El Tribunal Constitucional hace una interesante precisión en el considerando 45 precisando que:

[...] para aplicar los principios examinados en los considerandos precedentes al caso concreto sublite, debe tenerse especialmente presente la precisión formulada en sentencia recaída en el núm. 280, en cuanto: estos supuestos deben ser aplicados, en todo caso, con la confluencia de dos elementos irrenunciables. En primer lugar, el momento histórico de cada situación concreta, por el carácter evolutivo del contenido esencial del derecho; y luego, las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, lo que alude a determinar el sistema de límites del ordenamiento jurídico general y cómo juega en ella el derecho y la limitación.

Así el Tribunal Constitucional llega a la conclusión, en el considerando 46, de que:

En el actual estado de desarrollo del derecho nacional e interpretando la garantía constitucional de acceso a la justicia con un criterio finalista, amplio y garantista, la limitación al derecho a la tutela judicial que impone el precepto legal impugnado aparece despojada de la razonabilidad y justificación que precisaría para ser aceptada como constitucionalmente admisible a la luz de lo dispuesto en el núm. 26 del artículo 19 de la carta y, en consecuencia, su aplicación en el caso sublite deberá ser estimada como contraria a la Constitución, y así se declarará.

C. Potestad jurisdiccional, legalidad del tribunal, delegación de funciones jurisdiccionales.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 472 de treinta de agosto de dos mil seis. En la misma línea fue luego dictado el fallo núm. 681 de marzo de 2007. Dichas sentencias tienen una gran importancia, ya que son un antecedente de trascendencia para acelerar la dictación de la ley que creó los tribunales tributarios en 2008.

Que el precepto legal que se solicita declarar inaplicable por inconstitucionalidad, se encuentra ubicado en el título “De los Tribunales”, correspondiente al Libro III de ese cuerpo legal, el cual dispone que: “El Director regional podrá autorizar a funcionarios del Servicio para conocer y fallar reclamaciones y denuncias obrando por orden del director regional”.

Con fecha 23 de marzo de 2006, el abogado Eduardo Zarhi Hasbún, en representación de don Rafael Selume Sacaan, interpone un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 116 del Código Tributario, puesto que, según señala, contraviene los artículos 6, 7, 19 núm. 3, inciso cuarto, 38 inciso 2, 76 y 77 de la Constitución Política.

La causa en que recae el requerimiento es el recurso de apelación de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol núm. 49852002, en contra de la sentencia de 23 de mayo de 2003, dictada por el Juez Tributario de la XIII Dirección Regional Metropolitana de Santiago Centro del Servicio de Impuestos Internos, que falló el procedimiento de reclamación en contra de las liquidaciones de impuestos núms. 3825 a 3841.

En lo que se refiere a la vulneración de los artículos 6 y 7 de la carta fundamental, el requirente sostiene que el director regional del Servicio de Impuestos Internos, en la jurisdicción correspondiente a su territorio, está facultado para resolver las reclamaciones deducidas por los contribuyentes y las denuncias por infracciones tributarias, salvo que expresamente se haya establecido una regla diversa. Así se desprende de lo preceptuado en los artículos 6 letra B, numeral 6 y 115 del Código Tributario, como de lo señalado en el artículo 19 letra b) del D.F.L. Núm. 7, de 1980, Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos.

Agrega que, de esta forma, los directores regionales de ese Servicio están dotados de jurisdicción para conocer y resolver los conflictos jurídicos que se susciten entre los contribuyentes y el Servicio de Impuestos Internos revistiendo el carácter de un “tribunal o juez”, lo que se ve confirmado por la ubicación del aludido artículo 115 del Código Tributario dentro del título denominado “De los Tribunales” correspondiente al Libro Tercero de dicho cuerpo legal.

Añade que las facultades jurisdiccionales conferidas a los directores regionales del Servicio de Impuestos Internos son “exclusivas e inherentes a su función”, por lo que una delegación de las mismas, en los términos previstos en el artículo 116 del Código Tributario, vulneraría los artículos 6 y 7 de la Constitución que consagran la primacía o superioridad de la carta fundamental en nuestro ordenamiento jurídico.

Específicamente, estas normas exigen que los órganos del Estado sometan su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, que actúen válidamente, previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

En lo relativo a la vulneración del denominado “principio de legalidad del tribunal” consagrado en los artículos 19 núm. 3 inciso 4, 38 inciso 2, 76 y 77 de la Constitución, el requirente aduce que de ellos se desprende que la ley es la única que puede establecer las calidades que debe tener la persona que ha de desempeñarse como juez, lo que otorga una singular garantía política de seguridad jurídica. En la especie se habría infringido este principio, debido a que la sentencia de 23 de mayo de 2003, expedida por el Juez Tributario de la XIII Dirección Regional Metropolitana del Servicio de Impuestos Internos, contra la cual se recurrió de apelación ante la Corte de Apelaciones de Santiago, deja expresa constancia que ha sido dictada por Herman Tapia Canales, en su calidad de “Juez

Tributario”, en virtud de la Resolución Exenta núm. 135, publicada en el *Diario Oficial* del 30 de noviembre de 1998. De esta forma, una decisión de carácter administrativo —y no una ley sería la fuente jurídica inmediata que ha investido con la calidad de juez a un funcionario adscrito a la administración del Estado—.

Agrega que quien ejerza jurisdicción no siendo un órgano establecido por la ley, no sólo vulnera el principio de legalidad sino que, además, la garantía individual del debido proceso.

El Servicio de Impuestos Internos señala que no hay delegación de jurisdicción, por parte del director regional, en los funcionarios que él designa, sino que es el propio artículo 116 del Código Tributario, el que crea tales tribunales. Afirma que el director regional sólo hace operativa la ley para que el tribunal establecido en ella ejerza sus propias funciones jurisdiccionales.

Como consecuencia de lo señalado, el Servicio de Impuestos Internos sostiene que, en la especie, no se infringe la exigencia constitucional del debido proceso, ya que la ley tributaria ha creado un tribunal y un procedimiento, ambos con el carácter de especial. Por su parte, ha sido el mismo legislador quien ha señalado la forma de establecer la persona que se desempeñará como juez haciendo presente, al mismo tiempo, que en muchas oportunidades los Tribunales Superiores de Justicia han confirmado o revocado sentencias de funcionarios del Servicio de Impuestos Internos, designados jueces por el director regional al amparo de la legislación vigente. A lo anterior añade ejemplos de causas en las que la Corte Suprema desestimó la inaplicabilidad del artículo 116 del Código Tributario.

Por último, el Servicio de Impuestos Internos se hace cargo del argumento esgrimido por el requirente en el sentido de que habría operado la derogación tácita del aludido artículo 116 del Código Tributario por estar contenida en una norma legal anterior a la vigencia de la Constitución que estableció reglas que se oponen a él. Al efecto invoca jurisprudencia emanada de este Tribunal, según la cual sólo podría concluirse que las normas del Código Tributario, en cuanto leyes de la República, tendrían plena vigencia, mientras no operara respecto de ellas la derogación expresa.

Así, el Servicio de Impuestos Internos solicita el rechazo del requerimiento de inaplicabilidad, por no existir vulneración de precepto constitucional alguno.

Décimocuarto: Que, en este sentido, debe recordarse que el legislador otorgó competencia a los directores regionales del Servicio de Impuestos Internos para conocer y fallar las reclamaciones y denuncias que los contribuyentes puedan efectuar en relación con las liquidaciones de impuestos que se les formulen.

El artículo 6 letra B, numeral 6 del Código Tributario consagra esta facultad en los siguientes términos: “Dentro de las facultades que las leyes confieren al Servicio, corresponden: B.A. Los directores regionales en la jurisdicción de su territorio: núm. 6 Resolver las reclamaciones que presenten los contribuyentes, de conformidad a las normas del Libro Tercero”.

A su turno, el artículo 115 del mismo Código precisa:

El director regional conocerá en primera o en única instancia, según proceda, de las reclamaciones deducidas por los contribuyentes y de las denuncias por infracción a las disposiciones tributarias, salvo que expresamente se haya establecido una regla diversa.

Será competente para conocer de las reclamaciones el director regional de la unidad del Servicio que emitió la liquidación o el giro o que dictó la resolución en contra de la cual se reclame, en el caso de reclamaciones en contra del pago, será competente el director regional de la unidad que emitió el giro al cual corresponda el pago. Si las liquidaciones, giros o resoluciones fueren emitidos por unidades de la dirección nacional, o el pago correspondiere a giros efectuados por estas mismas unidades, la reclamación deberá presentarse ante el director regional en cuyo territorio tenga su domicilio el contribuyente que reclame al momento de ser notificado de revisión, de citación, de liquidación o de giro.

El conocimiento de las infracciones a las normas tributarias y la aplicación de las sanciones pecuniarias por tales infracciones, corresponderá al director regional que tenga competencia en el territorio donde tiene su domicilio el infractor.

Por su parte, el artículo 19 del D.F.L. núm. 7, de 1980, Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, indica, en su letra b), que: “Le corresponde a los directores regionales dentro de sus respectivas jurisdicciones: b) Resolver las reclamaciones tributarias que presenten los con-

tribuyentes y las denuncias por infracción a las leyes tributarias, en conformidad al Libro III del Código Tributario y a las instrucciones del Director”.

El Tribunal Constitucional conociendo sobre los aspectos sustantivos del requerimiento, en el considerando 15 de la sentencia, precisa que:

Los directores regionales del Servicio de Impuestos Internos, al conocer y resolver, en primera o en única instancia, conflictos jurídicos derivados de las reclamaciones deducidas por los contribuyentes y de las denuncias por infracción a las disposiciones tributarias, actúan como tribunales en ejercicio de la jurisdicción que la ley les ha confiado. Asimismo, cabe tener en cuenta que, de conformidad con el artículo 120 del Código Tributario, las cortes de apelaciones conocen en segunda instancia de los recursos de apelación que se deduzcan contra las resoluciones de los directores regionales, en los casos en que ellos sean procedentes.

En consecuencia, en el ejercicio de la aludida función jurisdiccional, los directores regionales del Servicio de Impuestos Internos forman parte de los tribunales especiales a que se refiere el artículo 5, inciso 4 del Código Orgánico de Tribunales, que señala: Los demás tribunales especiales se regirán por las leyes que los establecen y reglamentan, sin perjuicio de quedar sujetos a las disposiciones generales de este Código.

El Tribunal Constitucional luego de reconocer la jurisdicción de la competencia de los directores regionales de Impuestos Internos como tribunales especiales para conocer de la materia, se plantea si el impugnado artículo 116 del Código Tributario, en cuanto faculta a los aludidos directores regionales para delegar las facultades jurisdiccionales que la ley les ha otorgado en funcionarios de ese Servicio, sosteniendo que él vulnera los artículos 6, 7, 19 núm. 3, inciso cuarto, 38, inciso segundo, 76 y 77 de la Constitución Política.

El Tribunal Constitucional tiene presente en la materia, reflexionando en el considerando 17:

Que, en relación con esa norma, el artículo 20 del D.F.L. núm. 7, de 1980, Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, prescribe que: los directores regionales podrán, de acuerdo con las normas impartidas por el director, autorizar a funcionarios de su dependencia, para resolver determinadas materias o para hacer uso de alguna de sus atribuciones, actuando por orden del director regional.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional en el considerando 18 razona en el sentido de que:

La delegación realizada por el director regional del Servicio de Impuestos Internos en el funcionario de esa repartición don Herman Tapia Canales, mediante Resolución Exenta núm. 135, de 1998, se refiere a facultades jurisdiccionales, en los términos establecidos en el considerando décimo quinto de esta sentencia, descartándose la hipótesis de una delegación de atribuciones administrativas, en la medida que lo delegado son las facultades de “conocer y fallar” reclamaciones tributarias.

El Tribunal Constitucional determina en el considerando 20:

Que, al respecto, esta magistratura ha resuelto que:

Nuestra Constitución Política caracteriza la jurisdicción como una función pública emanada de la soberanía, lo que resulta de aplicar los artículos 5, 6 y 7 de la Constitución, y entrega su ejercicio en forma privativa y excluyente a los tribunales establecidos por ella o la ley, que son “las autoridades que esta Constitución establece”. Así se desprende de las disposiciones constitucionales contempladas en los artículos 73, 74, y de los Capítulos VII y VIII, que establecen el Tribunal Constitucional y a la Justicia Electoral, respectivamente”. Agrega que “como la función jurisdiccional es expresión del ejercicio de la soberanía, sólo la pueden cumplir las autoridades que esta Constitución establece... sea que las autoridades jurisdiccionales a que alude se encuentren dentro o fuera del “Poder Judicial” (sentencia del 8 de abril de 2002, Rol núm. 346, considerandos 44 y 45).

La jurisdicción así concebida es un atributo de la soberanía y, como tal, es indelegable por parte de las autoridades a quienes la Constitución o la ley la han confiado.

En esta línea de razonamiento, si la facultad de conocer y fallar reclamaciones y denuncias tributarias confiada a los directores regionales del Servicio de Impuestos Internos por el Código Tributario, no puede ser constitucionalmente delegada, la dictación de la Resolución Exenta núm. 135, de 1998, mediante la cual se autorizó al funcionario de ese Servicio, don Herman Tapia Canales, para conocer y fallar reclamaciones tributarias, en carácter de juez, como la planteada por el requirente, vulnera lo dispuesto en el artículo 5o. de la carta fundamental en relación con el artículo 76, inciso primero, según el cual “la facultad de conocer de las

causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”.

Cabe advertir que este Tribunal ha precisado en su considerando 21.:

que por las mismas razones explicadas, el precepto legal que autoriza a los directores regionales del Servicio de Impuestos Internos para delegar facultades jurisdiccionales en funcionarios de su dependencia infringe, asimismo, el artículo 60. de la Constitución Política, que consagra los principios de supremacía constitucional (inciso primero) y de vinculación directa de los preceptos de la Carta respecto de los titulares e integrantes de los órganos del Estado, como de toda persona, institución o grupo (inciso segundo).

En este mismo orden de consideraciones resulta vulnerado también el artículo 7. de la Constitución Política, tanto en sus incisos primero como segundo, que consagran, respectivamente, los requisitos de validez aplicables a la actuación de los órganos del Estado que se refieren a la investidura regular del órgano, a su competencia y al cumplimiento de las formalidades que establezca la ley, como el principio de clausura del derecho público, que impide que las magistraturas, personas o grupos de personas se atribuyan otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Por lo demás, debe considerarse que la imposibilidad de delegar funciones jurisdiccionales, como consecuencia directa de que la soberanía sólo puede ejercerse por las autoridades que la propia Constitución o la ley establecen, resulta confirmada por la prohibición que se impone al propio legislador, en el artículo 64 de la carta fundamental, en orden a autorizar al presidente de la República para dictar legislación delegada en materias que se refieran a la organización, atribuciones y régimen de los funcionarios del Poder Judicial.

El Tribunal Constitucional refuerza su decisión señalando en el considerando 22 que:

La garantía evidente de que toda persona sólo pueda ser juzgada por el tribunal que señale la ley y por el juez que lo representa, en los términos que se han referido resulta, así, un elemento fundamental para la seguridad jurídica, pues impide que el juzgamiento destinado a afectar sus derechos y bienes se realice por un tribunal o un juez distinto del órgano permanente, imparcial e independiente a quien el legislador haya confiado previamente esta responsabilidad que se cumple por las personas naturales que actúan en él.

La estrecha ligazón entre el principio de legalidad del tribunal y la seguridad jurídica resulta relevante, pues, como ha señalado este Tribunal, ...entre los elementos propios de un Estado de derecho, se encuentran la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas. Esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados. (Sentencia del 10 de febrero de 1995, núm. 207, considerando 67).

El considerando 23 del fallo del Tribunal Constitucional considera, además, que se infringe el artículo 19 núm. 3 de la Constitución que prohíbe las comisiones especiales:

Que si la jurisdicción sólo puede ejercerse por los tribunales establecidos por la ley, sean ordinarios o especiales, toda persona que pretenda desempeñarse como juez de esos tribunales, sin haber sido instituida por el legislador, sino que por un acto administrativo, se constituye en una comisión especial expresamente prohibida por la carta fundamental.

El Tribunal Constitucional en base a los razonamientos jurídicos anteriores explicita en el considerando 23o. que:

El artículo 116 del Código Tributario, que ha permitido el ejercicio de esa función sobre la base de un precepto distinto a la ley, no sólo vulnera el principio de legalidad del tribunal consagrado en los artículos 19 núm. 3, inciso cuarto, 38, inciso segundo, 76 y 77 de la Constitución Política, sino que resulta contrario a los artículos 6o. y 7o. de la carta fundamental que garantizan la sujeción integral de los órganos del Estado al imperio del derecho.

Luego de este fallo y algunos otros posteriores, el Tribunal Constitucional en ejercicio de la competencia otorgada por el artículo 93 núm. 7 de la Constitución, expulsó el artículo declarado inconstitucional del ordenamiento jurídico.

4. *Igualdad ante la ley y las cargas públicas.*

Libertad de trabajo

En sentencia núm. 755, del 31 de marzo de dos mil ocho, el Tribunal Constitucional, debe pronunciarse frente al requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, el cual regula la institución del abogado de turno gratuito, para asistir jurídicamente a personas de escasos recursos.

La gestión en relación a la cual se solicita la declaración de inaplicabilidad consiste en el recurso de protección interpuesto ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, rechazado por sentencia del 6 de diciembre de 2006, en apelación ante la Excelentísima Corte Suprema, caratulado “Sergio Toloza Rodríguez con Juez de Familia de Osorno”, Rol núm. 6626-2006.

El recurso de protección citado fue deducido por el seZor Sergio Toloza Rodríguez en contra de la Juez presidente del Juzgado de Familia de Osorno, Ruth Scarlett Schneider Roldán, por la dictación del Decreto Económico núm. 165, del 2 de octubre de 2006, en virtud del cual se lo designó como abogado de turno durante el mismo mes, y por la resolución que lo designó abogado de turno en la causa RIT núm. 775-C-2006. A su vez, el recurso también fue interpuesto en contra de la Juez del mismo Tribunal, doZa Rosa Julián Bogocian, por las resoluciones que lo designaron abogado de turno en las causas RIT núm. C-131-2006; RIT núm. C-761-2006 y RIT núm. C-801-2006. Indica la peticionaria que lo decisivo para el fallo del asunto judicial es la institución misma del abogado de turno, por lo que es necesario concluir que la norma impugnada resulta decisiva en la resolución de la gestión pendiente.

Los requirentes consideran que el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales infringiría el artículo 19, núms. 2 y 20, de la Constitución Política de la República, que reconoce y resguarda la igualdad ante la ley y ante las cargas públicas, respectivamente, como asimismo vulneraría la libertad de trabajo y la libertad de empresa, consagradas en el artículo 19, núms. 16 y 21, respectivamente.

La infracción de la igualdad ante la ley y las cargas públicas. La parte requirente señala que la igualdad ante la ley se vería afectada, habida consideración de la situación de desigualdad en que se encontrarían los abogados de turno respecto de otras cargas públicas, como lo son el ser-

vicio militar y el actuar como vocal de mesa en un proceso electoral, las que se remuneran actualmente por el Fisco. Agrega el requirente, para confirmar lo anterior, la cita de diversas decisiones jurisprudenciales que han establecido el derecho a ser indemnizado frente a situaciones de cargas o limitaciones de derechos fundamentales.

A su vez, la eventual infracción a la igualdad ante las cargas públicas se produciría como consecuencia de que los gravámenes impuestos por el Estado deben ser razonables, aplicándoseles las categorías propias del juicio discriminatorio arbitrario. Así, en primer lugar, debe tratarse de una misma categoría de personas, lo que no se percibe respecto del precepto legal impugnado, dado que los iguales deberían ser los profesionales en general. En segundo lugar, se afirma por la requirente que el medio previsto por la ley no sería adecuado al fin que se persigue, dado que la institución habría demostrado ser insuficiente para satisfacer la obligación estatal a que alude el artículo 19, núm. 3, de la carta fundamental, cuestión que quedaría demostrada con la creación de la Defensoría Penal Pública. Por último, se alega que también infringiría el criterio de proporcionalidad, puesto que la carga sólo se reduce a un grupo específico de profesionales, como son los abogados.

El Tribunal Constitucional precisa el sentido y alcance de la igualdad ante la ley en su considerando 28:

Que, como lo ha precisado esta magistratura, “la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales siempre que ello no revista el carácter de arbitrario” (Rol núm. 986/2008).

[...] De esta forma, un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador.

El Tribunal Constitucional determina en el considerando 30 que

Que, del mismo modo, además de la atención de las necesidades sociales o la satisfacción de los requerimientos básicos de la población, característica común a varias profesiones, en la especie, el trabajo de los abogados es el único medio para cumplir el objetivo constitucional de la igualdad ante la justicia y el derecho a la defensa jurídica, bien jurídico tutelado por la carta fundamental.

El Tribunal Constitucional señala en el considerando 33 que junto con consagrarse el derecho a la asistencia jurídica, le corresponde al Estado —a través del legislador— establecer medios efectivos que permitan una adecuada defensa de aquellas personas que carezcan de bienes suficientes para litigar. En tal sentido, la Ley núm. 19.718, del 10 de marzo de 2001, estableció en materia criminal la Defensoría Penal Pública, de modo tal que esta defensa se efectúa a través de una institución estatal, por sí misma o vía licitación a privados a quienes, obviamente, se remunera por sus servicios profesionales en conformidad a las bases respectivas. Por su lado, décadas antes, en el ámbito civil —bajo la estructura de la Corporación de Asistencia Judicial— la legislación estableció una práctica profesional, en virtud de la cual se obliga a todo egresado de derecho a atender gratuitamente a aquellas personas que sean beneficiarias del denominado privilegio de pobreza. Dicha entidad también tiene a su cargo la defensa de asuntos de familia y laborales, proceso este último recientemente modificado;

El Tribunal Constitucional llega a determinar en el consierando 34 que la institución del abogado de turno “sólo subsiste en la actualidad, subsidiariamente, frente a la inexistencia de otra forma de asesoría institucional, pública o privada, lo que da cuenta de su carácter excepcionalísimo”.

El Tribunal Constitucional determina en el considerando 36, que la igualdad ante la ley no solo exige que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser objetiva. De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios que permitan situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, quede completamente entregado el establecimiento al libre arbitrio del legislador.

El Tribunal Constitucional determina en su considerando 37 que en el caso analizado el fin que justifica la norma es:

La satisfacción adecuada del derecho de acceso a la justicia que toda persona tiene, la que debe ser atendida por el legislador, quien debe prever los mecanismos que den cumplimiento efectivo a dicho derecho esencial, incluido excepcionalmente el turno de los abogados, lo que, por lo demás, se ve confirmado por la circunstancia de que el título de abogado sigue siendo otorgado a la fecha por la Corte Suprema de Justicia.

El Tribunal Constitucional también asume en el considerando 39, para el análisis del caso, el principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso en materia de regulación legal:

Que para poder determinar si se infringe la igualdad ante la ley, es necesario atender además a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma, como lo ha puntualizado la doctrina autorizada (Fernández, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 34 y 42).

Aplicando así dicho parámetro de control, el Tribunal Constitucional determina en su considerando 46 que:

Como puede apreciarse, el fin perseguido por el legislador de dar asistencia jurídica gratuita no sólo resulta constitucionalmente lícito sino también debido. Por su parte, el instrumento, consistente en imponer una carga, es idóneo para cumplir dichos fines. Sin embargo, si se impone gratuitamente, se transforma en medio desproporcionadamente gravoso, desde el momento que el fin perseguido no exige ni impone que el abogado deba desempeñarse sin retribución alguna. Y ello, porque la obligación se radica en el Estado y no en los abogados. El Estado, entonces, puede satisfacerla transfiriéndola a los abogados (bajo el sistema de defensorías e incluso del turno, como en la especie), pero no es necesario ni lícito desde un punto de vista constitucional que se les imponga sin retribución, tal como lo señala el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales.

A su vez, el tribunal, luego de examinar el concepto de cargas públicas en su considerando 48, determinando su clasificación y las obligacio-

nes que llevan aparejadas, como asimismo sus características en el considerando 49, considera en el considerando 52 que:

la imposición del deber de atender gratuitamente en los términos que establece el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, puede transformarse en una carga contraria a la Constitución, en consideración a los criterios que se ha sostenido respecto de la igualdad ante la ley, aplicables en la especie.

Tal perspectiva se refuerza en el considerando 53 al determinar que:

la licitud de los fines perseguidos por el legislador no puede permitir el empleo de medios gravosos y que impongan una afectación al patrimonio de los abogados convocados al turno, todos los cuales tienen ciertamente el derecho a una justa retribución por su servicio profesional.

5. La infracción respecto de la libertad de trabajo

La Constitución asegura, de acuerdo al artículo 19, núm. 16, de la Constitución Política de la República, “la libertad de trabajo y su protección”, precisando que “toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución”.

La libertad de trabajo se vulneraría, a juicio de los requirentes, desde que el turno importaría una práctica forzada de un trabajo o actividad, sin derecho a retribución alguna por parte del Estado, que sería el beneficiario.

En el considerando 58, el Tribunal Constitucional determina que el derecho a la libertad de trabajo “debe entenderse en un sentido amplio, al proteger “no sólo el trabajo del asalariado o trabajador dependiente, sino que quedarían comprendidos también los trabajadores independientes.

El Tribunal Constitucional constata en el considerando 59 las peculiaridades propias de la profesión de abogado, por su carácter de colaborador en la administración de justicia, relacionada con aspectos de interés público y de interés particular, además de ser la única profesión cuyo título no lo otorga la universidad sino el Estado a través de la Corte Suprema de Justicia:

Que la profesión de abogado tiene determinadas particularidades, habida consideración de la función que se realiza a través de ella. Los abogados, tal como lo indica el artículo 520 del Código Orgánico de Tribunales, son “personas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los Tribunales de Justicia los derechos de las partes litigantes”. [...] En otras palabras, el abogado es conceptuado como un “verdadero colaborador de la administración de justicia y, en este sentido, se le imponen deberes superiores a los meramente privados” (Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*, p. 194). Se trata entonces de una actividad profesional que se relaciona tanto con aspectos de interés particular como público, desde que colabora con la administración de justicia.

[...] Como ha quedado explicitado, su carácter especial se constata en la circunstancia de que se trata de la única profesión universitaria cuyo título no es otorgado por las mismas universidades sino que por la Corte Suprema de Justicia, según expresa el artículo 521 del Código Orgánico de Tribunales, precisamente, porque son colaboradores de la administración de justicia.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional razona en el considerando 60, en el sentido de que la carta fundamental asegura una justa retribución por todo trabajo, aún cuando se imponga bajo la forma de una carga pública, lo que es exigido en virtud de la dignidad de la persona humana:

La carta fundamental reconoce y ampara el derecho a una justa retribución por todo trabajo, aunque se imponga bajo la forma excepcional de una carga, lo que, por lo demás, se vincula ni más ni menos que con la dignidad de la persona humana a que alude el artículo 1o. de la Constitución Política. Como lo recuerda Couture: “de asuntos de dinero, el abogado debe hablar con su cliente sólo una vez: concluido el litigio, para ajustar en muy pocas palabras, las menos posibles, la recompensa del trabajo legítimo” (*El arte del derecho y otras meditaciones*, México, 2002, p. 172).

El Tribunal Constitucional recuerda en el considerando 63, que ya se ha pronunciado sobre el contenido del libre ejercicio de una profesión con anterioridad en el Rol núm. 804, lo que implica, en los hechos:

Desplegar o practicar los conocimientos de la respectiva carrera, ciencia o arte y ofrecérselos a terceros, sin más limitaciones que las establecidas en la propia carta fundamental, debiendo el legislador regular su ejercicio —como en este caso con la carga excepcional del turno gratuito— sin afectar los

derechos en su esencia, en los términos que señala el artículo 19, núm. 26, de la misma. La doctrina ha precisado que la libertad de trabajo y su protección “es un derecho constitucional que habilita a toda persona a buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficio lícitos, vale decir, no prohibidos por la ley” (Enrique Evans de la Cuadra, *Derechos constitucionales*, t. III, p. 10). Ya decía Carnelutti que “un hombre obligado es un hombre ligado y un hombre ligado no tiene libertad” (*Arte del derecho*, México, 2002, p. 5). En este caso, el trabajo se produce como consecuencia de la imposición de una carga legal, la que sin embargo no resulta compatible con nuestro sistema constitucional si no va acompañada de una justa retribución pecuniaria.

El Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre esta eventual infracción a la libertad de trabajo, tiene en consideración los elementos del caso concreto sobre el que debe pronunciarse, señalando en el considerando 67 que:

Consta de autos que uno de los requirentes ha sido designado como abogado de turno en dos oportunidades, en menos de medio año, esto es, el 2 de octubre de 2006 y el 28 de febrero de 2007. Si bien no se acreditan los parámetros que se tuvieron en consideración para la designación y si se dio cumplimiento a las normas de precedencia que hacen excepcional y supletorio el turno, ni tampoco las obligaciones que debieron desatenderse para cumplir con la carga del turno, con los consiguientes perjuicios patrimoniales, no aparece que el requirente se haya visto privado de su libertad de trabajo ni de su capacidad de ejercer privadamente su profesión con las dos designaciones acreditadas. Con todo, resulta igualmente evidente que la ejecución de dichas labores no ha podido sino producir un menoscabo y un detrimento que debe ser debidamente compensado por el Estado, en su caso;

Así, el Tribunal Constitucional determina en el considerando 68, que en este caso concreto, hay una infracción al artículo 19 núm. 16 de la Constitución:

La exigencia del turno gratuito que se impone al abogado requirente, como consecuencia de la aplicación del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales en la gestión que se sigue ante la Corte Suprema, resulta contraria a la Constitución Política de la República y, particularmente, a su artículo 19, números 2, 20 y 16, y así se declarará.

EXPERIENCIA DE AMÉRICA CENTRAL SOBRE EL PODER JUDICIAL

José Luis LOVO CASTELAR*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Resúmenes por país*. III. *Ti-
pología o criterios de comparación*. IV. *Diseños y funcio-
nes relevantes del Poder Judicial*. V. *Garantías orgánicas
efectivas para la independencia y la imparcialidad*. VI. *Gar-
rantías procesales para la justicia*. VII. *Modelo de juez*.
VIII. *Apertura y transparencia judicial*. IX. *Cuestionario
de cierre*. X. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Los países de América Central en los últimos tres decenios han introducido cambios importantes en sus sistemas judiciales, los que guardan consonancia con transformaciones democratizadoras ocurridas en el orden político.

Es significativo en esa región el tránsito de una época altamente convulsiva hacia una era de paz, en la que hay predominio del elemento civil sobre antiguas estructuras militaristas, apertura política ideológica y progresos en la legalidad constitucional. Los cambios políticos han creado un marco propicio para la evolución normativa y modernización institu-

* Doctor en jurisprudencia y ciencias sociales por la Universidad de El Salvador; miembro de la Junta Directiva del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sección El Salvador.

cional, lo que naturalmente incluye al Poder Judicial. En ello se centrará esta ponencia.

El presente trabajo tiene como antecedente el coloquio “Evolución de la organización política constitucional Centroamérica-México”, que se celebró en San Salvador, del 12 al 14 de noviembre de 2008, bajo el signo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, IIDC, organizado por la sección El Salvador de dicho Instituto, en cuyo contexto se conoció de los “informes-país” de Nicaragua, Guatemala, Costa Rica, El Salvador y México.⁴

Los ponentes analizaron el proceso de cambios, los dilemas actuales y las perspectivas que se vislumbran. De sus estudios se aprecian tendencias generales y algunas naturales discrepancias, contrastes y características distintivas, todo ello en conexión con los diferentes escenarios políticos de cada país y de las divergencias normativas en los sistemas preexistentes, que de algún modo se conservan y proyectan.

En este trabajo revisamos ideas de los ponentes en San Salvador, sintetizadas en el “Informe de Relatoría”,⁵ además, incorporamos referencias a los casos de Honduras, Panamá y Belice. Advertimos que no se incluye a México, puesto que su situación se ponderará, según rediseño temático, junto con los once países de América del Sur.

El conjunto de puntos que se consideró en el coloquio de la subregión sobre el tema Poder Judicial fue el siguiente: “3. El Poder Judicial. Jurisdicción constitucional. Jurisdicciones especializadas. Independencia judicial. Carrera judicial. Reforma procesal”.

Ampliando el referente, traemos a colación que dentro de las conclusiones generales del coloquio en San Salvador se destacó la necesidad de hacer cambios fundamentales en varias materias que conciernen o inciden en el tema Poder Judicial, expuestas por el relator así:

1. Reformas constitucionales por los procedimientos previamente establecidos en la misma Constitución. 2. Delimitación de funciones de los Pode-

⁴ Evolución de la organización político constitucional de Centroamérica y México: 1975-2005: *a)* informe de México, autores Jorge Carpizo, Héctor Fix-Fierro, Jesús Orozco Henríquez, José María Serna de la Garza; *b)* informe de Costa Rica, autor Rubén Hernández Valle; *c)* informe de El Salvador, autores Mario Solano y Luis Nelson Segovia; *d)* informe de Guatemala, autores Jorge Mario García Laguardia y René Arturo Villegas Lara; *e)* Informe de Nicaragua, autor Iván Escobar Fornos.

⁵ Informe de la Relatoría. coloquio “La evolución de la organización político constitucional de Centroamérica y México: 1975-2005”, doctor Florentín Meléndez, Relator.

res del Estado y división de Poderes. 3. Nuevos poderes fundamentales constitucionales como el Poder Electoral. 4. Creación de nuevas instituciones estatales. 5. Nuevas instituciones jurídicas constitucionales. (inconstitucionalidad de las leyes; amparo; plebiscito y referéndum; iniciativa popular; cabildo; revocatoria anticipada; autonomía regional; sistema de partidos políticos; elecciones primarias para diputados; pluralismo político; carrera judicial; sistema de economía mixta; cláusulas pétreas). 6. Derechos fundamentales. Tránsito de los derechos civiles y políticos a los derechos económicos, sociales y culturales. Debido proceso. Libertades democráticas. Derechos del consumidor. Protección del medio ambiente. 7. Mecanismos de defensa de la Constitución. Justicia constitucional. Leyes de jurisdicción constitucional. 8. Consolidación del Estado democrático y social de derecho. Protección de los derechos fundamentales. División de poderes. Límites del poder estatal. Supremacía de la Constitución. Democracia política. Pluralismo político y tolerancia ideológica. Participación ciudadana. Consulta popular. Elecciones libres y democráticas. Independencia judicial. Justicia constitucional.⁶

En el instructivo para las ponencias, contenido en el “Documento conceptual” del actual seminario internacional, se pide preparar un resumen de la experiencia regional. En el mismo, partiendo de ciertas premisas introductorias se hace una evaluación del cambio político, distinguiendo tres decenios como momentos de referencia; se califica de positivo al proceso reseñado, y se indican hechos sobresalientes, entre ellos: la reinstauración de regímenes políticos civiles; la reivindicación de los derechos humanos; la reformulación de instrumentos de la democracia representativa; el inicio de reajustes en las estructuras políticas; el reequilibrio entre los sectores público y privado; avances en la justicia constitucional; mayor pluralidad y, en fin, un reequilibrio de poderes.

Sobre esa base, se abordarán aquí tópicos específicos en función de su incidencia en el proceso de democratización, referidos al Poder Judicial, en el orden de los subtemas recomendados siguiente:

- Tipología o criterios de comparación.
- Diseños y funciones relevantes.
- Garantías orgánicas efectivas para la independencia e imparcialidad.
- Garantías procesales para la justicia.

⁶ *Idem.*

- Modelo de juez.
- Apertura y transparencia judicial.

¿Hay diferencias sustanciales comparativas, antes y después de la democratización, en las estructuras y garantías del Poder Judicial? ¿Ha impactado en la democratización o ha limitado la democratización, la actuación del Poder Judicial? ¿Cuál es la agenda pendiente? ¿Qué medidas se requieren para consolidar el Poder Judicial? ¿Cuál es el estado actual de la discusión?”⁷

Para atender en forma adecuada ese esquema incluimos resúmenes de los marcos constitucionales de los países centroamericanos, en la lógica de los criterios siguientes:

- a) Dentro de la corriente de democratización regional, los poderes judiciales, en su nueva caracterización y proyecciones, acusan divergencias, como consecuencia de que se enlazan en cada país al correspondiente sistema político y a realidades sociales diferentes.
- b) Los textos constitucionales centroamericanos relativos al poder judicial, en el escenario democrático y de modernización que está emergiendo, se encarrilan en tendencia positiva: propiciar un debido equilibrio entre los poderes del Estado y el fortalecimiento del Estado de derecho.
- c) La reforma constitucional sigue siendo necesaria, puesto que se requiere superar deficiencias e incorporar nuevos elementos valiosos del derecho comparado.

II. RESÚMENES POR PAÍS

En razón de que nuestros afanes se circunscriben a las Constituciones de los siete países de Centroamérica, estimamos necesario y conveniente reseñar antecedentes básicos de las Constituciones vigentes en cada uno de ellos, en un contexto general y en lo concerniente a sus poderes judiciales.

⁷ Documento conceptual. Seminario internacional “Nuevas tendencias del constitucionalismo en América Latina”. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo e IDEA Internacional, México.

1. Panamá

La Constitución Política de la República de Panamá⁸ establece que el poder público emana del pueblo y lo ejerce el Estado por medio de los órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los cuales actúan limitada y separadamente, pero en armónica cooperación.

El Órgano Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y juzgados. La justicia puede ser ejercida por tribunales arbitrales.

Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia son nombrados por acuerdo de Consejo de Gabinete, con sujeción a la aprobación del Órgano Legislativo, para un periodo de diez años, con sustituciones de dos magistrados cada dos años. Establece la carrera judicial y proclama el principio de nombramientos escalonados.

- La ley divide la Corte en Salas, con tres magistrados cada una.
- Para ser magistrado se exigen diez años de experiencia profesional.
- Para la guarda de la integridad de la Constitución conocerá la Corte en pleno sobre la inconstitucionalidad de las leyes, que puede impugnar cualquier persona.
- Los funcionarios encargados de impartir justicia, someterán los casos de inconstitucionalidad a la Corte, cuyos fallos sobre inconstitucionalidad o amparo no admiten recursos.
- Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones.
- Los cargos del Órgano Judicial son incompatibles con toda participación política.
- Los sueldos de los magistrados no serán inferiores a los sueldos de los ministros de Estado.
- Los presupuestos del Órgano Judicial y del Ministerio Público en conjunto no serán inferiores al dos por ciento de los ingresos corrientes del gobierno central.
- Las leyes procesales serán simples en sus trámites y se caracterizarán por la economía procesal y la ausencia de formalismos.

⁸ Constitución Política de la República de Panamá, *Gaceta Oficial*, núm. 25,176, 15 de noviembre de 2004. Año CI Panamá, R. Panamá.

2. *El Salvador*

La Constitución salvadoreña⁹ entró en vigencia el 20 de diciembre de 1983 y ha sido objeto de numerosas reformas, muchas de ellas vinculadas a los Acuerdos de Paz concluidos en 1992. Se ha tornado en un genuino pacto social, que consagra el pluralismo democrático, político e ideológico.

Surgida en el contexto de una guerra interna, la Constitución se caracterizó como pluralista, al buscar la participación de las fuerzas alzadas en armas, para lo cual suprimió la prohibición de sustentar doctrinas anárquicas o contrarias a la democracia, de anteriores Constituciones.

Fijó en una caracterización exclusiva el papel de los partidos políticos, que se determinaron como el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del gobierno.

Propició un sistema civilista, dado que restringió las funciones de la Fuerza Armada al ámbito de la defensa externa y creó una Policía Nacional Civil para la seguridad interna. Otorgó preeminencia a la consideración de la persona humana y los derechos individuales.

Declaró la división del poder soberano en tres órganos: legislativo, ejecutivo y judicial, así como la independencia y colaboración entre éstos.

Se reestructuró el Órgano Judicial y se sustituyó la Sala de Amparos por una Sala de lo Constitucional.

La composición de la Sala de lo Constitucional es de cinco magistrados y tiene una categoría superior a las otras. La integración de la Corte es definida por la Asamblea Legislativa de una lista formada de dos fuentes: una, democrática, integrada por quince candidatos propuestos por el gremio de abogados, y la otra técnico-política, en paridad numérica, integrada por candidatos propuestos por el Consejo Nacional de la Judicatura. Se efectúan elecciones de magistrados cada tres años, para la renovación parcial de la Corte. Los periodos de gestión son de nueve años. La Asamblea Legislativa también define la nómina de integrantes de la Sala de lo Constitucional y designa al presidente del Órgano Judicial, que a su vez es presidente de la Sala de lo Constitucional.

Hay un avance en cuanto a fijar una asignación no inferior a 6% de los ingresos corrientes del presupuesto del Estado, lo que está facilitando las medidas de modernización y ampliación del sistema.

⁹ Constitución de la República de El Salvador (1983), *Diario Oficial*, núm. 234, t. 281, 6 de diciembre de 1983 (incluye reformas actualizadas hasta el 2003).

Dentro de los problemas detectados por la experiencia salvadoreña se critica una politiquería exacerbada en la Asamblea Legislativa, por la negociación de cuotas entre los partidos mayoritarios, al prevalecer el interés político-partidista sobre los criterios de competencia e independencia personal.

3. Nicaragua

La Constitución Política data de 1987 y ha sido objeto de reformas parciales.¹⁰ Dicha Constitución es democrática y social, resultado de la revolución sandinista. Proclama la legalidad y el respeto de los derechos humanos, la civilidad frente al militarismo.

Hay fortalezas en lo concerniente a la inclusión del referéndum, el plebiscito y la iniciativa popular para la emisión de leyes; así como del pluralismo y la democracia política.

En cuanto al Poder Judicial, se compone de la Corte Suprema de Justicia, jueces y Tribunales de Apelación. Consagra el sentido popular e integracionista de la justicia, en un sistema unitario dividido en salas. La Corte está integrada por dieciseis miembros electos por la Asamblea Nacional. Hay un periodo de magistratura de cinco años con estabilidad.

La Corte Suprema de Justicia se especializa y divide en cuatro salas: Civil, Penal, Constitucional y Contencioso Administrativo. También se ha creado un Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial.

Se proclama la independencia, inmunidades y prerrogativas de los jueces y establece la carrera judicial.

Se le concede no menos de 4% del presupuesto general de la República.

Se reconocen el amparo, el *habeas corpus*, el control difuso, el veto y el recurso de inconstitucionalidad.

Frente a desarrollos importantes se mantienen posiciones críticas derivadas de los problemas políticos internos, de los que no ha sido ajeno el sistema de justicia.

Se señala una falta de independencia del Poder Judicial ante la preponderancia del Ejecutivo. También se comenta la excesiva partidización, la inestabilidad institucional y la desconfianza en los partidos.

¹⁰ Constitución Política de la República de Nicaragua (1987) con las reformas vigentes del año 2005, leyes núm. 520, 521 y 527, Editorial Acento, Managua, Nicaragua.

4. *Costa Rica*

La Constitución de 1949, reformada en varias ocasiones, es un texto equilibrado entre el régimen liberal de derechos fundamentales y los derechos económicos, sociales y culturales.¹¹

Es un pacto social producto de un movimiento revolucionario que consagró el sistema democrático y de división de Poderes. En Costa Rica se conforma un Estado constitucional democrático y social de derecho, lo que está vinculado a una cultura democrática y de apego a la ley en la sociedad.

El régimen presidencialista se califica de moderado, puesto que el Poder Ejecutivo, que gravita en el presidente, es compartido por sus ministros y un gabinete poderoso.

El Poder Ejecutivo influye sobre las actividades legislativas, cuya agenda maneja durante los periodos de sesiones extraordinarios, de seis meses, en que sólo pueden conocerse proyectos de ley incluidos por el Poder Ejecutivo en la convocatoria respectiva.

Se reformó el régimen presidencialista en lo relativo a instituciones autónomas que han quedado sometidas al control gubernamental central.

Ha ocurrido un tránsito del bipartidismo al pluripartidismo, siendo estos institutos los únicos postulantes de candidatos en elecciones populares. Las reformas de 1996 introdujeron el principio de pluralismo político al que deben atenerse en su accionar los diferentes partidos. Hay dudas procedentes de efectos negativos atribuidos a la ruptura del bipartidismo, pues se perdió el equilibrio histórico.

En suma, tenemos un Estado social y democrático de derecho, con un presidencialismo atemperado y un pluripartidismo, que permite a los partidos minoritarios exigencias para la configuración de mayorías legislativas.

Hay aparentes contradicciones entre la realidad política y la realidad jurídica en el ámbito de la representación política, debido a que las candidaturas para diputados son formalizadas en listas cerradas de partidos, los cuales expresan intereses sociales y giran en torno a programas, con la consiguiente preeminencia del enfoque partidista, que a la postre determina la conducta de los diputados.

¹¹ Constitución Política de Costa Rica del 7 de noviembre de 1949 y sus reformas, actualizada al 2 de enero de 2009. Centro de Estudios Superiores de Derecho Público, Costa Rica. Versión para Internet, 2009.

Hay reformas encaminadas a impulsar la democracia directa y participativa, como son la iniciativa popular, el referendo, que es a nivel nacional, en tanto el plebiscito es a nivel municipal, lo mismo que el cabildo. Hay avances en materia de género al establecerse cuotas efectivas de participación política de la mujer.

Hay pureza electoral, pero debido a la pérdida de credibilidad por sonados casos de corrupción se advierten corrientes abstencionistas. Las reformas de la Constitución son consonantes con la búsqueda de la transparencia en el manejo de los asuntos y fondos públicos.

Las reformas de 1993 incluyeron una Sala de lo Constitucional, que ha reforzado y ampliado los derechos fundamentales vía jurisprudencial. La Sala ejerce poder político, con un papel decisivo en el equilibrio de los poderes. Existe una consulta facultativa de constitucionalidad de proyectos de ley ordinarios ante la Sala de lo Constitucional. Dentro de los mecanismos de defensa de la Constitución se contemplan: el *habeas corpus*, el amparo y la inconstitucionalidad. Reformas sobre el amparo incorporaron los derechos consagrados en instrumentos internacionales como parte del parámetro de constitucionalidad. El veto presidencial por motivos de inconstitucionalidad es dirimido por la Sala de lo Constitucional.

Dicha Sala es un órgano técnico especializado y en la misma existe la jurisdicción concentrada, con resultados positivos, pero ha sufrido una suerte de colapso como efecto del exceso de casos, estimados en un promedio de 17 500 cada año, en razón de lo cual se ha vuelto obstruccionista en los parámetros de admisión, limitándose ésta a 28% de las solicitudes. Esto se interpreta como una forma de denegación de justicia. Hay modernización de instituciones vinculadas al sistema judicial que pese a sus méritos e independencia, está siendo afectado en su capacidad de respuesta.

Existe un Consejo Superior del Poder Judicial encargado de la administración, nombramientos, pensiones, disciplina, carrera judicial, independencia de tribunales. Se forma con cinco miembros, cuatro procedentes del Poder Judicial y un externo. El presidente de este Consejo es el mismo presidente de la Corte Suprema de Justicia.

5. Honduras

La Constitución de Honduras entró en vigencia el 20 de enero de 1982, con lo que quedó derogada la emitida en 1965.¹² Ha sufrido numerosas reformas y varias interpretaciones, poniendo en evidencia un dinamismo político, encaminado a adaptar la Constitución a las transformaciones de la vida nacional.

Según estudio de la Editorial Guaymuras, contenido en la nota de presentación de su aludida publicación del texto de la Constitución, Honduras es un Estado de derecho cuya soberanía corresponde al pueblo.

Hay búsqueda de mayor transparencia, modernización del Estado y democratización de la vida nacional. La democracia se califica de participativa al haberse incorporado el referéndum y el plebiscito.

Se ha realizado un proceso de desmilitarización del país, institucionalización de la protección de los derechos humanos y depuración de procesos electorales.

Se establecen tres poderes, complementarios, independientes y sin relaciones de subordinación, a saber: legislativo, ejecutivo y judicial.

El Poder Judicial goza de autonomía administrativa y financiera y se le asigna 3% de los ingresos corrientes de la República contemplados en el presupuesto general.

Se ha creado el Consejo de la Judicatura y se establece estabilidad para los jueces y magistrados.

La reforma de 2000 consagra la independencia de los jueces y magistrados, la conformación del Poder Judicial por una Corte Suprema de Justicia, Cortes de Apelaciones, juzgados y otras dependencias. Se prohíbe a los jueces y magistrados ejercer la profesión del derecho, brindar consejos legales a persona alguna, prestar servicios fuera del ámbito del Poder Judicial y participar en actividades de tipo partidista.

La Corte Suprema se integra por quince magistrados y toma decisiones por mayoría de éstos, que deben estar debidamente colegiados. Los magistrados son electos por el Congreso Nacional, con el voto favorable de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros, de una nómina de candidatos no menor de tres por cada uno de los magistrados a elegir. En el supuesto de no lograrse la mayoría calificada, se contempla una vota-

¹² Constitución de la República de Honduras, quinta edición, Tegucigalpa, Editorial Guaymuras, febrero de 2005.

ción directa y secreta para elegir individualmente a los magistrados que faltaren, tantas veces como fuere necesario, lo que ha provocado dificultades prácticas. Los candidatos son propuestos por una junta nominadora multirepresentativa, que es convocada por el presidente del Congreso.

El periodo de los magistrados es de siete años, pudiendo ser reelectos.

La Sala de lo Constitucional ejerce poder político, con un papel decisivo en el equilibrio de los poderes. Resuelve los recursos de *habeas corpus*, amparo, inconstitucionalidad y revisión. En cuanto a la inconstitucionalidad de las leyes, puede ser por razones de forma o de contenido, pudiendo incoarse la acción por quien se considere lesionado en su interés directo. Cuando aprueba sentencias por unanimidad tienen el carácter de definitivas, pero cuando son adoptadas por mayoría de votos deben someterse al pleno de la Corte Suprema de Justicia.

La inaplicabilidad por los jueces se restringe, ya que está circunscrita a la solicitud ante la Corte Suprema de Justicia de la declaración de inconstitucionalidad. La interpretación de la Constitución corresponde al Congreso Nacional.

6. Guatemala

La Constitución de la República de Guatemala¹³ entró en vigor el 14 de enero de 1986. Propicia la seguridad, la justicia, el bien común y la paz. Fue objeto de reformas aprobadas en materia de política monetaria, órganos legislativo y ejecutivo, periodo presidencial, antejuicio y materia judicial.

Con esta Constitución se norma el cambio político hacia el pluralismo, se establece un nuevo equilibrio entre los poderes del Estado, se amplían las atribuciones del Poder Legislativo, se crea el Tribunal Supremo Electoral, la Corte de Constitucionalidad y la Procuraduría de Derechos Humanos.

Representa la transición del régimen militar hacia gobiernos civiles, la democracia, el respeto a la dignidad humana y los derechos fundamentales. Se reconoce primacía a la persona humana en el ordenamiento jurídico, en su dignidad, libertad e igualdad. No reconoce de manera expresa

¹³ Constitución Política de la República de Guatemala, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente el 31 de mayo de 1985, Guatemala, Publicación del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, Tipografía Nacional, 1990.

el principio de división de poderes, sino que establece una distribución de funciones y controles, atribuyendo primacía al Órgano Legislativo sobre el Ejecutivo, en un régimen semiparlamentario que incorpora la interpelación y el voto de censura.

En octubre de 1998, el Congreso aprobó reformas constitucionales tendentes a reestructurar el Estado y al cumplimiento de los Acuerdos de Paz, las cuales fueron sometidas a consulta popular, efectuada la cual, en mayo de 1999, no fueron aprobadas por el pueblo.

En cuanto al Órgano Judicial se reformaron varios artículos, particularmente en lo que respecta a la elección de magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de las Salas de Apelaciones. En virtud de ellos, todos los magistrados deben ser electos de la nómina que se propone por una Comisión de Postulación.

La Corte Suprema se ha integrado por trece magistrados, de los nueve que eran previamente. La presidencia de la Corte Suprema y del Organismo Judicial es por periodos anuales, de manera rotativa y sin reelección.

Se crea la Corte de Constitucionalidad que ha adoptado resoluciones de gran significado en la vida política nacional y es un baluarte en defensa de la constitucionalidad. La Corte Constitucional es un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional. Se integra con cinco magistrados titulares. Cuando conoce de inconstitucionalidades en contra de otros poderes, sus integrantes se elevan a siete. Sus miembros son designados por diferentes electores, separadamente, entre ellos la Corte Suprema de Justicia, el Congreso de la República, el presidente de la República, la Universidad de San Carlos y el Colegio de Abogados. Sus integrantes gozan de las mismas prerrogativas que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Conoce en única instancia de las objeciones de inconstitucionalidad, de las acciones de amparo en contra del Congreso, la Corte Suprema y el presidente de la República, así como en apelación de amparos ventilados ante cualquier tribunal de justicia. Emite opiniones sobre inconstitucionalidad de tratados, compila la doctrina y los principios constitucionales sentados en sus fallos.

7. *Belice*

La Constitución vigente de Belice se adoptó el 21 de septiembre de 1981.¹⁴ Es una democracia parlamentaria con monarca británico, representado por el gobernador general. Hay un Primer Ministro, gabinete, Consejo Asesor, Cámara de Representantes de 29 miembros, Senado de doce miembros, Corte Suprema, Corte de Apelaciones y Tribunales Distritales. Hay elecciones para la Asamblea Legislativa pero no para jefe de Estado.

En 1954 había obtenido autonomía limitada de la Corona Británica, la que diez años después se consagró con una Constitución, que le dio autonomía completa, sufragio universal y parlamento bicameral.

Se independizó en 1981 y fue reconocida por Guatemala en 1991, siendo la última colonia británica en la América continental.

La Constitución regula el Poder Judicial, destacándose que la Corte Suprema tiene una jurisdicción original ilimitada en materia civil y criminal y que será conducida por un jefe de Justicia, conforme lineamientos de la Asamblea Nacional.

Tiene competencias para la interpretación constitucional y para resolver cualquier tema sustancial de derecho, si bien sus decisiones pueden ser apeladas ante una Corte de Apelaciones y ante el Consejo de su Majestad.

El jefe del Poder Judicial es nombrado por el gobernador general, con la opinión favorable del Primer Ministro, previa consulta con el líder de la oposición. Existe una limitación en la edad máxima para el nombramiento, concretamente los sesenta y dos años, pero puede ampliarse el tiempo de su ejercicio hasta que llegue a la edad de setenta.

El régimen beliceño responde al sistema del parlamentarismo británico y no puede ubicarse dentro de las actuales corrientes constitucionales del resto de países centroamericanos.

¹⁴ Constitución de Belice de fecha 21 de septiembre de 1981, actualizada al 16 de julio de 2008, publicada en *Political database of the Americas*.

III. TIPOLOGÍA O CRITERIOS DE COMPARACIÓN

Nos referiremos únicamente a dos tipologías, la que distingue las Constituciones rígidas de las flexibles, según fuere el procedimiento de reformas, y la ontológica, que considera el grado de eficacia real en el cumplimiento de los postulados políticos primarios, de Karl Löewenstein,¹⁵ que las divide en normativas, nominales y semánticas.

Al abordar el tema de las clasificaciones González Casanova¹⁶ afirma de manera general que le parecen superficiales, obvias o imprecisas.

Sin embargo, en nuestro estudio resultan útiles para su ubicación conceptual e histórica, tanto en la consideración de los procedimientos de reforma, como en los parámetros de evaluación de sus contenidos frente a la realidad, en las dos divisiones tipológicas citadas.

Según González Casanova, “la clasificación en rígidas y flexibles aparece hoy como inoperante, ya que es demasiado formal”,¹⁷ aun así, a partir de esa distinción, podemos observar que existen niveles intermedios en los cuales los extremos de la clasificación se ajustan, pudiendo diseñarse fórmulas eclécticas, en las que existe una relativa flexibilidad o una relativa rigidez, según se prefiera enfatizar por el analista.

En efecto, en las constituciones centroamericanas se ha superado la etapa histórica de la rigidez estricta, que prevalecía y daba lugar a rupturas violentas o amañadas de los órdenes constitucionales, para pasar a esta nueva época, en la que existen mayores posibilidades de introducir reformas, en el marco de la ley.

La fórmula es simple, se han reducido los requisitos que las tornaban de muy difícil reforma.

Podemos observar, con claridad, que los elementos de rigidez en vigor son menores a los anteriores y que prevalece un tipo combinado, que identificamos bajo la denominación de constituciones semirrigidas, en las que el cambio se vuelve más o menos factible, según cada país, comparado con el procedimiento ordinario de reforma de las leyes secundarias.

¹⁵ Löewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Editorial Ariel, 1996.

¹⁶ González Casanova, J. A., *Teoría del Estado y derecho constitucional*, 2a. ed., España, Editorial Vicens-Vives, 1982, pp. 207 y 208.

¹⁷ *Idem*.

Como ejemplos, aludimos a nuevas modalidades en práctica en algunos países de Centroamérica, referidas a las posibilidades de enmienda formal, advirtiendo que no se comentan varias de las posibilidades contempladas en las diferentes Constituciones.

En El Salvador, para el caso, se instauró en 1983 un sistema de reforma constitucional semirrígido, contrastante con el precedente, que era rígido, y, que además incluyó cláusulas pétreas. La reforma puede adoptarse por la Asamblea Legislativa cubriendo dos etapas: la primera, mediante un acuerdo adoptado con el voto de la mitad más uno de los diputados electos; la segunda, cuando el decreto anterior es ratificado por la siguiente Asamblea Legislativa con el voto de los dos tercios de los diputados electos. Los artículos intangibles son los concernientes a la forma y sistema de gobierno, al territorio y a la alternabilidad en la presidencia de la República.

En Guatemala, se requiere que la reforma sea aprobada siguiendo un procedimiento más compendioso: es necesario que el Congreso apruebe la reforma constitucional con el voto afirmativo de las dos terceras partes de los diputados, la que necesita ser ratificada mediante consulta popular. También señala artículos no reformables.

En el caso de Nicaragua, no abordando acá el tema de la reforma total, se faculta a la Asamblea Nacional para reformar parcialmente la Constitución mediante un trámite que comprende el estudio de la iniciativa por una Comisión Especial, seguido de una discusión en dos legislaturas, debiendo aprobarse con el voto favorable del 60 % de los diputados.

En Honduras, se establece que la reforma puede decretarse por el Congreso Nacional con los dos tercios de votos, en dos legislaturas sucesivas, fijándose también cláusulas intangibles.

Como consecuencia de esas aperturas se han podido materializar algunos cambios en las Constituciones de estos países, incorporando desarrollos valiosos, que incluyen los campos del Poder Judicial.

Pasando ahora a la tipología ontológica, anotamos las ideas de la manera siguiente:

Son Constituciones normativas aquéllas cuyos contenidos e inspiración democrática que proclaman, rigen de manera apropiada en la realidad socio política del país. Es como un traje a la medida, dice Löewenstein.

Son Constituciones nominales aquéllas cuyo contenido y directrices democráticas no siempre concuerdan con la realidad local. Se comparan con un traje mal cortado.

Son Constituciones semánticas o pseudo-constituciones aquellas que definitivamente no corresponden a las realidades políticas autoritarias o dictatoriales que caracterizan al régimen político. Son comparadas con un disfraz.

En Centroamérica existen diferentes realidades en el grado de cumplimiento normativo democráticos en cada país, en la aplicación de los principios recitados en normas constitucionales, lo que es natural *vis a vis* las cambiantes realidades políticas. Aceptemos que la generalización es imperfecta, pero con esa advertencia, calificamos las Constituciones como normativas, por lo siguiente: hay democracias y libertades políticas difícilmente alcanzadas, con logros sustanciales en su construcción y ejercicio, que es lo que impera. La trayectoria democrática es consistente y sigue su curso, bien orientado, en el destino de consolidar una adecuada correspondencia socio-política con los valores e ideales normativos. Por tanto, sostenemos que existe una preponderancia en el tipo de constituciones normativas, sobre todo en los aspectos estructurales, competencias institucionales y procesos políticos en marcha. Debemos reconocer, haciendo honor a la verdad, que se comenten errores y hay tropiezos, así como excepciones que confirman la regla, en las pugnas entre partidos que con poco degeneran en abusos y fraudes. El esfuerzo democratizador es joven y frágil, pero genuino.

El imperio de la ley, del bien y la justicia, por notable que sea el estado de avance, lleva implícito el incurrir en fallas y dolencias, lo que es recurrente y se manifiesta en la sociedad humana de todos los tiempos, efecto de los flujos y reflujos de la dinámica de la historia y del pensamiento político, simplemente recordemos la locura de la Segunda Guerra Mundial.

La corriente democratizadora de la región es patente en sus normas y en la praxis, pese al escenario dantesco de inseguridad, crisis económica y terrible pobreza.

En resumen, el hecho de que las Constituciones sean semirrigidas ha permitido materializar cambios y adecuaciones democráticas en los sistemas políticos, incluyendo los poderes judiciales, y por ende las Constituciones bien pueden identificarse como normativas, en una tipología ontológica.

IV. DISEÑOS Y FUNCIONES RELEVANTES DEL PODER JUDICIAL

Domina desde siempre la concepción de Locke y Montesquieu del Poder Judicial como uno de los tres poderes soberanos del Estado, el que se ha regulado en las Constituciones como organismo primario, dividido por motivos funcionales en Salas, tradicionalmente en materias civil, penal y de amparos. En los desarrollos contemporáneos se han establecido salas de lo Contencioso Administrativo y las salas de Amparo han sido sustituidas por salas o Cortes de lo Constitucional.

El diseño institucional del Poder Judicial en los países Centroamericanos parte de la integración de una Corte Suprema de Justicia y se complementa con un conjunto de tribunales de primera y segunda Instancia.

Dentro de las funciones jurisdiccionales de la Corte Suprema priman la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, organizar y dirigir el Poder Judicial, resolver casaciones y conflictos de competencias.

Las salas de lo Constitucional asumen elevadas funciones, puesto que tienen la posibilidad de resolver amparos, *habeas corpus* e inconstitucionalidades, llegando a resolver sobre fallos pronunciados por las otras salas.

El proceso de reformas ha permitido un reforzamiento de las salas de lo Constitucional, que vienen a ser instrumentos con poder decisivo en el equilibrio de los poderes. Conocen de los mecanismos de defensa de la Constitución, incluyendo los tradicionales recursos citados y dirimen conflictos entre los otros poderes, como ocurre con el veto.

En suma, las salas y la Corte de lo Constitucional como organismos técnicos especializados y sus relevantes funciones en la resolución de conflictos y proyección normativa de la Constitución, constituyen un avance importante en la evolución política regional y en la construcción del Estado democrático de derecho.

Hay afectación negativa en la administración de justicia cuando se debilitan los mecanismos jurisdiccionales de defensa de la Constitución, como es el caso de la restricción en la inaplicabilidad de las leyes por parte de los aplicadores de la justicia en el sistema de control difuso. Además, cuando se mantienen procedimientos constitucionales engorrosos.

En resumen, la experiencia regional en lo que concierne a diseños y funciones relevantes del Poder Judicial se destaca en la estructuración de cortes o salas en materia constitucional, cuya función primordial es la defensa de la constitucionalidad, con ostensibles fortalezas y debilidades que enfrentar.

V. GARANTÍAS ORGÁNICAS EFECTIVAS PARA LA INDEPENDENCIA Y LA IMPARCIALIDAD

Los diferentes textos constitucionales establecen la separación de poderes como base del sistema político, si bien el régimen presidencialista ha mantenido preeminencia histórica, al grado de disponer de supremacía política, lo que ha afectado la independencia del Poder Judicial y hasta su imparcialidad en el juzgamiento.

En el contexto actual, hay un esfuerzo por mediatizar el presidencialismo, incluso iniciativas que estudian las conveniencias del sistema parlamentario.

Dentro de las medidas orgánicas para la independencia judicial y limitar las influencias nefastas del órgano ejecutivo, se destacan nuevas formas de elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, cuya puesta en marcha es positiva, pero insuficiente.

Se ha avanzado con la fijación de porcentajes de dotación financiera presupuestaria mínima al Órgano Judicial, que le aseguran un adecuado funcionamiento autónomo y un incremento en la eficiencia del sistema.

Es conveniente que en los textos constitucionales se proclame la independencia judicial y la obligación de imparcialidad, hasta llegar a prohibir vinculaciones de los jueces con líneas políticas partidistas.

Se refuerza el ideal del papel imparcial del juez, al asegurarle estabilidad en el marco de la carrera judicial y mantener programas de capacitación.

Existen mecanismos de control y evaluación del juez, en el marco de la propia Corte Suprema de Justicia, en los consejos de la judicatura, en los institutos de probidad y en las instancias gremiales de control ético, que son frenos para las decisiones erráticas de los jueces.

La independencia y la imparcialidad del juez se ven afectadas por los intereses en pugna entre partidos políticos, que procuran nombramientos

de magistrados que guarden afinidad con sus líneas ideológicas. Se ha llegado a afirmar que los partidos políticos secuestran los sistemas judiciales y que es imprescindible la depuración de jueces contaminados.

En resumen, las garantías orgánicas efectivas para la independencia e imparcialidad son el nombramiento de magistrados por medios democráticos y técnicos, el adecuado funcionamiento de la carrera judicial, la formación y capacitación en escuelas judiciales y la fijación de porcentajes presupuestarios mínimos a nivel constitucional para el Órgano Judicial.

VI. GARANTÍAS PROCESALES PARA LA JUSTICIA

Las Constituciones preconizan principios para garantizar la justicia, como son los de una pronta y cumplida justicia. Los procedimientos constitucionales se vienen perfeccionando paulatinamente, a partir de los preceptos que consagran la gratuidad, la obligación de resolver, la independencia del juez y el debido proceso.

Los mecanismos procesales contemplan diferentes instancias o medios y procedimientos para la revisión y revocación de los fallos, que se desarrollan en legislación secundaria con base en los principios fundamentales consignados en la Constitución.

La violación de los principios constitucionales abre cauces procesales para la corrección de los fallos, que requieren mejorarse.

Los controles constitucionales, centralizados o difusos, mediante el sistema de inaplicabilidad, son garantías fundamentales que se deben impulsar.

La modernización de los sistemas procesales es un reto puesto que los organismos judiciales se ven entorpecidos, por su lentitud y la morosidad. La falta de plazos en algunos procedimientos vuelve nugatoria la justicia. Ante la sobresaturación de expedientes en curso se torna imprescindible reforzar con personal competente los cuerpos de colaboradores.

Dentro de las garantías procesales se preconiza el sistema de salas especializadas en la Corte Suprema de Justicia y la producción de jurisprudencia avanzada y de calidad, que dé pautas para que las resoluciones guarden uniformidad.

La implementación de la oralidad es una vía que está dando magníficos resultados y pudiera aplicarse en los más altos niveles de la institucionalidad del sistema, incluso en las salas o cortes de lo Constitucional.

En resumen, la especialización y la concentración jurisdiccional, el respeto al debido proceso, la aplicación de principios de gratuidad y exclusividad y la independencia judicial, constituyen garantías procesales que favorecen el papel protagónico del Poder Judicial en el proceso de democratización.

VII. MODELO DE JUEZ

El paradigma del buen juez, encarnado en la figura de Salomón y en las genialidades de Sancho Panza en la ínsula Barataria, es la de un hombre excepcional por su sabiduría en la ponderación de los conflictos, que se manifiesta en una docta demostración de imparcialidad en sus determinaciones, las que son notablemente brillantes por el sentido de justicia y la inteligencia en que reposan.

Por ello en las Constituciones se indican características y requisitos para el nombramiento del juez, como son la experiencia, la competencia y la integridad moral. Además, se dictan normas que prescriben que los jueces deben estar en el goce de sus derechos de ciudadano y que sean abogados.

La exigencia de experiencia profesional se incrementa en la medida que los cargos sean más elevados jerárquicamente, por ejemplo, en el caso de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

También hay requisitos en cuanto a la edad, señalándose edades mínimas, siguiendo el criterio que con el transcurso del tiempo se logra un mayor nivel de madurez.

Se requiere que sean personas de reconocida honorabilidad. Esto hace referencia al buen nombre alcanzado en la exposición pública a lo largo de la vida. El juez debe tener alto prestigio por su probidad, pues será ejemplo vivo de fidelidad a las normas.

Se pretende que sea firme en su imparcialidad, para que no sea inducido por influencias personales, financieras o políticas, en desmérito de su sacrosanta función.

En procura de la independencia del juez, se prohíbe la participación de funcionarios judiciales en actividades políticas partidistas o se establece

la incompatibilidad con toda participación en política, los cuales son progresos normativos.

Los jueces deben ser personas de solvencia en el cumplimiento de sus obligaciones financieras, privadas y fiscales. En fin, deben ser rectos e intachables.

Hay que pagarles remuneraciones salariales altas o suficientes para satisfacer sus necesidades personales y familiares, de manera que éstas no se vuelvan tan acuciantes que ablanden su honestidad.

El juez debe caracterizarse por su valentía para exponer en sus sentencias lo justo y pertinente, aun en contra de los poderosos o de la opinión pública y la prensa. Debe ser tenaz en la defensa de la Constitución y la legalidad, a ultranza si fuere necesario, por encima de influencias perniciosas, incluso de personas próximas a sus sentimientos y confianza.

El juez debe ser muy estudioso, para sustentar sus resoluciones en la majestad de la ley y la ilustración de la doctrina. Debe tener un amplio bagaje de conocimientos, una cultura que le genere respeto.

En resumen, el modelo de juez es el de una persona de alta capacidad técnica, experiencia, independencia, imparcialidad, valentía y rectitud.

VIII. APERTURA Y TRANSPARENCIA JUDICIAL

En la concepción moderna de una buena administración de justicia, el tema relativo a la apertura y transparencia, está en auge. Como dice René Fortín Magaña, es una idea-fuerza. Se vincula con las garantías fundamentales de los derechos a la información, petición, acceso a la justicia, defensa y debido proceso.

La apertura representa un cambio respecto a la cultura precedente en la que prevalecía el secretismo. En cuanto al acceso a la justicia, entendido como el derecho de promover el accionar del aparato judicial en procura de hacer efectivos los derechos de la persona, controvertidos o negados, existe una poderosa corriente para ampliarlo y tornarlo cada vez más efectivo en los medios forenses.

Dentro de las vías para facilitar el acceso a la justicia, se mencionan diferentes posibilidades, unas referidas a disminuir los requisitos que se exigen para la admisión de las demandas y otras concernientes a mejorar y ampliar la red de tribunales para facilitar su uso por los sujetos interesados.

En cuanto al primero, se están poniendo en práctica criterios de sencillez frente al exceso de formalidades y exigencias técnicas de antaño. También se introducen las técnicas de la oralidad para el planteamiento de las demandas, como ya ocurre en lo laboral, por ejemplo:

En cuanto al segundo, se están creando oficinas sucedáneas o ampliando las competencias de tribunales en localidades fuera de las sedes principales, para que puedan recibir las peticiones.

En materia de transparencia, se ha puesto en boga la divulgación oficial por medio de sistemas informáticos, en adición a la que se realiza en revistas y medios de prensa. Es importante la difusión de los fallos adoptados por medio de revistas judiciales, generales y especializadas, creando o impulsando los centros de documentación judicial. Es de relevancia la publicación de libros que contengan líneas y criterios jurisprudenciales, que son manuales de uso indispensable en los campos académico y profesional, para la formulación de los alegatos y en la preparación de las sentencias.

Hay experiencias valiosas de los “miradores judiciales”, que difunden información y facilitan la observación pública del quehacer cotidiano de los tribunales y los consejos de la judicatura.

Sin embargo, el régimen de transparencia en algunos países apenas está anunciado o por iniciarse, con dificultades.

El acceso a los expedientes judiciales es compendioso y se ve limitado por la normativa de reserva, lo que impone la necesidad de distinguir el tipo de información abierta al público y la prensa, respecto a la confidencial.

Es fundamental propiciar la promulgación de leyes de transparencia y acceso a la información pública, ya en vigor en algunos países, puesto que constituyen un medio idóneo para enfrentar y superar las barreras al conocimiento debido de los procesos.

En resumen, en materia de apertura y transparencia judicial, se requieren:

- Oficinas descentralizadas de recepción de demandas.
- Criterios amplios para admisibilidad de peticiones.
- Amplia divulgación de información judicial, incluyendo sistemas informáticos.
- Difusión de jurisprudencia e información judicial de fondo.
- Miradores judiciales.
- Normas de transparencia y acceso a la información.

IX. CUESTIONARIO DE CIERRE¹⁸

1. ¿Hay diferencias sustanciales comparativas, antes y después de la democratización, en las estructuras y garantías del Poder Judicial?

En las nuevas estructuras y garantías del Poder Judicial se encuentran diferencias significativas respecto a la situación previa a la democratización gracias a la creación de instancias especializadas, como son las salas y cortes de lo Constitucional y a la separación de las funciones jurisdiccionales de las administrativas, como es el caso de las tareas encomendadas a los consejos de la Judicatura.

Es un avance el conocimiento de reclamos por motivos constitucionales que se procesan en las salas de ese nombre en contra de sentencias pronunciadas por otras salas del Poder Judicial.

En resumen, hay progresos considerables con respecto a la situación previa a la actual fase de democratización de los sistemas judiciales, por los hechos apuntados.

Sin embargo, hay retrocesos, por ejemplo en materia de control difuso, por la excesiva concentración del poder decisorio en las salas de lo Constitucional.

Hay debilidades por saturación y mora judicial, por la excesiva concentración de tareas en cortes o salas de lo Constitucional.

2. ¿Ha repercutido en la democratización o ha limitado la democratización la actuación del Poder Judicial?

La actuación del Poder Judicial ha repercutido en la democratización del sistema político puesto que se han reforzado sus competencias soberanas, al ampliarse su radio de acción y por la mayor eficiencia y la cantidad de fallos. Hay deficiencias derivadas de la eventual supremacía del criterio político sobre el criterio jurídico.

En resumen: hay desarrollos valiosos en el sistema de equilibrio, división y cooperación con los otros poderes, en la cultura de respeto interórganos y en la construcción del Estado democrático de derecho.

Hay una mejor y más efectiva presencia política de los poderes judiciales, gracias al proceso de fortalecimiento y modernización.

Sin embargo, hay casos de evidente o aparente supremacía de los criterios o influencias de tipo político-partidista sobre los parámetros de decisión jurídica.

¹⁸ Documento conceptual, *op. cit.*, nota 5.

3. ¿Cuál es la agenda pendiente?

La agenda pendiente incluye:

- Separación plena de la función administrativa respecto a la labor jurisdiccional.
- Depuración de los mecanismos de elección de magistrados que no deben depender de partidos políticos ni de corrientes o influencias ideologizantes.
- Incremento de los niveles de competencia y de exigencias de especialización y formación de los magistrados.
- Ampliación de los controles de probidad.

4. ¿Qué medidas se requieren para consolidar el Poder Judicial?

Para consolidar el Poder Judicial se requieren reformas constitucionales y legislativas en las que se le provea y garantice el financiamiento presupuestario.

Impulsar los planes de modernización para lograr eficiencia, prontitud y calidad en los fallos.

Superar el descrédito y la desconfianza en el sistema judicial.

Que se procesen y castiguen los casos de corrupción judicial y se apliquen normas disciplinarias ante la negligencia y la irresponsabilidad. Que se controlen las actuaciones de los funcionarios por medio de instancias eficientes.

Que se haga efectiva la carrera judicial.

En resumen: se requiere de reformas constitucionales para asegurar y ampliar atribuciones relevantes, mejorar los procedimientos jurisdiccionales, la aplicación de normas de probidad, reglamentos disciplinarios y controles de eficiencia, la efectividad y respeto a los escalafones en la carrera judicial y la capacitación.

5. ¿Cuál es el estado actual de la discusión?

El estado actual de la discusión sobre el papel, funciones y perspectivas del Poder Judicial es propositivo, pues existen corrientes de opinión y debates sostenidos por constitucionalistas, organizados en gremio o a título personal, que diagnostican y lanzan exigencias pertinentes para corregir deficiencias, con recomendaciones atinadas.

Las campañas para elección de magistrados alientan los debates dentro de las gremiales de abogados y entre los candidatos, que culminan en propuestas a la luz de los desarrollos del derecho constitucional.

Hay canales de comunicación internacional entre constitucionalistas, como ocurre en el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, que favorecen la cooperación, la universalización del pensamiento y actividades coordinadas.

En resumen, el estado actual de la discusión sobre el Poder Judicial es participativo y propositivo, incluye diagnósticos, críticas y recomendaciones en la lucha por el imperio del derecho.

X. CONCLUSIÓN

La tendencia del constitucionalismo en Centro América, en lo que respecta al Poder Judicial, se puede evaluar con certeza como positiva en sus principales connotaciones comparativas en el proceso de transición y consolidación democrática. Ello se ha puesto de manifiesto en modificaciones incorporadas en los textos constitucionales, en la creación o fortalecimiento de instituciones y en mejores procedimientos para garantizar el papel efectivo de este órgano estatal en sus diversos desempeños. El Poder Judicial ha logrado un rol superior al tradicional en el equilibrio de poderes del Estado y su incidencia en la democratización es evidente, pero el proceso es inconcluso, como la sinfonía de Schubert.

EL PAPEL DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

DANIEL A. BARCELÓ ROJAS*

El Estado en general y los Estados latinoamericanos en particular tienen asignado una función en la economía. Esta es una constante no sujeta a debate.

La cuestión es cómo interviene el Estado en la economía —los medios que utiliza y sus límites—, y es aquí donde se presenta una primera diferencia en América Latina porque los medios de intervención económica vienen dados por el sistema político de cada país. En nuestra región conviven Estados democráticos de derecho, o en franca formación o que aún con dificultades pretenden llegar a serlo. Pero también tenemos Estados con sistemas políticos autoritarios; dentro de éstos tenemos que hacer alguna distinción: el caso de Cuba es un autoritarismo que sin ambages se asume como tal, y el de Venezuela, que es un autoritarismo disfrazado de democracia constitucional —que será analizado en la mesa temática denominada “paradigmas constitucionales emergentes—.

Como señalaba ayer Daniel Zovatto, en nuestro pasado reciente tuvimos autoritarismos tanto de izquierdas como de derechas. En realidad hasta hace aproximadamente 30 años el autoritarismo era en nuestra región la regla y no la excepción. Pero tal situación ha cambiado y con diferencias nos hemos embarcado en la ruta hacia la democracia constitucional, lo que plantea cómo debe intervenir el Estado en la economía en el marco de un sistema político en el que se reconocen derechos como el de propiedad, el de libre empresa y el de libre contratación con el derecho al trabajo, a la vivienda, a la salud, a la educación, a la cultura, etcé-

* Maestro en política y gobierno en América Latina por la Universidad de Essex (Inglaterra); doctor en derecho por la Universidad de Salamanca (España); investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

tera. Un Estado en el que se reconoce que el origen y fin del poder público es el bienestar de los gobernados.

Una primera afirmación es que en las nacientes democracias de América Latina la intervención del Estado en la economía es obligatoria. Pero es obligatoria no sólo por razones económicas sino por razones políticas; desde la lente del sistema político el propósito de la intervención del Estado en la economía es consolidar y reproducir el sistema democrático. La desigualdad social no puede ser tolerada en un sistema basado en la dignidad intrínseca del ser humano, pues ello hace saltar por los aires el sistema democrático; en México el asunto ha sido tratado entre otros por Jorge Carpizo, Manuel Camacho Solís y Diego Valadés. Don Héctor Gros Espiell de Uruguay expresó ayer en forma inmejorable el asunto: las desigualdades de nuestras sociedades latinoamericanas deben ser tratadas en forma desigual por las políticas públicas de nuestros Estados, con un objetivo final de igualdad. No es que sólo se administre la riqueza nacional en beneficio únicamente de los pobres, pero sin duda estos deben ser la prioridad de las políticas públicas de redistribución de la riqueza que activamente debe promover el Estado democrático de derecho en América Latina.

Cabe decir que el señalado no es un debate del que se ocupen mayormente los pensadores norteamericanos que investigan la relación ideal entre el derecho y la economía, pero sí en cambio se han ocupado del tema los juristas europeos que con la ampliación de los países de la Unión Europea tienen que hacer frente a situaciones de países que cuentan con poblaciones empobrecidas por la economía planificada y operada por el Estado en los tiempos de la cortina de hierro. En nuestra lengua entre los autores que en forma más brillante se han ocupado del tema está el jurista adoptivo de América Latina, don Manuel García Pelayo.

Pero quiero destacar que ésta no es una tendencia generalizada del constitucionalismo en América Latina ni siquiera a nivel de doctrina, y por tanto su impacto en las políticas públicas de consolidación de la democracia en América Latina no ha sido seriamente considerada por los actores políticos, pues no ha salido de los libros. Cabe decir que en México pudo haberse dado un primer paso en esta dirección pues la ley para la reforma del Estado introdujo el tema de los derechos sociales y de su ejercicio efectivo que puede dar pie a una política de Estado para atemperar las desigualdades sociales como necesidad no sólo económica sino del sistema político.

En torno al tema de la incompatibilidad entre democracia de una parte y la marginación económica y la desigualdad social de la otra cabe decir que no es un asunto nuevo; se sabía desde la Grecia clásica que la democracia exige cierta homogeneidad en las condiciones de vida y desde hace veinticinco siglos se actuaba desde el poder público para promover mejores condiciones de vida y proteger a la sociedad de las hambrunas y otras crisis. En nuestros días se habla del efecto integrador que genera el ejercicio efectivo de los derechos humanos; de la cohesión social que propicia el ejercicio efectivo de todos los derechos por todos, es decir, no sólo de los derechos civiles y políticos sino también de los económicos, sociales y culturales y los de solidaridad como el del medio ambiente.

Pero hasta ahora el papel del Estado en la economía se ha analizado desde la óptica de los economistas, y ello ha generado el análisis económico del derecho que ha partido y se ha expandido desde los Estados Unidos hacia América Latina. En este orden de ideas, los organizadores del seminario nos invitan a prestar atención al tema de la intervención estatal en la economía en los sistemas democráticos latinoamericanos o en vías de serlo.

En el contexto del Estado democrático de derecho la pregunta pertinente del papel del Estado en la economía es: ¿debe seguir el derecho al mercado, y establecer reglas que faciliten su operación? ¿O alternatively, debe el derecho embridar a las fuerzas de la economía para obtener otros resultados socialmente útiles además de los satisfactores materiales? Pareciera ser el caso que América Latina ha optado por la segunda opción, y ello en parte obligado por situaciones impuestas por nuestro pasado, en concreto por la conformación de nuestros pueblos amerindios. Colombia, Bolivia, Ecuador, Perú, México, entre otros, son países con civilizaciones indígenas donde el mercado no es el criterio para definir su derecho —entre otros el régimen jurídico de la tenencia de la tierra—. En México muy tempranamente, pero también en otros países hermanos de la región se ha planteado el debate sobre el etnodesarrollo vs. asimilación cultural, incluido el tipo de modelo económico y el derecho económico. En América Latina se ha optado como decisión política hacer primar lo político sobre lo económico y el derecho constitucional latinoamericano así lo ha recogido reconociendo los derechos de los pueblos amerindios.

Otra razón por la cual se subordina la economía al derecho de América Latina tiene que ver con el propósito de impulsar con mayor rapidez el estadio del subdesarrollo al desarrollo económico pues casi todos compartimos las características del subdesarrollo económico, que todos queremos dejar atrás haciendo intervenir de alguna manera al Estado en la economía. Tenemos:

- Elevados niveles de crecimiento poblacional.
- Elevados niveles de desempleo y subempleo.
- Desigualdad en la distribución del ingreso y la riqueza —que se refleja en alimentación, salud, vivienda y educación no cubierta al 100% o de ínfima calidad—.
- Bajos niveles de productividad.
- Dependencia de las exportaciones de productos primarios.
- Bajo nivel de ahorro.
- Bajos niveles de inversión.
- Bajos niveles de captación fiscal.
- Depredación de los recursos naturales susceptibles de apropiación.

¿Cómo salir más rápidamente del subdesarrollo económico; con más mercado o con más Estado? Desde la óptica de la economía el papel del Estado es un asunto que se debate acaloradamente entre los economistas de la escuela clásica de una parte y de los keynesianos de la otra —sin ser desde luego estas las únicas escuelas de pensamiento económico, pero son las que presentan por contraste los argumentos en blanco y negro—. Los primeros sólo quieren al Estado poco más que como regulador; como el legislador que garantiza los derechos de contenido económico y fija las reglas de la competencia para evitar que los monopolios obstruyan las virtudes de un mercado competitivo. Le atribuyen al mercado la cualidad de autorregularse, siempre y cuando el Estado no interfiera excesivamente sobre él. También le atribuyen la virtud de que el mercado genera riqueza y que ésta mana por gravedad y se distribuye adecuadamente a todos los miembros de la sociedad, el *trickle down economics*.

La escuela contraria en cambio no sólo quiere al Estado como regulador insustituible de la actividad económica y de sus agentes, sino también lo quiere introduciendo señales al mercado para sacarlo de las crisis en las que cíclicamente cae; pero también sugiere que el Estado debe intervenir en la economía para orientar ciertos resultados sociales pues esta

escuela de pensamiento económico asume que el mercado no se autorregula por lo que se refiere a la distribución de la riqueza en la forma ideal como pretenden los simpatizantes de la escuela clásica.

La escuela económica neoclásica plantea que el Estado debe facilitar, mediante la contracción del derecho —mediante la desregulación— la formación de “economías de escala”. En términos muy simples ello equivale a facilitar la formación de empresas gigantes que por su tamaño pueden reducir costos de producción de bienes y servicios haciendo una utilización intensiva de capital tecnológico. Otros economistas refutan tales argumentos y sugieren que el Estado debe privilegiar la formación de pequeñas y medianas empresas, entre otras cosas porque éstas hacen un uso más intenso de capital humano, es decir, generan más empleos por dólar, peso o quetzal invertido que los que genera las empresas gigantes.

Al respecto me permito subrayar que tal debate no es ajeno a la doctrina del derecho constitucional de América Latina. Esta viene advirtiendo que las economías de escala generan en el campo político los llamados “poderes fácticos” que llegan a amenazar al poder del Estado aun cuando éste tenga una base democrática de la que desde luego carecen los poderes fácticos. Los mexicanos precisamente estamos viviendo esta historia al momento de celebrarse nuestro seminario sobre las nuevas tendencias del constitucionalismo en América Latina. Pero la de los “poderes fácticos contra el Estado” es una película que ya hemos visto. La expropiación de las empresas petroleras decretada el 18 de marzo de 1938 por el presidente Lázaro Cárdenas del Río, fue una ocasión en la que el Estado mexicano pudo someter al derecho a las compañías petroleras que pretendían desobedecer una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que reafirmaba la pretensión de derechos de los trabajadores petroleros, ¿podrá ahora a principios del siglo XXI o habrán capturado las empresas gigantes a los poderes públicos?

También las escuelas difieren en los medios. Unas proponen cobrar menos impuestos para que los empresarios se queden con una mayor tajada del pastel con el propósito de que al acumular capital puedan invertir más. Pero sus contrarios pretenden cobrar más impuestos para redistribuirlos entre las clases sociales de menores recursos —lo que genera más demanda y por lo tanto más oferta que será cubierta con nuevas inversiones—. Unos simpatizan sólo con la empresa pública pero otros ven que la empresa pública también tiene un papel qué jugar.

No es el propósito de esta charla introductoria identificar exhaustivamente los instrumentos que cada escuela económica presenta. Baste decir que las recetas para salir del subdesarrollo que nos ofrecen los economistas es muy amplia, pero una llegó a nuestra región para quedarse: el mercado. En función de ello se han fortalecido en los países de nuestra región las garantías políticas y jurisdiccionales a los derechos que hacen posible la economía de mercado, entre ellos el de propiedad, el de libre empresa, el de contratación. Se ha valorado tan positivamente en nuestra región el mercado que incluso, por intervención de los poderes públicos, los mercados se han ampliado de mercado nacional a mercados regionales con acuerdos de libre comercio como instrumento para salir más rápido del subdesarrollo; en este mismo orden de ideas también se han implantado bancos centrales para estabilizar el valor del dinero que es una condición de operación del mercado internacional. Pero a pesar de que se ha adoptado las medias sugeridas por los economistas, las mediciones apuntan a una mayor desigualdad social en América Latina. Ello ha hecho replantear el tema en nuestra región para valorar el mercado no sólo por sus resultados económicos sino por sus resultados sociales, y en medios académicos también, como antes dije, por sus resultados políticos, por su impacto sobre las perspectivas de la consolidación democrática en nuestra región. Al día de hoy ya no parece satisfacernos como meta el desarrollo económico per se sino que pretendemos empatar el desarrollo económico al desarrollo humano y al desarrollo político.

Pero como antes se dijo, el mercado ya no está en cuestión sino qué tanto mercado y qué tanta intervención ¿más mercado o más Estado? Como no puede ser de otra manera, aquí existe un margen de apreciación de nuestros actores políticos pues se trata de una decisión política. El punto a destacar es que las constituciones latinoamericanas son constituciones abiertas a la posibilidad de ser operadas en clave de izquierda, de centro o de derecha. Las Constituciones sólo pueden establecer los marcos dentro de los cuales puede operar una coalición de gobierno de derecha, de centro o de izquierda, pero las opciones las definen los políticos y en último término —teóricamente— los ciudadanos que los llevan al poder o que les retiran su confianza en la siguiente elección.

Para un político el mundo ideal sería exigir menos impuestos a los contribuyentes que votaran por él y su partido; expandir el gasto público, especialmente el destinado al gasto de inversión en infraestructura y gas-

to social; Pero además en su mundo ideal realizar ambas medidas con un presupuesto público equilibrado. Infortunadamente en el mundo real esto es casi imposible. Hay que decidir cómo distribuir el pastel y eso exige ilustración en nuestros gobernantes y responsabilidad política. Pero esto no es un asunto que por decreto se pueda establecer. La democracia representativa no es infalible. Es una forma de gobierno donde se delega el poder en los gobernantes, para que éstos decidan inteligentemente por nosotros. Ante cada problema los gobernantes tienen diferentes alternativas de acción pública, e instrumentos permitidos por la Constitución para actuar en la economía. Pero puede haber yerros de la decisión más inteligente y oportuna, y yerros de ejecución.

Nos ocupamos en esta mesa de América Latina. Pero adviértase que no sólo en los países subdesarrollados el derecho debe embridar a la economía, también en los desarrollados: el desarme nuclear; el calentamiento global; la actual crisis financiera; parecen sugerir que el derecho debe embridar a la economía pues desbocada, ésta puede llevar a la humanidad a un precipicio: los más evidentes, la guerra nuclear y el calentamiento global. Esta es una decisión política, no es una decisión que deba dejarse a la ley de la oferta y la demanda, o sea, en manos de quienes producen armas nucleares; o tecnologías altamente contaminantes dependientes de combustibles no renovables; o de los “economistas de casino” como llamó el presidente Lula a los comerciantes de capital de Wall Street que hoy nos tienen a todos sumidos en una grave crisis económica.

LA APLICACIÓN CONSTITUCIONAL DE “EL ANÁLISIS
ECONÓMICO DEL DERECHO (AED)”:
¿NADA MENOS Y NADA MÁS QUE UN “ENFOQUE”?

Jorge Reinaldo VANOSI

SUMARIO: I. Antecedentes y origen de la cuestión. II. La tradición del pensamiento argentino y sus fuentes. III. J. Stuart Mill al cruce de las exageraciones. IV. Las influencias en la interpretación constitucional. V. Método, técnica y enfoque. “Análisis”. VI. Teoría y doctrina. “Enfoque”. VII. Derecho y economía a la vista de los jueces. VIII. El aporte y examen crítico de los jóvenes constitucionalistas argentinos: Dalla Via y Sola. IX. El debate proseguirá. Dudas y reservas. X. Juridicidad, econometría y economicismo. ¿Qué enfoque? XI. Exageraciones y espejismos. XII. El resumen de nuestra opinión. “Hipérbole” o “autaxia”. XIII. Lo positivo y lo negativo. XIV. ¿Epíteto para caracterizar o epítome para compendiar? XV. Apéndice: notas y referencias ampliatorias del texto (a mayor abundamiento). XVI. Bibliografía.

I. ANTECEDENTES Y ORIGEN DE LA CUESTIÓN

En este modesto intento de reflexión en torno al auge del AED, partimos de la base señalada por el gran constitucionalista italiano Paolo Biscaretti di Ruffia en el sentido de que “...la investigación... debe proponerse, en suma, reproducir, sin variantes subjetivas o interpretaciones artificiosas, una específica realidad en movimiento” (*Lo Stato democrático moderno*).

Y es precisamente por eso, que al tratarse del estudio de las relaciones entre el derecho y la economía, estamos ante un objeto complejo, cuya

“específica realidad en movimiento” no puede soslayar el dato de la presencia operativa de una Constitución como norma o ley suprema de la organización institucional de un Estado. En los EE.UU. se encara en la enseñanza del derecho constitucional el análisis del texto “y su actual significado” (Corwin y otros autores), dando por entendido que la letra escrita en Filadelfia en 1787 es “lo que los jueces dicen que es” (Hughes, Holmes, etcétera) y que la Suprema Corte de Justicia que ejerce sus funciones en Washington D. C. es algo así como “...una convención constituyente en sesión permanente” (W. Wilson *dixit*). Dada la “consecuencialidad de estas premisas, llama la atención la desproporcionada atención que brindan al análisis de las prescripciones constitucionales algunos adalides de la escuela del AED; ya que mientras el direccionamiento hacia el derecho privado es mayúsculo (en especial sobre el área del derecho comercial o mercantil), en cambio, la atención prestada al andamiaje montado a partir de la obra de los constituyentes (incluyendo las “enmiendas” posteriores) merece un trato minúsculo o, más bien, residual. Tal es el caso del maestro Richard A. Posner, juez federal de apelaciones y profesor de la Universidad de Chicago, que en su clásica obra “*Economic Analysis of Law*” (*fourth edition*, 1992) tan solo vuelca su pensamiento sobre la Constitución en la Parte Séptima (y última), de la página 615 a 686: apenas 71 páginas, en un libro de 722 páginas, o sea, 10% del total (*sic*). Ante ello, creemos necesario traer a colación algunas referencias históricas.

Que los gobernantes tuvieron en cuenta el “consecuencialismo” y —sobre todo las ventajas— de muchas de sus decisiones, la historia está dotada de ejemplos bien ilustrativos, al margen de sus resultados:

El emperador Caracalla que gobernó entre los años 211 y 217 de la era cristiana, al extender la “ciudadanía romana” a todos los territorios que conformaban el Imperio, sabía que así ampliaba considerablemente el padrón de contribuyentes que llenarían las arcas del Erario público. Esa fue la real intención al sancionar la *Constitutis Antoniana* (año 212), fundándola “en la culminación natural de la igualdad” y dirigida a gravar en particular los derechos hereditarios. Otro tanto hizo Justiniano, tres siglos después, en Bizancio.

Cuando Luis XVI convocó a la reunión de los “Estados generales” (los tres estamentos) después de un siglo de receso, por razones de búsqueda de consenso para aumentar por vía de la recaudación las mermaidas reservas del Tesoro que las guerras y los gastos dispendiosos habían

agotado, fue una intencionalidad conocida *in limine* (aunque no pasó por su mente que por ese camino terminaría en la guillotina...).

Los ingleses no supieron o no pudieron aplicar la previsión o calculabilidad de las consecuencias que le depararía al Reino la imposición en las colonias del impuesto al té, que provocó la rebelión de Boston (por no haberse respetado el principio consagrado en el “*talagio non concedendo*”, según el cual no puede haber imposición si no interviene la representación *No taxation without representation*, 1309). Al arrojar el té a las aguas, quedó marcado el inicio de la guerra de la Independencia por parte de las trece colonias, base constitutiva de los EE. UU de América.

La transformación de la Confederación nacida en 1776 en un Estado federal a partir de la Constitución de Filadelfia (1787) habrá sido querida o no tan querida, pero no quedan dudas que el invento de la creación del “federalismo” fue consecuencia del fracaso emanado de la insuficiencia confederal y de la consiguiente necesidad de dotar de una autoridad central de poderes que —más allá de la defensa común y de la representación exterior— incluyeran la regulación del comercio y el establecimiento de un tesoro formado por recaudación directa y no por meros aportes de los Estados locales.

El medir las consecuencias de las sentencias judiciales —como punto fundamental para elegir el contenido de la decisión— tampoco es una novedad. Recordemos que el control de constitucionalidad nació de una percepción de la “consecuencialidad” por parte del juez Mashall cuando tuvo que decidir —al frente de la Suprema Corte— el caso *Marbury vs. Madison* (1803). Al captar los efectos que para el Tribunal tendría la decisión que éste tomara, optó por dar la razón al accionante, pero evitando la confrontación con el Poder Ejecutivo. El “*Chief Justice*” tenía presente la debilidad inicial del tercer Poder de Estado (John Jay había renunciado alegando que la Corte carecía “de la bolsa y de la espada”), y, además, recibía rumores de que el Secretario de Estado (Madison, del presidente T. Jefferson) no estaba dispuesto a cumplir una decisión favorable al reclamante, que peticionaba la puesta en posesión de un cargo judicial para el que había sido designado por el anterior presidente Adams. La solución ingeniosa y ocurrente del juez Marshall consistió en advertir la colisión entre una ley que ampliaba la competencia originaria y exclusiva de la Corte y una cláusula constitucional que fijaba taxativamente esos límites. Pudo haber optado por otra salida, pues el caso se había tornado en “cuestión abstracta”, con lo que se ahorra la declaración “de oficio” de

la inconstitucionalidad. Pero la solución ingeniosa también escondía un arma poderosa, que convertiría a la Suprema Corte en un temible órgano de control de las normas y actos del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo. Fue, en efecto, la mejor forma de preservar la “futuridad” del alto tribunal en venideros desenvolvimientos de la declaración de inconstitucionalidad: la posibilidad de reservarse la palabra final para resolver la no aplicación de las normas ordinarias que violen a las leyes supremas.

El fallo en “*Marbury vs. Madison*” fue un caso de aplicación de la ponderada medición de la “consecuencialidad” —aunque no económica, pero sí política— respecto de los efectos que podía aparejar una decisión judicial. Con esa visión del problema, Marshall superó la angustia de impotencia que había movido a Jay al alejamiento del cargo: en términos médicos, Marshall evitó la “metástasis”, para que no se reprodujera en los nuevos y futuros jueces el padecimiento sufrido por Jay al principio de la vida del Tribunal.

II. LA TRADICIÓN DEL PENSAMIENTO ARGENTINO Y SUS FUENTES

En Argentina, al redactar la Constitución de 1853, Gorostiaga tuvo en claro que no hay poder sin tesoro, como no puede haber Estado si no cuenta con recursos. Más de medio siglo antes, John Jay —al renunciar como primer presidente de la Suprema Corte de USA— había confesado con tono de cuita, su aflicción con motivo de que el tribunal no tuviera a su alcance los recursos suficientes, lo que percibía como desventura del cuerpo aunque con el anhelo y el deseo vehemente de que tal situación se revirtiera en el futuro. Por su parte nuestro Alberdi no demoró —después de la sanción de la Constitución Nacional— la redacción de su obra *Sistema económico y rentístico*, de cuyo contenido se desprende no sólo la notable formación del tucumano en cuanto a las ventajas y diferencias que mediaron entre los diversos regímenes económicos hasta entonces conocidos, sino también el atisbo o vislumbre de las conjeturas acerca de la interdependencia de la suerte del nuevo Estado y la salud de sus finanzas, todo ello en el marco de una sociedad que debía transitar de la pobreza a la riqueza.

Todo lo expresado trae a la memoria un sabio consejo: “...para novedades, acudir a los clásicos...”.

Y ello, aunque los “clásicos” —así llamados hoy— no pretendieran algo semejante al descubrimiento de la pólvora, en ocasión de internarse en el borroso terreno de la economía y el derecho; acaso por cuanto su objetivo era más concreto: lo que los angloparlantes llaman “*approach*”, o sea, un acercamiento, una aproximación, una vía de acceso o entrada; o, en todo caso, algo equivalente al instrumento tan útil de un “enfoque”.

Cuando los adalides de la libertad económica beben en las fuentes acuden en su repertorio —necesariamente— a *La riqueza de las naciones* y a otros escritos de Adam Smith. Más tarde, los promotores del AED se apoyan en Milton Friedman, y algunos economistas y pensadores, aunque se noten menos, citan a la Escuela de Viena. Bueno sería que los “fundamentalistas” del AED recordaran a un conjunto más vasto de “padres fundadores” del pensamiento liberal, que incluye en su nómina —como mínimo— las ideas expuestas por John Locke, Adam Smith, Edmund Burke, Thomas Paine, François Guizot y Jean-Baptiste Say, como así también a los prominentes seguidores de esa línea de pensamiento, con las jerarquías de Alexis Tocqueville, Stuart Mill, Ludwig Von Mises, Von Hayek, Bertrant de Jouvenel y Raymond Aron, todos ellos “grandes entre los grandes”.

En nuestro país, una vez sancionada la Constitución en su texto de 1853, fueron Alberdi y Sarmiento sus primeros comentaristas a través de una resonante polémica que —finalmente— quedó superada con la sanción en 1860 del texto que conocemos bajo la denominación de “Constitución histórica” de los argentinos. Pero correspondió al tucumano “incar el diente” en las raíces filosófico-políticas del régimen de Economía compatible y en armonía con los andamiajes institucionales propios del sistema jurídico adoptado.

De las tres obras publicadas por Alberdi en esos años, hay una que contiene un introito claramente expositivo de la filiación inspiradora de la mecánica a seguir para salir del desierto, la pobreza y las insuficiencias de población y de producción, para la satisfacción de las necesidades futuras. Se trataba nada menos que de la realización de un nuevo proyecto de nación.

Resumen del pensamiento de Alberdi:

- Bases y puntos de partida.
- Derecho público provincial.

— Sistema económico y rentístico de la Confederación.

Fenómenos económicos:

- Producción = agentes
 - Trabajo
 - Capital
 - Tierra
- Distribución
- Consumos públicos

La Constitución de 1853 contiene un sistema completo de política económica.

- La riqueza importa a la prosperidad de la nación y a la existencia del poder.
- Sin rentas no hay gobierno.
- Sin gobierno, sin población, sin capitales, no hay Estado.

La economía es universal = economía pura (estudia los hechos económicos en su generalidad filosófica); nacional = economía aplicada.

Este libro pertenece a la segunda expresión, y es más bien un libro de *política económica* como de economía política.

A Alberdi le interesa estudiar los principios económicos adoptados por la Constitución.

Ensayar nuevos sistemas es desviarse de la Constitución y falsearla. Es un error hacerlo, según el tucumano.

Para evitarlo, es menester saber a cual de las escuelas pertenece la doctrina de la Constitución.

Elementos que concurren a la formación de la riqueza:

- Agentes productores
 - trabajo
 - tierra
 - capital
- Modo de aplicarlos
 - agricultura
 - comercio
 - industria

— Los productos

¿Vale más la libertad que la regla, o es más fecunda la regla que la libertad?

Se conocen distintas escuelas:

- Mercantil (Colbert- Luis XIV)
- Economía socialista (intervención del Estado)
- De la libertad
 - Fisiocrática (Quesnay: la tierra) y el *laissez faire*...
- Industrial (Adam Smith) el trabajo libre

A esta escuela de libertad pertenece la doctrina de la Constitución: tal es la conclusión de Alberdi. Por ello sostiene que:

- a) La Constitución es, en materia económica, lo que en todos los ramos del derecho público=la expresión de una revolución de libertad, la consagración de la revolución social de América.
- b) Son económicas las necesidades más vitales del país y de Sudamérica.
- c) ¿Cuál es la necesidad argentina de carácter público que no dependa de una necesidad económica? ¡Salir de pobre!
- d) La República, unitaria o federal (la forma no hace al caso), no tiene ni tendrá más camino para escapar del desierto, de la pobreza y del atraso que la libertad concedida del modo más amplio al trabajo industrial en todas sus fuerzas y en todas sus aplicaciones.

Producción. Al ocuparse de ello, advierte Alberdi:

- a) ¿Quién hace la riqueza? ¿Es la riqueza obra del gobierno? ¿Se decreta la riqueza? El gobierno puede estorbar o ayudar a su producción, pero no es obra suya la creación de la riqueza.
- b) ¿Qué exige la riqueza de parte de la ley para producirse y crearse? Lo que Diógenes exigía de Alejandro: que no le haga sombra. Asegurar una entera libertad al uso de las facultades productivas del hombre. No excluir de esa libertad a ninguno: lo que constituye la igualdad civil de los habitantes.

- c) He aquí el dominio de la libertad económica, que la Constitución argentina asimila a la libertad civil concedida por igual a todos los habitantes del país, nacionales y extranjeros, por los artículos 14 y 20.
- d) ¡Que se cumpla la ley natural, que hace a cada productor dueño de la utilidad o provecho correspondiente al servicio de su trabajo!

Distribución. ¿Que exige el productor de la ley? La más completa libertad. La abstención de regular.

- Consumo:
- Productivos
- Improductivos
 - Privados (la ley nada tiene que hacer en ellos)
 - Públicos: que los consumos públicos o gastos del Estado no devoren la riqueza del país. Para que el Tesoro Nacional, destinado a sufragar los gastos del Estado, se forme, administre y aplique en bien y utilidad de la nación, y nunca en daño de los contribuyentes.

El conjunto de estas garantías forman lo que se llama el sistema rentístico financiero de la Confederación. La Constitución de 1853 es la “codificación” de la doctrina que queda expuesta por Alberdi en esas reflexiones.

Recursos. La dinámica del ordenamiento estatal supone gastos y recursos. Los recursos son los medios de existencia del Estado: no es posible concebirlo sin ellos.

En síntesis, así es el pensamiento de Alberdi:

- Si se crea un gobierno, hay que darle medios para subsistir.
- Tesoro y gobierno son dos hechos correlativos que se suponen mutuamente.
- No poder costear su gobierno es no tener medios de ejercer su soberanía, no poder existir independientemente, no poder ser libres.
- No hay poder donde no hay finanzas.
- La Constitución debe arbitrar los recursos para que el gobierno pueda cumplir con los grandes fines (enunciados en el preámbulo) de su instituto.

Por su parte, para el redactor de la Constitución, José Benjamín Gorostiaga, la idea es muy simple: señaló en la Convención esa importancia remarcada por Alberdi, y que puede traducirse en la afirmación categórica de que no hay soberanía política sin soberanía económico-financiera, y entonces, la imposición de recursos es también una emanación de la soberanía que hace a la existencia misma del gobierno.

Así lo expresó Marshall en “*Mc. Culloch vs. Maryland*”, entendiendo que ese poder puede ser legítimamente ejercido sobre los objetos a los que es aplicable y con la máxima amplitud con que el gobierno pueda desear aplicarlo. La única garantía contra el abuso de este poder se halla en la estructura del propio gobierno. Poder de imposición involucra poder de destruir. ¡Una verdad incuestionable!

Es difícil arriesgar el dato preciso de quién detectó primeramente la importancia y la necesidad de interrelacionar en la interpretación constitucional los datos y condicionamientos que medían entre el derecho, la historia y la economía. De los autores y profesores que actuaron en la segunda mitad del siglo XIX, unos manifestaron su preferencia histórica, otros se inclinaron por el método comparado, luego surgieron los análisis jurisprudenciales a partir de los incipientes “*leading cases*” de la Corte Suprema; pero el que resaltó la importancia de lo que denominó “el criterio económico” fue, en una de sus brillantes exposiciones parlamentarias, Joaquín V. González, refiriéndose a lo que denominaba *alta interpretación constitucional*. Recordaba que existen muchas fórmulas de juicio aplicadas a la interpretación de las constituciones. “Existe —decía— el sistema que se denomina *literal*, que sólo toma en cuenta el texto escrito de la ley para arrancarle un sentido, diré así, exegético, derivado directamente del texto. Existen el *criterio histórico* y el *criterio económico* en el desarrollo de las instituciones como en el desarrollo de la historia misma. La economía política, ¿qué es sino la historia de leyes en que los fenómenos de la vida real y física de la sociedad están de manifiesto? Separar el *criterio histórico* del *económico* en la aplicación de las instituciones sería como separar el alma del cuerpo, que según la metafísica tradicional son absolutamente inseparables sin causar la muerte” (*Obras completas*, t. 5, pp. 25-32).

A partir de estos datos precursores, aparece como innegable el aporte de Juan Francisco Linares con su obra *Razonabilidad de las leyes* (2a. ed, Astrea, 1970) que da un toque definitivo al notable aporte del autor cuando

en la primera edición había abordado “el debido proceso legal” como garantía innominada en la Constitución argentina, elaborándose así la doctrina derivada del *due process of law* de las Enmiendas V y XIV de la Constitución norteamericana (véase: Vanossi, J. R., “Homenaje al académico Juan Francisco Linares”, *separata* de *Anales* de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, julio de 2002). Veamos como en USA la elaboración de la Corte incorporó elementos —*incluidos los datos económicos y sus probables consecuencias*— que llevarían a la formulación del *standard* que nuestra Corte Suprema de la Nación acogió como garantía de “razonabilidad” que se infiere del artículo 28 de la Constitución Nacional. Dice Linares al respecto: es con el caso *Chicago Milwaukee vs. Saint Paul Minnesota* (134 US 418) que el debido proceso legal ingresa a la categoría de un contenido estimativo y de un recurso técnico axiológico “que limita también al órgano legislativo” (p. 22). No fueron ajenas a esa evolución las influencias sobre el criterio judicial de ciertas valoraciones ambientales dominantes luego de la Guerra de Secesión:

Comienza la conquista del oeste y aparece con perfiles netos una clase capitalista, numerosa y dinámica, que reclama garantías para sus inversiones y para sus ganancias. Y es esa clase la que, mediante la acción judicial directa y la prédica y acción políticas, golpea las puertas de las cortes pidiendo una más comprensiva interpretación de las garantías constitucionales frente al derecho de propiedad... (p. 19).

La definición precisa de la garantía se ha visto dificultada en aquel país por el hecho de que los jueces se han rehusado a ello por el temor a cerrar el camino a posibles variaciones del concepto, prefiriendo en vez de seguir un trámite de “inclusiones” y “exclusiones”, a tenor de la idea desarrollada por el famoso *dean* de Harvard, Roscoe Pound, de que se está en presencia de un *standard* para guiar al tribunal, que debe aplicarse “según las circunstancias especiales de tiempo, de lugar y de *opinión pública* donde el acto tiene efecto” (p. 28). Así y todo, puede convenirse en que dicho *standard* tiene un inconfundible parentesco con el *common law* que en cuanto constituye un verdadero ideal de justicia es parte de un derecho natural constitucional”, y que también cabe considerarlo como “un arbitrio técnico para mantener una democracia liberal temperada” (p. 29). En acertada síntesis Linares piensa que el debido proceso sustantivo consiste en la exigencia de que las leyes deben ser *razonables*, o sea, “que deben conte-

ner una equivalencia entre el hecho antecedente a la norma jurídica creada y el hecho consecuente de la prestación o sanción teniendo en cuenta las circunstancias sociales que motivaron el acto, los fines perseguidos con él y el medio que como prestación o sanción establece dicho acto” (p. 31). Para determinar esa *razonabilidad*, la Corte Suprema norteamericana ha transitado por una vía que partiendo de la idea del equilibrio entre las ventajas y las cargas que la ley reporta a la comunidad, condujo en una primera faz de aplicación entre el medio empleado por el acto y la finalidad que él persigue (es decir, una proporción entre medios y fines), para arribar por último al criterio de la conformidad del acto con una serie de principios filosóficos, políticos, sociales, religiosos, a los cuales se considera ligada la existencia de la sociedad y de la civilización de los Estados Unidos (pp. 29 y 30).

En tal evolución la Corte norteamericana ha cambiado de criterios para aplicar la garantía, pasando de una lejana etapa inicial en que el debido proceso era tan solo una garantía procesal, a un segundo momento de interpretación “mecánica” o “legalista”, dominada por una concepción individualista y adversa a toda ley que implica mejoras sociales o regulación económica (la carga de la prueba de la constitucionalidad de la ley recaía sobre el defensor de la norma impugnada); pero luego se abrió paso la que Pound denomina “jurisprudencia sociológica”, en virtud de la cual se dejan de lado las razones lógicas o los viejos juicios de valor, para fundar la razonabilidad de la ley en los hechos sociales y las exigencias que motivaron su sanción (ya no se invierte la carga de la prueba); y, finalmente, se impone el criterio de la irrevisibilidad de los fundamentos del árbitro legislativo sobre la base del respeto a la opinión política del legislador, la que sólo debe ceder cuando resulte evidente para un hombre razonable que la ley no es reclamada por los hechos.

Hasta aquí, la síntesis de la disección que Linares hace de las pautas seguidas en el régimen del *common law* anglosajón y su incidencia en la versión “criolla” del principio de la razonabilidad que, en nuestra opinión sigue siendo un pilar fundamental del control de constitucionalidad y que no pretende desmerecer el peso de la economía en el derecho.

III. J. STUART MILL AL CRUCE DE LAS EXAGERACIONES

No sólo la influencia de Adam Smith y sus seguidores de doctrina se manifestaron en el Río de la Plata. Muchos otros pensadores europeos y

norteamericanos proyectaron hacia esta región sudamericana las ideas políticas, jurídicas, sociales, económicas y científicas que desplegaban sus banderas en los fértiles ámbitos del hemisferio norte. Pero hay un caso en particular, que merece su mención por la genialidad de su pensar y la coherencia en su actuar. Me refiero a John Stuart Mill (1806-1873), hijo del no menos célebre escocés James Mill, fervoroso adherente a la escuela “utilitarista” propulsada por Jeremías Bentham, a quien nuestro Bernardino Rivadavia había conocido y consultado en su estadía londinense durante la segunda década del siglo XX.

El joven J. Stuart Mill fue un niño prodigio, y ello no tan solo por el aprendizaje precoz del griego y del latín, sino por su ininterrumpido perfeccionamiento y perseverante superación en amplias áreas del pensamiento, desde la lógica hasta la economía, como la ilustran los títulos de algunas de sus obras, *Principios de economía política* (1848), *Consideraciones sobre el gobierno representativo* (1860), *El sometimiento de las mujeres* (1869), *Sobre la libertad* (1859), su *Autobiografía* (1873, el año de su muerte). En tan extensa trayectoria, fue madurando la evolución de sus ideas, que lo distanciaron de la rigurosidad ortodoxa del utilitarismo de herencia paterna para llegar a transitar por los caminos del positivismo y acoger las rectificaciones provenientes del ideario *social*, sin que ello implicara su invariable compromiso con el ideal de la libertad. Así, fue consecuente con todo ello en su paso por la Cámara de los Comunes, abogando por la ampliación del derecho de sufragio y por la implantación de un régimen electoral basado en la representación proporcional. Su pensamiento fue conocido y citado por los miembros de la Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires, instalada en 1870 con la composición de los más ilustres representantes de la época, que en varias oportunidades invocaron a Mill (malgrado la pérdida de las actas de un crecido número de sesiones) y que culminó en 1873 (año de la muerte de Mill) con la sanción de uno de los textos más progresistas del derecho público local.

Mucho tuvo que ver en su elaboración intelectual la presencia de Harriet Taylor, su esposa, confidente e interlocutora en el perpetuo debate en torno al conocimiento, con quien inició esa envidiable sociedad intelectual, más de dos décadas antes de su matrimonio, sin interrupción hasta la muerte. Tal como señala un comentarista de la reciente reedición de *The Subjection of Woman*, 1865, en traducción y prólogo al español

de Emilia Pardo Bazán (Artemisa, Madrid, 2008), el mérito de esta obra supera cualquier brote de “Clorosis” (enfermedad producida por deficiencia de hierro y caracterizado por anemia), y a que la fuerza argumental que puso Mill en su “pronunciamento” permanece “insenescente”, o sea, que no envejece ni decaerá. Veamos pues:

Como es sabido, Mill tenía una vasta información histórica y hace uso de ella en este libro, informándonos de las privaciones a las que han sido sometidas las mujeres; pero lo que es radical no es tanto el dato como su impecable razonamiento. Mill proclama que lo que en su tiempo se denomina *la naturaleza de las mujeres, es un producto eminentemente artificial*, más adulterado por los hombres (y la contribución de las mismas mujeres) que el de las “razas de esclavos”.

Mill afirma algo que aún debemos recordar: que en “la familia, como en el Estado el poder no sustituye racionalmente a la libertad”. Desde esta idea, critica con agudeza tanto a los gobiernos como a las iglesias que sancionan la soberanía arbitraria de un miembro de la humanidad sobre otro. Frente a las morales de la servidumbre, de la caballería y de la generosidad, Mill opone la moral de la justicia. Para ello hay que emprender, afirma, el camino de la experiencia. Todavía Mill sigue siendo actual, y a que sus razones son las nuestras; junto a las leyes es necesario el valor de educar, porque las familias siguen siendo, en tantas ocasiones, escuelas de despotismo, cuando no de crímenes (*cfr.* Juan Malpartida, ABC, “Cultura”, marzo 2008).

Antes de entrar en una visión en escorzo de los demás tópicos de Mill, debo confesar que su contribución al pensamiento liberal dinámico y actualizado es la prolongación de una larga línea de creadores que sin mengua de otros, incluyen los aportes de cartesianos, de kantianos, de Locke y Montesquieu, del abate *Sieyès*, de Benjamín Constant; pero con la nota característica del estilo mental *british*, con la unión “coalescente” de partes separadas pero que unidas de una u otra manera resultan convincentes para el entendimiento del porqué de las cosas.

No es fácil sintetizar las ideas cardinales de Mill. Nos limitaremos a las “claves de búsqueda” de sus principales temas dominantes en tan vasta personalidad intelectual:

1. Partidario del estudio “empírico” de los fenómenos. Daba gran atención a la observación. Atribuía especial mérito a los frutos de la *experiencia*. Era afecto a la utilización del método inductivo. Practicaba el “asociacionismo psíquico” a partir de impresiones formadas por la mente. No asignaba al conocimiento científico un valor de verdad absoluta: sólo probable.
2. La “libertad” como elemento fundamental. Esa libertad tiene límite: que al ejercerla no se cause daño a los demás (principio de indemnidad del prójimo). La libertad se justifica en procura de la *felicidad*, y ésta se goza en la individualidad a través de la libertad. No interferir en la libertad ajena. No incitar al delito.
3. Amplísima “libertad de expresión”, pero sin causar daño. La libertad de expresión es fundamental para realizar el progreso. Aún las opiniones erróneas sirven para dar lugar a la refutación, y con ello se llega a la verdad, que sale ganando en confiabilidad.
4. La “*democracia*” es la mejor forma de gobierno. La libertad democrática supone y requiere la “*participación*” del pueblo. Deben respetarse los derechos de las “minorías”. La *educación universal* debe preceder al *sufragio universal*. Para que el individuo sienta y goce su condición personal, es fundamental asegurar la *educación pública “para todos”*.
5. Con la *educación* y la *experiencia* el hombre puede rectificar sus errores. La *discusión* de las ideas, el *debate* de las diversas tesis y la libre *competencia* del pensamiento hacen del ser humano un sujeto autónomo y libre. Por ello en el amplio concepto de “utilidad” están comprendidos —necesariamente— la “imaginación” y la “conciencia crítica”. No todo es materia. Hay una “jerarquía de placeres”, en que los morales e intelectuales son superiores a los físicos. Las acciones son positivas (buenas) según la calidad de felicidad y la cantidad de beneficiarios de esa felicidad.
6. Es destacable su criterio respecto de la mujer y la condición femenina en su tiempo. En total coincidencia con el pensamiento de su esposa Harriet Taylor, denuncia abiertamente que la desigualdad entre sexos es “uno de los principales obstáculos para el progreso de la humanidad. La desigualdad es un prejuicio, actúa como un sentimiento, atenta contra la razón y contraviene las reglas comunes de la condición humana. Por todo ello Mill es un adelantado de

la prédica igualitaria, cuando reclama para esta nueva condición una “igualdad perfecta” y sin privilegios ni poder para un sexo ni incapacidad para el otro. Hay una coincidencia plena en todas las posturas de Mill que envuelvan o rocen el problema de la igualdad: a) apoya la causa abolicionista de la esclavitud durante la Guerra de Secesión en USA; b) en su banca de Diputado brinda su apoyo en pro de las mejoras favorables a los sectores más necesitados; c) se bate en favor de la igualdad de derechos para la mujer; d) apoya la universalización igualitaria del sufragio.

7. En sus notables aportes a la economía política (2 obras, la segunda de las cuales coincide con el del mismo año (1848) de los “trasterados” (exiliados) ataques apocalípticos de Carlos Marx, Mill se ocupa de los salarios, del beneficio, de la utilidad y del coste de producción. Y en la última parte captó algo importante: el estancamiento del sistema por la reducción de los beneficios; pero a continuación reacciona y en “la tercera parte es la que mejor refleja su talante reformista y trata de las medidas necesarias para favorecer una más justa distribución de la renta entre las que Mill propuso la limitación de la herencia, la cooperación obrera e interterritorial y la promoción de la pequeña propiedad campesina” (*cf.* *Biografías y vidas*, 2004).

Y es allí donde detecta la necesidad de introducir correcciones a la economía “manchesteriana” y hasta admite (y preconiza) algunas medidas “intervencionistas” a través de mecanismos fiscales, como el régimen impositivo de la herencia y el gravamen sobre el alcohol, para equilibrar la situación de los sectores sumergidos (véase John Stuart Mill: “Overview”, *The Internet Encyclopedia of Philosophy*, 2006, donde aparece citada una amplia bibliografía sobre Mill). De todo lo visto, queda bien en claro que no puede confundirse la filosofía política del “liberalismo social” desplegada por J. S. Mill y seguida por algunos pensadores más recientes como Calógero y Monique Canto-Sperber, con el pensamiento o ideario de un “socialismo liberal” al estilo del promovido en su tiempo por los hermanos Rosselli, y retomado —con diversas modalidades— por Bobbio, Lefort y Habermas.

Ante la “farfulla” balbuciente y precipitada, que de prisa y atropelladamente intenta confundir para convencer con tropelía de páginas o dis-

cursos, el lenguaje de Mill nos abre la mente ante problemas no cerrados por el barullo de los *best-sellers*. Ortega denunció la aglomeración y nosotros protestamos ante el vértigo. Y ante el abuso lingüístico de “soflamas”, que son un cúmulo de palabras afectadas (para engañar), es decir, la presentación —mediocre o deslumbrante— de ficciones con que se intenta engañar; encontramos en el legado de Mill razonamientos elementales y harto convincentes. Por ejemplo, su discurso en la sesión del 20 de mayo de 1867 en los Comunes, proponiendo el sufragio femenino (que es rechazado por 193 votos contra 73) se anticipa a la aprobación de tan importante derecho humano que llegaría en el año 1918, con la frescura de argumentos de absoluta vigencia. No nos permite la limitación del espacio reproducirlos acá, pero basta con mencionar que no sólo razones de justicia y de igualdad en la condición humana le asistían en la fundamentación del discurso, sino también la coherencia con el principio de la imposición (*no taxation without representation*) a partir del hecho que en la sociedad inglesa de esa época existían multitud de mujeres que participaban en el proceso productivo y oblaban las contribuciones, tasas e impuestos a la par que los hombres. La exclusión del sexo femenino a la hora del voto era para Mill una discriminación basada en una “sensación de extrañeza”, ridícula en tiempos en que “se vive en un mundo de novedad” y en el que “algunas de las cosas que para muchos de nosotros eran bastante extrañas hace tres meses, y a no lo son más” (*sic*). Sostiene con firmeza que la cuestión debe ser resuelta por una apelación más alta que “el juicio de los hábitos”: debe someterse al tribunal de la razón”. Mill cree que la idea de una línea neta de separación entre las ocupaciones femeninas y las masculinas pertenece a una condición lejana de la sociedad que se pierde en el pasado: antes la mujer era juguete o una esclava de lujo; ahora los dos sexos comparten juntos sus vidas, son compañeros habituales, son socios principales; la mujer es la amiga más íntima y la consejera de mayor confianza; por lo que mantenerla en una condición de inferioridad electoral sólo puede interpretarse como un *envilecimiento* de la índole humana que compartan el hombre y la mujer (dicho en 1867...).

En cuanto al derecho electoral, no tuvo la suerte de que sus propuestas se adoptaran hasta el presente. Bregó por la sustitución del voto uninominal por “circunscripciones”, para implantar el principio de la proporcionalidad, al que estimaba más fiel a la justicia del reconocimiento de “un

hombre igual un voto”; lo que de haberse aceptado hubiera significado un cambio cualitativo y cuantitativo en la membresía de la Cámara de los Comunes y, eventualmente asestarle un golpe de gracia al bipartidismo forzado que se gestó a partir de los dos grandes encolumnamientos parlamentarios: *The Tory Party* (conservadores) y *The Whig Party* (los liberales), hasta que entró en escena *The Labour Party* (laboristas), que relegaron al partido liberal a un tercer puesto.

El debate al respecto todavía está presente y hasta hoy se traen a la memoria los fundamentos esgrimidos por Stuart Mill y su colega Bagheot, también liberal, pero que defendía la territorialidad. Hemos citado esta polémica, por su invariable actualidad, y hemos dicho: “Stuart Mill defendía la representación proporcional —sistema que nunca había sido apoyado en Inglaterra— y la defendía sobre la base del valor justicia: a cada uno lo suyo, o sea, en proporción a los votos correspondía la adjudicación de las bancas.

Stuart Mill usaba la idea del mapa: decía que el sistema electoral debía producir en la Cámara, el mismo efecto o relación que existe entre el mapa y el territorio, o sea, una reproducción en pequeña escala del mapa político del país, de las expresiones políticas del reino.

Y Bagheot le contestaba: todo eso está perfecto desde el punto de vista del valor justicia, no cabe la menor duda; pero desde el punto de vista del valor eficacia, en Inglaterra y a esta altura del siglo hace falta compaginar el derecho del gobierno con el derecho de la oposición: el gobierno tiene derecho a gobernar y la oposición tiene derecho a controlar.

Y estos dos derechos no son incompatibles, hay que buscar la forma de conciliarlos, de armonizarlos, de manera tal que se puedan ejercer simultáneamente, para respetar el sentimiento del que ha votado al partido del gobierno, que quiere ver cumplido el programa, o la línea, o la orientación, o “*il indirizzo*” (como dirían los italianos) representado por el partido. Y el derecho del que ha votado por el que resulta oposición, que quiere control, quiere crítica, quiere alternativa, quiere denuncias, y por lo tanto, las cosas no pueden extremarse de manera tal que un derecho sacrifique al otro. Tiene que existir la posibilidad de ser armonizados” (*cfr.* Vanossi, J. R., *El valor de la experiencia en el derecho electoral*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, 22 de diciembre de 1993, y en otras publicaciones ulteriores).

Cabe señalar que el contrincante argumental de Stuart Mill en esa ocasión, fue Walter Bagheot (1826-1877), un afilado escritor y periodista,

particularmente especializado en los temas económicos e institucionales, autor de un clásico en la materia: *The English Constitution* publicado en 1867 y que es un modelo de descripción realista del funcionamiento de las diversas piezas que componen el régimen político británico. Muchas de sus colaboraciones y opiniones aparecieron publicadas en *The Economist* con gran éxito editorial. Su agudo sentido del humor lo llevó a decir frases tan atrapantes como éstas: “bueno es carecer de vicio, pero es muy malo no tener tentaciones”, y “el mejor placer en la vida es hacer lo que la gente te dice que no puedes hacer” (¡sin comentarios!).

IV. LAS INFLUENCIAS EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Así como en la historia no hay monismos causales (Orgaz), sino pluralidad o concomitancia de factores determinantes; lo mismo puede decirse de las herramientas indispensables como instrumental de uso para alcanzar los objetivos que se proponga el derecho en sí mismo o su hermenéutica en la etapa de aplicación.

Explica Aftalión que en el fondo de todos los esfuerzos desarrollados por los juristas en relación con el tema que nos ocupa, ha latido siempre la esperanza de dar con un procedimiento metódico perfecto, infalible de cuya aplicación a la ley habría de resultar la única solución correcta, de modo análogo a como la adición de oxígeno al hidrógeno origina siempre agua. Sin embargo, por poco que revisemos los registros de jurisprudencia, advertiremos que ninguno de los procedimientos metódicos sustentados en diversos momentos por los teóricos del derecho puede aspirar a una situación de monopolio, y a que los jueces no renuncian al derecho de saltar de uno a otro, cuando no de utilizarlos simultáneamente. Todo esto muestra una falta de rigor teórico y muestra la conveniencia de efectuar una revisión histórico-crítica de todo el problema (“Crítica del saber...”, p. 217).

A semejante conclusión llega Linares Quintana en su exhaustivo *Tratado de interpretación constitucional*, cuando afirma rotundamente:

A esta altura de nuestra investigación, de todo lo que hemos venido exponiendo se desprende como conclusión indubitable, que la interpretación constitucional no puede encerrarse dentro del marco estrecho de uno o algunos de los enfoques o criterios examinados, que únicamente son capaces de proporcionar al intérprete una visión parcial y por lo tanto unilateral del exacto sentido, generalmente complejo, de la norma, resultado de su com-

posición no pocas veces hasta enmarañada, que impone la necesidad del análisis, lo más completo e integrativo posible, del conjunto de los elementos diversos y asaz heterogéneos que componen aquélla: semántico, lógico, sistemático, progresista, histórico, político y sobre todo jurídico y teleológico (t. I, p. 194). Del mismo autor, extraemos de su reciente 2a. ed. del *Tratado de interpretación constitucional* (Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007), tomo I (obra dedicada en homenaje a Karl Loewenstein) las siguientes precisiones, que estimamos muy valiosas y aptas para esclarecer las distribuciones conceptuales que luego vamos a formular: “En un sentido genérico, el *método*, camino a seguir, es el conjunto de procedimientos que debe emplear el espíritu humano en la búsqueda y la demostración de la verdad” (también véase del mismo autor: *Derecho constitucional e instituciones políticas. Teoría empírica*, Buenos Aires, 3a. ed., 1981, pp. 275 y ss.).

Luego afirma:

La metodología, inicial y elementalmente, es una parte de la lógica, y los dos métodos fundamentales son el deductivo y el inductivo. Más el contexto especial de los objetos de cada ciencia, sus diversos fines y su peculiar problemática, han dado lugar al nacimiento, en torno a ellas, de metodologías particulares, una de las cuales es la metodología del derecho constitucional. Lo cual no significa que dicha metodología sea rigurosamente independiente de las demás metodologías. Como señala Hernández Gil, una absoluta y cerrada pureza metodológica es inadmisibles y ha conducido a resultados recusables. La autosuficiencia de las ciencias, de ordinario pretenciosa cuando no utópica, lo es más desde el punto de vista del método (*Tratado de interpretación constitucional*, t. I, p. 164).

En materia de interpretación constitucional, coincidimos con nuestra posición referida a la metodología para el estudio y la investigación del derecho constitucional, que es contraria a la de la pureza metodológica que fatal e inexorablemente conduce a la unilateralidad, a través de una visión parcial e incompleta del fenómeno jurídico-constitucional (*ibidem*, p. 189).

Más adelante, el mismo Linares Quintana encara las precisiones necesarias para diferenciar las ideas de “métodos”, “de técnicas” y “de enfoques” sosteniendo:

Aunque con frecuencia se emplean como términos sinónimos *método* y *técnica*, designan conceptos diferentes. Como observa Burdeau, cada ciencia elabora un método que está en armonía con ella: *deducción* para la especu-

lación matemática; *inducción* para la observación de los fenómenos concretos. Pero en ambos casos, la conducción del razonamiento esta subordinada al conocimiento de lo real. Y este conocimiento es el que procuran las *técnicas*. Las características de las técnicas reside, pues, en su estrecha solidaridad con el objeto del conocimiento. El espíritu inventa el método; lo real impone las técnicas. (Burdeau, Georges, *Método de la ciencia política*, versión castellana de Puig, Juan C., Buenos Aires, 1964, p. 8.).

En definitiva, únicamente existen dos métodos —el *deductivo* y el *inductivo*— y, en cambio, un *número infinito de técnicas*. Sin embargo con frecuencia se confunde *método* con *técnica*. Teniendo en cuenta la amplitud de la realidad que supone la noción de las cuestiones y fenómenos que abarca el campo del derecho constitucional, se explica y justifica el gran número de procedimientos que se emplean para aprehenderla” (Linares Quintana, S. V., *op. cit.*, t.I, p. 279).

Otra advertencia importante para evitar el error es que “no debe confundirse el método con el enfoque o modo de acercamiento o aproximación, *approach*. Este último vocablo inglés se utiliza para designar las vías de acceso al conocimiento, independientemente de articularlas en un proceso intelectual lógico. Trata más bien, de rodear el fenómeno antes que apuntar directamente a su centro” (Burdeau, G., “Método de la ciencia política”, versión castellana de Puig, Juan C., Buenos Aires, 1964, p. 8).

Como advierte Van Dike,

los modos de acercamiento consisten en criterios para seleccionar los problemas y los datos relevantes mientras que los métodos son procedimientos para conseguir y utilizar los datos. Es grande el número de los modos de acercamiento posibles. Es como si la cuestión o problema fuera el centro del círculo, al que se puede llegar desde cualquier punto de éste. A veces, los enfoques suelen ser identificados en términos de las disciplinas o de sus subdivisiones o capítulos; verbigracia: enfoque jurídico, enfoque histórico, enfoque teleológico, enfoque sociológico, enfoque político, enfoque económico, enfoque literal o semántico, etcétera (Van Dike, V., *op. cit.*, pp. 130, 133 y 149).

En el acceso a la realidad política —afirma Verdú— y nos permitimos señalar que el derecho constitucional es ciencia jurídica pero también ciencia política, que puede hacerse a través de diversos caminos que denominamos *enfoques metodológicos*, que no sirven para constituir el objeto de la ciencia política (la realidad política en su variada fenomenología

concretada en los fenómenos relativos al fundamento, organización, ejercicio, y dinámica del poder en una estructura social), sino para acceder a ella, para contemplarla desde el enfoque. Por consiguiente el enfoque opera como aproximación, *approach*, que llega a tomar contacto con la realidad política, pero una vez alcanzada se puede reconstruir el camino seguido, de manera que cabe describir, y explicarse, aquella realidad, desde, y según, el enfoque. Los enfoques son varios: histórico, sociológico, comparado, psicológico, jurídico, económico (Verdú, Pablo L., *Principios de ciencia política*, Madrid, 1976, pp. 83 y ss.).

Por nuestra parte, en 1989 publicamos la 2a. ed. (Eudeba) de nuestra obra *La universidad y la facultad de derecho: sus problemas*: allí fijamos nuestra postura en torno a la metodología de estudio e investigación del derecho constitucional, cuidando de evitar los “unicatos” que condujeran a una escasa o insuficiente visibilidad del objeto en análisis. Manifestamos entonces, una preferencia plural (métodos, técnicas y enfoques), esquivando el hiperfactualismo, el cuantitativismo y el estrecho legalismo formal. Ya advertíamos sobre el peligro que acecha “a quienes para alcanzar el conocimiento de un objeto jurídico se valen únicamente de elementos provenientes de las disciplinas sociales extra-jurídicas” (*cf. op. cit.*, p. 215). Nuestro discurso sigue siendo el mismo; puesto que “un elemento importante para la capacitan en el trabajo interdisciplinario es la *metodología*. La formación metodológica no puede alcanzar la misma profundidad para el caso de abogados capacitados en la materia litigiosa, que para juristas empeñados en la investigación científica o, simplemente, en la enseñanza de una asignatura. Por ello, no parece acertado poner el mismo énfasis y nivel de exigencia en todos los casos, y a que la discriminación se impone por elementales razones de vocación y de dedicación (sin perjuicio de las razones de aptitud). Partiendo de la afirmación platónica según la cual no hay nada más práctico que una buena teoría, tenemos que el conocimiento metodológico puede ser considerado imprescindible en los cuatro cauces del nivel de posgrado: la carrera docente, el doctorado, la especialización profesional y la carrera de investigación. En esos cuatro caminos, corresponde dar a la metodología su merecido rango curricular, cuidando de advertir que en unos casos puede ser más importante intensificar el estudio de la metodología del derecho dirigida al gran tema de la interpretación, mientras que en otros casos la prioridad debe ser para la *metodología de la investigación científica* (en

el campo jurídico). En todos los casos conviene tener presente como criterio rector, que la metodología tampoco puede ser dimensionada como un fin en sí mismo, y a que de su propio destino surge que el método es el camino a seguir y que, por lo tanto, su valor es eminentemente formativo pero instrumental: no cabe imaginar la metodología por la metodología misma. Fuera de esta salvedad o aclaración, ratificamos nuestro acuerdo con la afirmación de Camilo Viterbo, en el sentido de que el objeto de aprendizaje universitario más que la materia es el método.

Es probablemente este aspecto metodológico el que permite una más seria programación disciplinaria con miras a la capacitación para el quehacer en interrelación con otras profesiones. Cuando éstas pertenecen al ámbito de las ciencias sociales (*lato sensu*), los resultados pueden ser más provechosos, toda vez que en última instancia se observa la unidad genérica de tales “ciencias sociales”, con especies que pasan a integrar el conocimiento jurídico, el conocimiento sociológico, el conocimiento político, etcétera. Por ejemplo, en el terreno de la investigación jurídica caben todas las recomendaciones metodológicas que corresponden a las ciencias sociales en general (verbigracia, el *Método de las ciencias sociales*, de Maurice Duverger, y el *Método de la ciencia política* de George Burdeau, son dos obras de insoslayable lectura para el jurista que aspire a especializarse en la rama del “derecho constitucional”, y aunque el enfoque de este sea predominantemente positivo). A propósito de esto, podemos entrar a comentar un ejemplo que surge del derecho positivo, pero que trasciende hasta el punto de poner en relieve la *necesidad* (que es mucho más que la conveniencia) del trabajo en visión interdisciplinaria: es el caso del derecho constitucional moderno, que bien puede resultar el mismo caso de otras ramas del derecho público y, aun, del derecho privado (tomando esta vieja división con un sentido amplio y en la aceptación común de los términos). Vamos a demostrar, a continuación, que el derecho constitucional clásico era una materia *intradisciplinaria*, mientras que el derecho constitucional actual está basado en un estudio *interdisciplinario*, o sea, que en el interior mismo de una rama del derecho se ha producido el cambio suficiente como para evidenciar la “necesidad” de un estudio que exceda los límites puramente dogmáticos-positivos y abrace el cuerpo más amplio de la realidad con los instrumentos que le suministran las demás ciencias sociales.

La verificación de lo afirmado en el último párrafo comienza con el recuerdo de la relación entre *método* y el *objeto*. Toda disciplina tiene un objeto de estudio: y cada objeto tiene sus “métodos” apropiados o correspondientes a su estudio (cabe aclarar que la palabra “método” está utilizada en sentido amplio, comprensivo de los métodos propiamente dichos, de las técnicas y de los enfoques: Así, el derecho constitucional clásico tenía por objeto el estudio de las normas de la Constitución formal, y, por lo tanto, sus métodos eran los correspondientes al estudio de las normas jurídicas, o sea, los métodos jurídicos propios de toda la ciencia del derecho. Esto está reflejado en las obras clásicas del derecho constitucional, que reproducían en la enseñanza el método de la Constitución positiva. Pero la evolución posterior registra un doble cambio: por un lado el ensanche del “objeto” de estudio, al que se incorporan nuevos temas que habían permanecido alejados del estudio exegético y literal del articulado constitucional, tales como los gobiernos de facto (doctrina de facto), la burocracia, el liderazgo, los partidos políticos, los grupos de poder, etcétera, y por otra parte, surge la necesidad de estudiar también los problemas de funcionalidad de aquellas normas constitucionales codificadas, en su aplicación. De ello resulta que el derecho constitucional moderno tiene un objeto más amplio y, en consecuencia, debe valerse de una pluralidad de métodos (*lato sensu*) para poder obtener el conocimiento completo de ese nuevo objeto. Es decir, que a cada ensanchamiento del objeto corresponde una ampliación de los métodos. Y es aquí donde surge el perfil *interdisciplinario*, en franca superación de la vieja óptica *intradisciplinaria*: se produce una relación metodológica entre el derecho constitucional propiamente dicho (disciplina normativa) y las demás ciencias sociales que por la afinidad de su objeto son conocidas con la denominación —algo imprecisa— de “ciencias políticas”. En ese sentido, cabe afirmar que el mayor aporte al derecho constitucional, proveniente de esas disciplinas, consiste en el apoyo metodológico necesario para el nuevo objeto. Por ejemplo, aparece el aporte de la *sociología política*, que suministra a los constitucionalistas todo un arsenal de instrumentos conducentes a la verificación de la funcionalidad de las instituciones regidas por la Constitución escrita, con datos que son imprescindibles para poder llegar a un conocimiento real e integral del funcionamiento y de la efectividad de tales instituciones constitucionales. Se produce así una estrecha interrelación entre dos órdenes de conocimiento, para cuya aprehensión es menester apelar al

estudio *inter*-disciplinario, a saber: *a*) el orden del conocimiento constitucional, que recae sobre normas e instituciones, y que consiste fundamentalmente en *problemas de interpretación*, y *b*) el orden del conocimiento socio-político, que recae sobre hechos, fenómenos, ideas y procesos, pero que consiste principalmente en *problemas de funcionalidad*. Por eso es que en la actualidad no se habla de “derecho constitucional” a secas, y se prefiere una denominación más comprensiva, como la de “derecho constitucional e instituciones políticas” (Duverger, Hauriou (h), Linares Quintana, etcétera). Pues bien: es a través de ese nivel del conocimiento socio-político (b) que hemos indicado como se produce la aportación metodológica de las demás ciencias sociales, mediante técnicas y enfoques que a manera de instrumentos auxiliares vienen a suministrar elementos que van a ser utilizados en la inducción y en la deducción (que son los “métodos” en sentido estricto o propiamente dichos).

Un abogado que no esté suficientemente preparado para trabajar interdisciplinariamente corre el grave riesgo de fracasar en el intento de llevar a cabo un estudio completo de cualquier institución. Puede decirse que así como el jurista que no utiliza el método comparado llega apenas a alcanzar un conocimiento parcial del objeto, y a que quien estudia el derecho de un solo país ni siquiera estudia el derecho de ese país; también acontece que quien solamente acude a los métodos jurídicos tradicionales, apenas alcanza a un estudio unilateral del objeto, que será fatalmente incompleto y dará resultados equívocos. El jurista que prescindiera de la apoyatura metodológica de las ciencias sociales podrá fácilmente incurrir en las deformaciones originadas en la unilateralidad; como que también ese peligro concierne a quienes para alcanzar el conocimiento de un objeto jurídico se valen únicamente de elementos provenientes de las disciplinas sociales extrajurídicas. La falta de adecuada inserción de la metodología interdisciplinaria puede tanto hacer caer en el hiperfactualismo o en cuantitativismo, cuanto incurrir en el más estrecho legalismo formal. No es ésta la oportunidad para abundar más en consideraciones sobre este problema metodológico, pero nos ha parecido importante llamar la atención sobre la relación que guarda con el otro problema en estudio: el de la formación del abogado para su interrelación con otras disciplinas.

V. MÉTODO, TÉCNICA Y ENFOQUE. “ANÁLISIS”

En síntesis, no se puede dejar de lado —para saber de qué se trata el AED— las significaciones que asigna el *Diccionario de la Real Academia Española* (DRAE):

1. *Método*

Procedimiento que se sigue en las ciencias para hallar la verdad y enseñarla. Puede ser analítico o sintético.

Analítico: que pasa del todo a las partes que procede descomponiendo.

Sintético: que pasa de las partes al todo que procede componiendo.

En última instancia, nos topamos con 2 métodos:

- Inductivo: Ascender lógicamente el entendimiento desde el conocimiento de los fenómenos (hechos o casos) a la ley o principio que virtualmente los contiene o que se efectúa en todos ellos uniformemente.
- Deductivo: método por el cual se procede lógicamente de lo universal a lo particular.
 - Sacar consecuencias de un principio, proposición o supuesto.
 - Sacar consecuencias de una cosa (inferir: deducir una cosa de otra; sacar una consecuencia.

2. *Técnica*

1. Conjunto de procedimientos y recursos de que se sirve una ciencia o un arte.
2. Perteneciente o relativo a las aplicaciones de las ciencias y las artes.

3. *Enfoque*

1. Hacer que la imagen de un objeto producida en el foco de una lente se recoja con claridad sobre un plano u objeto determinado.
2. Centrar en el visor de una cámara fotográfica la imagen que se quiere obtener.
3. Proyectar un haz de luz o de partículas sobre un determinado punto.

4. Dirigir la atención o el interés hacia un asunto o problema desde unos supuestos previos, para tratar de resolverlo acertadamente.

(Estas dos últimas acepciones del DRAE son las que más le conciernen al AED, en cuanto herramientas de las que se vale el mentado “análisis”).

4. *Análisis*

¿Qué se entiende por él? Varias acepciones:

1. Distinción y separación de las partes de un todo hasta llegar a conocer sus principios o elementos.
2. Examen que se hace de una obra, de un escrito o de cualquier realidad susceptible de estudio intelectual.
3. Examen de los componentes del discurso y de sus respectivas propiedades y funciones.

A estos alcances debemos sumar uno que está muy próximo a la economía: el análisis “factorial”, entendiendo por tal el método estadístico usado para cuantificar la importancia de cada uno de los factores actuantes en un fenómeno.

En su obra *Diccionario de filosofía abreviado* (Sudamericana, 1986) José Ferrater Mora dedica extensa exposición al concepto analítico, y luego de recordar su sentido en la antigüedad, expresa que:

...en la actualidad suele entenderse el análisis como la descomposición de un todo en sus partes. Más que de un todo real y de sus componentes reales —como ocurre en los análisis químicos— se entiende esa descomposición en un sentido lógico o bien mental. Se habla así de análisis de una proposición en cuanto investigación de los elementos que la componen, o de análisis de un concepto en cuanto investigación de los subconceptos con que se ha construido tal concepto. En todos estos casos el análisis se contrapone a la síntesis que es una composición de lo previamente descompuesto. Hay que advertir, sin embargo, que tal contraposición no impide usar los dos métodos, el analítico y el sintético, tanto en la ciencia como en la filosofía. Es una opinión muy generalizada que ambos métodos tienen que ser complementarios: una vez analizado un todo en sus partes

componentes, la recomposición sintética de estas partes tiene que dar por resultado el todo de que se había partido (*op. cit.*, pp. 28 y 29).

Después de desbrozar las recientes “escuelas o direcciones”, el autor destaca un analitismo que si bien se origina en el formalismo, está “...más interesado en los problemas lógicos, y preferentemente ocupado en construir lenguajes precisos dentro de los cuales queden eliminadas las paradojas y a los cuales puedan traducirse las partes no contradictorias del lenguaje hablado”; por lo que

...pretende últimamente forjar lenguajes en los cuales pueda describirse con rigor la experiencia. Por lo tanto, tales lenguajes, aun cuando son formales, deben utilizarse con vistas a describir la realidad, al revés de lo que ocurre con el analitismo en los sentidos (anteriores) que es más bien un modo de eludir los problemas de la descripción de lo real.

En síntesis, Ferrater Mora admite que

...con el término “análisis” o también con la expresión “análisis lógico” se designa hoy un amplio movimiento filosófico de carácter antimetafísico que abarca muy diversas tendencias: positivismo lógico, empirismo lógico o científico, Escuela (analítica) de Cambridge (v.), Grupo de Oxford (v.), Círculo de Wittgenstein (v.), etc. A este movimiento se incorporan muchos de los que trabajan en temas de lógica simbólica y de semiótica en un sentido “neutral” y pretende ofrecer cierta idea de la actividad filosófica”, y a esta tendencia se han ido volcando “los antiguos positivistas lógicos de tendencia formalista como Carnap y muchos de los que trabajan en el campo de la lógica matemática con el fin de encontrar lenguajes en el sentido indicado (*op. cit.*, pp. 30 y 31).

VI. TEORÍA Y DOCTRINA. “ENFOQUE”

“Teorías” y “doctrinas”: ¿qué pretende o aspira a ser el AED y qué es realmente? ¿Una teoría o una doctrina?

El profesor Fayt, Carlos S., en su clásica obra *Derecho político*, tomo I (Desalma, 1985), afirma que:

Las doctrinas políticas en consecuencia: 1) son producto de la época en que se formulan, enraízan en la realidad de su tiempo; 2) según se sirvan

de justificación al orden existente o proporcionen una configuración del futuro anticipado en el pensamiento, son conservadoras o revolucionarias”; para añadir después que “las doctrinas se oponen y se complementan entre sí. El nexo que las vincula es generalmente idéntico: racionalizar la conservación o la transformación de la organización política y del ordenamiento social, y las realizaciones políticas materializan parcial o totalmente las doctrinas.

La conclusión de Fayt es coincidente con la de Mario Justo López, en el sentido que “Los vocablos “teoría” y “doctrina” son ambiguos y a menudo se los emplea como antónimos. En rigor, teoría corresponde al conocimiento especulativo y la doctrina al conocimiento práctico. La primera trata de conocer la realidad tal cual es, la segunda, de influir sobre ella. La teoría trata de comprobar los hechos, clasificarlos y explicarlos. La doctrina en cambio, valora los hechos en función de una cosmovisión, de una ideología, de una motivación o de una finalidad, y el conocimiento se proyecta o trata de proyectarse sobre la acción” (*op. cit.*, pp. 32 y 33).

En su *Introducción a los estudios políticos* (Kapeluz, 1969, t. I, Teoría política) el académico M. J. López, arriba mencionado, abunda en la dinámica entre “teoría” y “doctrina”: “La primera es un modo de pensar destinado al conocimiento de la realidad política. Busca obtener un conocimiento comunicable, confortable y de validez general. La segunda es un modo de pensar destinado a la acción en la realidad política. Busca señalar la empresa a realizar. La realidad objeto de conocimiento es la misma, pero es distinta la actitud del sujeto. En un caso, se trata de comprobar los hechos, clasificarlos y explicarlos, para lo cual se recurre a hipótesis susceptibles de ser verificados por la experiencia. Predomina la voluntad de conocer. En el otro, los hechos son juzgados y valorados y se los acepta o se los rechaza, en función de una *Weltanschauung*, de una ideología, de una motivación o de una finalidad, y el conocimiento se proyecta o trata de proyectarse sobre la acción y se convierte así en parte de a propia realidad política (tras la imagen de una realidad política pensada, se proyecta la empresa a realizar). Predomina la voluntad de querer y poder. En tal sentido, cabe afirmar que la teoría política es conocimiento de la realidad política que no se confunde con ella y, en cambio, la doctrina política queda involucrada en la realidad política misma” (*op. cit.*, p. 111).

En el *Diccionario de filosofía abreviado* de José Ferrater Mora (*op. cit.*) el autor anota:

Teoría: el significado primario del vocablo “teoría” es contemplación. De ahí que se pueda definir la teoría como una visión inteligible o una contemplación racional.

En la actualidad el término “teoría” no equivale exactamente al de “contemplación”, pues designa una construcción intelectual que aparece como resultado del trabajo filosófico o científico. Los filósofos de la ciencia especialmente han introducido interpretaciones muy diversas acerca de la naturaleza de las teorías científicas. Para unos la teoría es una descripción de la realidad (descripción de percepciones o descripción de los datos de los sentidos). Para otros la teoría es una verdadera explicación (v.), de los hechos. Otros finalmente sólo la identifican con un simbolismo útil y cómodo. Muchos autores han manifestado que el análisis de la naturaleza de la teoría plantea problemas epistemológicos, pero que se los puede soslayar sin excesivo daño para el análisis que debe limitarse a describir la estructura de la teoría. Una definición reciente unifica diversos conceptos habitualmente separados y aun contrapuestos: “Una teoría científica es un sistema deductivo en el cual ciertas consecuencias observables se siguen de la conjunción entre hechos observados y la serie de las hipótesis fundamentales del sistema” (*op. cit.*, pp. 405 y 406).

Por último, una vez más acudiremos a la documentada obra de Mario Justo López, citada *ut supra*, para remarcar la manida diferenciación entre “teoría” y “doctrina”, con las consabidas dificultades que dicha cuestión acarrea: “la distinción entre “doctrina” y la “teoría”, con respecto a la política, ha sido puesta de manifiesto por Prélot, quien toma la distinción conceptual del economista Gaétan Pirou, y señala que éste la precisó en la *Introduction* a su gran *Traité d'économie politique*, retomándola de una obra anterior publicada en 1929 bajo el título de *Doctrine sociale et science économique*. Prélot distingue claramente los dos conceptos: pero formula la siguiente advertencia:

...muy frecuentemente, lo que se presenta como teoría es en realidad doctrina. El autor de una doctrina la disimula bajo el velo científico; inversamente, las doctrinas dan lugar a teorías. En la mayor parte de las obras el vínculo entre la doctrina y la teoría no podría ser cortado. A lo sumo, en caso de que se lo lograra, se empobrecería considerablemente su estudio. Hasta se correría el riesgo de desfigurarse completamente el sentido. La ma-

yoría de los escritores son a la vez doctrinarios y teóricos. Si sólo se los considera como teóricos, se presenta una imagen parcial de su pensamiento. Las grandes obras deben estudiarse, pues, en toda su amplitud y densidad, aprehendiendo su economía interna del modo en que fue concebida por el autor.” (Prélot, Marcel, *La ciencia política* [título original francés: *La science politique*], Buenos Aires, Eudeba, 1964, pp. 62-64).

El mismo autor expuso claramente la distinción entre “doctrina política” y “teoría política” en su obra *Histoire des idées politiques*, Dalloz, París, 1961, p. 3. En la misma obra expone la noción de “sistema doctrinal”, hecho de tesis articuladas entre ellas y vinculadas a un principio y que comportan un proyecto intelectual de organización política, que forma igualmente un todo ligado y coordinado (*op. cit.*, p. 6, *cit. de op. cit.*, pp. 142 y 143, de López).

Si nos referimos a la tarea de la hermenéutica jurídica, separándola de la técnica de gestación legislativa y del difuso grado de discrecionalidad en la aplicación del derecho por el administrador ejecutivo, podemos afirmar que estamos ante modalidades de aplicación del derecho y de su teoría general, antes que de la osada aspiración a prescindir de aquella para reemplazarla por una teoría especial o particular de las escuelas económicas:

1. La importancia del contexto: no hay que perder de vista lo que nos contiene pero que, a la vez, nos extiende. Las posturas excluyentes o soberbias, aun sin caer en el extremo del “fundamentalismo”, pueden deparar la sorpresa que John Glasworthy atribuía a un pecado menor que ese, cuando advertía que “el idealismo aumenta en proporción directa a la distancia que nos separa del problema”.
2. Los peligros del sincretismo: nada está tan lejos, ni nada está tan cerca, si se trata de una investigación científica, alejada de los prejuicios: lo importante es no confundir las semejanzas ni las diferencias. En el plano del espíritu, decía el pensador Paul Claudel: “yo no estoy lejos, simplemente estoy al otro lado del camino”. La reflexión es válida para los límites metodológicos en las ciencias.

Según estima Pablo Lucas Verdú, con su característica agudeza, que el sincretismo no es un enfoque propio, sino un resultado de enfoques y, a veces, una mezcolanza, que en lugar de reunir las ventajas de cada uno de ellos, puede sumar sus inconvenientes.

3. El riesgo del aislamiento: siempre hay que tener en cuenta, en esta materia, que no se puede aislar a la norma a interpretar, sino que debe examinarla desde un punto de vista más amplio y encuadrarla, por último, en el régimen político. El aislamiento es a la metodología lo que al prejuicio en el ánimo del analista es lo que mereció para un autor italiano lo que denominó "...aquella nostalgia del intrasigentismo”.

Y esto vale tanto para el inspublicismo como para el insprivatismo.

Advierte Carbone que para conocer el contenido literal de una norma de derecho comercial, por ejemplo, se deberá tener en cuenta el lenguaje, las prácticas y costumbres en el ambiente comercial e industrial, así como otros factores referidos a la historia, al derecho comparado, a la política, a los programas de partidos, etcétera, cuando se trata de interpretar una norma de derecho constitucional (Carbone, Carmelo, *L'Interpretazione delle norme costituzionali*, Padova, 1951, p. 16).

VII. DERECHO Y ECONOMÍA A LA VISTA DE LOS JUECES

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde sus primeros fallos a partir de 1863, ha tomado en cuentas las relaciones entre derecho y economía, más allá del hecho obvio de los cambios terminológicos que se empleaban en otras épocas y los que están en boga en la actualidad. No sólo ello: la Corte argentina fue precursora del derecho ambiental —que es mucho decir— cuando en el caso de “los saladeros de Barracas” (Fallos 31:274), acta de nacimiento de la protección de la salud pública, marcó la primacía del interés público, limitando el ejercicio de los derechos, cuya adquisición —en el caso de los saladeristas— no podía ser entendida como absoluta, toda vez “que la autorización de un establecimiento industrial está siempre fundada en la presunción de su inocuidad” y al ceder ésta cabía retirar la habilitación concedida, habida cuenta que en materia de derechos y aun tratándose del de propiedad “ninguno lo tiene para usar de éste, en daño de otro” (y cita a las leyes de Partidas).

Como se puede comprobar cuando se examinan sentencias importantes (por la sustancia o contenido de la materia sometida a decisión) y, con igual evidencia en presencia de los “*leading cases*”, nuestra Corte

Suprema ha evaluado y ponderado el peso y gravitación de los datos provenientes del plano económico en las más variadas situaciones. Tanto las normales cuanto las de emergencia o crisis que afectan con limitaciones transitorias el ejercicio pleno de ciertos derechos. Cabría referir al alto tribunal aquel dicho que se suele recordar en circunstancias análogas: “fulano de tal redactaba en prosa (o formulaba poesías con la métrica propia de los sonetos), pero sin saberlo, sin darse cuenta o sin reconocerlo con ese nombre y carácter. Pues bien: eso le ha ocurrido con la práctica del AED.

No es superfluo rescatar que en innumerables sentencias, la Corte Suprema de Justicia de la nación ha hecho uso —en sus fundamentos— de líneas argumentales que han abarcado la debida ponderación de los datos provenientes de la situación económica y financiera reinante en cada momento histórico, sin incurrir por ello en exageraciones de ningún tipo. Tales fallos pudieron ser pasibles de crítica o discrepancia, en su tiempo y aún ahora, al cabo de muchos ciclos de evolución o involución económica, de crisis y estados emergenciales, de acudimiento a la protección de sectores sufrientes de fuerte riesgo, etcétera. El lenguaje ha variado según las circunstancias; lo que no impide reconocer un “hilo conductor” que luce a través de expresiones tomadas del propio articulado de la Constitución Nacional, de su Preámbulo enunciativo de fines permanentes, de doctrinas o jurisprudencia de otros tribunales (como la Suprema Corte de Estados Unidos), o de creación propia del intelecto y el talento de los mismos componentes de la Corte argentina.

Y aunque no se empleara la fraseología del “consecuencialismo”, de las ecuaciones econométricas en torno a la “relación costo-beneficio”, del “eficientismo” como un fin en sí mismo, o de “teoremas” con aspiraciones emulatorias de Pitágoras entre otros, no son menos consagratorias las siguientes apelaciones.

- Fallos 179:113, caso Quinteros (1937), al “bien común”.
- Fallos 201:432, Cía. Eléctrica de Corrientes (1945) al Estado como “agente o custodio” del bien común.
- Fallos 243:98 (1959) y 267:247 (1967), casos Larralde y de Milo respectivamente, a la concepción de los impuestos más allá de la finalidad puramente fiscal.

- Fallos 199:483 (1944), caso Inchauspe, a la tutela de los “intereses económicos de la colectividad”.
- Fallos 254:56 (1982), caso Font, al descartar la existencia de “derechos absolutos”.
- Fallos 243:467 (1959), caso A. Russo, al invocar un poder de policía de la emergencia.
- Fallos 248:157; 252:117; 255:330, y otros, al promover “el progreso económico del país”.
- Fallos 172:29 (1934), famoso *leasing case* Avico c/ De La Pesa, al hacerse cargo de la nueva actitud del Estado ante las secuelas de la gran crisis de los años treinta.
- Fallos 246:345 (1960), caso Pratico, al incorporar la doctrina norteamericana de la “libertad contra la opresión” en materia salarial.
- Fallos 142:80 (1924), caso Cornú c/ Ronco, al armonizar la “iniciativa privada” con el “interés general”.
- Fallos 171:243 (1934), caso Cía. Swift, al poner coto a los abusos del capital sin control.
- Fallos 249:292 (1961), caso Bco. Nación c/ Prov. de Córdoba, al justificar la política impositiva como herramienta del planeamiento.
- Fallos 250:46 (1961), caso Roldán; Fallos 252:158, caso Mata y otros, al evitar la antinomia entre el éxito económico empresarial y un eventual trato inequitativo a los trabajadores.
- Fallos 241:291 (1958) caso Kot (amparo) al reconocer el uso y abuso de poder por parte de los grupos intermedios.
- Fallos 251:526 (1961) y Fallos 254:62 (1962) al proclamar la “facultad de encauzamiento” de los conflictos sociales por parte del poder público.

Como podrá observarse, se trata de pronunciamientos judiciales emanados del “intérprete final de la Constitución”, cabeza visible del Poder Judicial y “tribunal de garantías constitucionales”, tal como se ha auto-calificado y auto-definido correctamente nuestra Corte Suprema Nacional. Además, se trata de doctrinas sentadas por las más variadas composiciones del Alto Tribunal, que en los vaivenes que sacuden nuestras vicisitudes institucionales, denotan —más allá de los matices y de las nutriendas filosófico-políticas— el común denominador de no haber esquivado el enfoque de los factores económicos y sociales en el momento de

adoptar decisiones en controversias que estaban inmersas en luchas o confrontaciones de intereses de dificultosa armonización. Esa constante de la Corte abarca tiempos y situaciones cambiantes y recurrentes, con mayor o menor estabilidad, poniendo muchas veces en juego el valor de la “seguridad jurídica”, de incuestionable categoría constitucional en la primera parte de nuestra ley fundamental.

Quien formara parte en dos oportunidades, de la Corte Suprema, el doctor Julio Oyhanarte —de quien hemos tomado algunos de los precedentes judiciales arriba citados— tiene dicho en su sesudo aunque polémico estudio *Poder político y cambio estructural en la Argentina* (Paidós, 1969) cuál es el sentido de la metodología incorporada por la Corte en los análisis de los casos de esa índole; afirmando: “Empleo la expresión (“realismo jurídico”) sin referencia a ninguna escuela determinada. Lo que quiero decir es que los intérpretes estatales de la constitución deben elegir dentro del marco normativo teniendo en cuenta, fundamentalmente, las circunstancias concretas y vitales de la realidad actual. La Corte Suprema de la Nación ha expuesto literalmente, en muchas ocasiones, un criterio realista de este tipo. Así, ha dicho: “el derecho debe seguir a los hechos” (cita de R. Ihering hecha en “Avico vs. de la Pesa”), la Constitución es “una creación viva impregnada de realidad argentina” (“Carlos H. Bressani”, citado), el derecho “no puede prescindir de la realidad de la vida” (“S. A. Merck Química Argentina”, citado), el derecho “no se desentiende de la vida real” (“Manuel E. Bustos Núñez”, citado), etcétera”. La cita de Oyhanarte corresponde a la nota 131 de la publicación efectuada por su hijo Martín Oyhanarte con prólogo del doctor Alfonso Santiago, al libro *Julio Oyhanarte. Recopilación de sus obras* (Buenos Aires, 2001, p. 50). En la página 778 del mencionado libro, se transcribe un categórico pensamiento de Oliver Wendel Holmes: “es un deber del juez pesar las consecuencias sociales de su decisión” (extraído de *La senda del derecho*).

Aunque Oyhanarte no coincida con el control judicial de las “emergencias”, pues considera que se trata de cuestiones políticas “no justificables”, sin embargo y pese a la autorestricción que la Corte Suprema se impuso en numerosas oportunidades, se registran casos en los que la energía jurisdiccional se aplicó hasta el extremo de considerar finiquitada una situación de crisis que algunos años antes había abierto el paso a una legislación temporaria y excepcional en materia regulatoria de los dere-

chos individuales. Es por ello que nos parece que vale la pena traer a colación el importante precedente emanado de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 26 de agosto de 1925, en sentencia recaída en la causa “Leonardo Mango c/ Ernesto Traba”, marcando en esa oportunidad una doctrina en torno a la transitoriedad de las restricciones fundadas en una emergencia. Se trataba de locación de viviendas, y el Tribunal dijo:

Que este régimen de emergencia que afecta fundamentalmente el derecho de usar y disponer de la propiedad ha sido tolerado por las decisiones judiciales solamente en consideración al momento de extrema opresión económica de los inquilinos debido a la ausencia de uno de los factores que regulan los precios en los negocios de locación de inmuebles, es decir, a la falta de oferta de habitaciones, y, sobre todo, como una medida transitoria y de corta duración (Fallos, 136:161).

Pero ese régimen anormal no puede encontrar suficiente justificativo cuando se lo convierte de hecho en una norma habitual de las relaciones entre los locadores y los locatarios, como es la que han creado las reiteradas prórrogas acordadas a los inquilinos y mucho menos, cuando está destinado a actuar en un ambiente muy distinto por cierto de aquel, que dio lugar a la sanción originaria de dichas leyes.

Que en las condiciones expresadas no es posible, considerar razonable la restricción extraordinaria al derecho de usar y disponer de la propiedad que mantiene en vigor la ley 11.318 y que en su origen fue sancionada como una medida excepcional destinada a salvar una grave emergencia. Por consiguiente, la aplicación que de dicha ley se ha hecho en el caso *sub judice* resulta incompatible con las garantías consagradas en los artículos 14 y 28 de la Constitución. Así se ha pronunciado también, en condiciones análogas, la Suprema Corte de los Estados Unidos, al declarar inconstitucional el mantenimiento de la ley de alquileres del distrito de Columbia, después de haber desaparecido la emergencia que determinó su sanción (sentencia del 21 de abril de 1924; 264 U.S. 543).

En su mérito se revoca la sentencia apelada de fs. 19, aclarada a fs. 20 vta. —A. Bermejo—J. Figueroa Alcorta—Ramón Méndez—Roberto Repett—M. Laurencena” (*cfr.* Vanossi, Jorge Reinaldo, “La seguridad jurídica y el Estado de derecho en una democracia constitucional: las condi-

ciones y los condicionamientos”, *El derecho, Buenos Aires*, el 25 de octubre de 2005).

Para concluir con la reseña de nuestros antecedentes jurisprudenciales es bueno recordar otra doctrina sentada por la Corte Suprema. Es justo hacerlo, para no desmerecernos. Si bien es cierto que la actual tendencia a tomar en cuenta las consecuencias de los fallos judiciales, de las decisiones de los tribunales constitucionales, sobre todo de la Corte Suprema, se ha traducido en la existencia de toda una escuela dentro del derecho conocida como “*Law and Economy*”, ésta tiene mucha gravitación en EE.UU. y en otros países, mientras que en nuestro medio ha penetrado con cierta profundidad a través de sus acólitos.

Pero tener en cuenta las consecuencias de los fallos de la Corte no es una novedad, en relación a lo que puede haber sido la sabiduría de los jueces de nuestra Corte en distintas composiciones y en diferentes épocas. Esto encuentra parentesco, no con la denominación de una escuela determinada del derecho, sino con un cartabón que la Corte ha ido estableciendo al cabo de los años. Por ejemplo, uno muy usado, que a partir de 1957 se fue generalizando, es el de la “verdad jurídica objetiva”, a la cual hay que darle primacía.

A partir del caso “Colalillo contra la Compañía de Seguros España y Río de la Plata”, el 18 de septiembre de 1957, la Corte ha hecho bastante acopio de estas consideraciones. Voy a mencionar nada más que un par de considerandos para mostrar cómo hay un estrecho parentesco entre lo que ahora se nos presenta como una gran novedad, y algo que la Corte siempre ha tenido presente.

Extraemos de “Colalillo” (La Ley, 89-412) estos párrafos:

La condición necesaria de que las circunstancias de hecho sean objeto de comprobación ante los jueces no excusa la indiferencia de éstos respecto de su objetiva verdad. Si bien es cierto que para juzgar sobre un hecho no cabe prescindir de la comprobación de su existencia, que en materia civil incumbe a los interesados, y que esa prueba está sujeta a limitaciones en cuanto a su forma y tiempo, también lo es que el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales.

Y agrega:

A tal efecto, la ley acuerda a los jueces la facultad de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos, y tal facultad no puede ser renunciada cuando su eficacia para determinar la verdad sea indudable”. Y en otro considerando dice: “es propio de los jueces de la causa determinar cuándo existe negligencia procesal sancionable de las partes, así como disponer lo conducente para el respeto de la igualdad de la defensa de sus derechos. Pero estas consideraciones no bastan para excluir de la solución a dar a los juicios su visible fundamento de hecho, porque la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de la justicia” (fallos 238:550). Poco antes de decir esto, un gran procurador general de la nación dictaminó ante la Corte lo siguiente (me refiero al caso Francisco Mariano Grisolia, tomo 234, p. 482): “No se puede prescindir de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo, porque su consideración es sobre todo en materia constitucional — el caso anterior era civil— uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación”. Esto lo firmaba nada menos que Sebastián Soler, un año antes de que la Corte comenzara a hablar de la verdad jurídica objetiva.

Al tratarse de arbitrar los límites entre las dimensiones del “activismo” judicial y de la “auto-restricción” del poder de revisión, nuestra Corte Suprema ha sentado doctrina en el sentido de que “en las causas en que se impugnan actos cumplidos por otros Poderes, en el ámbito de las facultades que les son privativas, la función jurisdiccional no alcanza al modo del ejercicio de tales atribuciones, pues ello importaría la invasión que se debe evitar” (fallos 254:45).

A esta precisión de la Corte Suprema se puede unir la tan reiterada doctrina del mismo Tribunal, según la cual las situaciones sometidas a examen de los jueces deben ser calificadas y resueltas en consonancia con la realidad de sus contenidos como fiel reflejo de la sustancia en que se apoyan, con prescindencia de la denominación o de la terminología que convencionalmente le asignen la parte o las partes intervinientes en la controversia sub examine. O sea, que para la Corte *lo que vale es lo que es; no vale lo que se simula o lo que parece ser* (“recordar”, el caso “Deltec” y sus remisiones a otros precedentes jurisprudenciales).

Más aun, la Corte ha extendido ese sabio criterio a los supuestos en que esté en juego el mismísimo lenguaje empleado por el legislador con motivo de la sanción de normas. Así, en el caso “Chicoris y otros”, ha se-

ñalado que “el Poder Judicial está facultado para determinar el carácter de la norma, cualquiera hubiese sido la denominación que le hubiere dado el legislador, con el fin de establecer si, so pretexto de aclarar, se afectaban derechos legítimamente adquiridos bajo el amparo de la ley anterior” (fallos 311:2073).

Lo dicho en los párrafos anteriores permite afirmar que la Corte Suprema practica en los más variados temas su pauta doctrinaria de la “verdad jurídica objetiva”, aunque no la mencione expresamente, sin que queden dudas de la primacía que le otorga a la realidad sobre la ficción y al contenido sustancial sobre los formalismos discrecionales. Al ser las cosas así, es obvio que en las soluciones controvertidas que se pueden originar en las dinámicas relaciones entre “el derecho” y “la economía”, los casos litigiosos deben ser encarados y resueltos a nivel jurisdiccional siguiendo los mismos parámetros mencionados *ut supra*: o sea, que el árbol no impida ver el bosque, que la hojarasca no oculte la verdadera naturaleza del suelo, que el pabellón no cubra una mercadería de contrabando. Transparencia versus ocultamiento o ficción. (*cf.* Vanossi, Jorge Reinaldo, “Filosofía de los valores constitucionales, política institucional, y técnica jurídica, en las Cortes supremas y tribunales constitucionales”, *La Ley*, 28 de abril de 2005).

Cabe señalar que al referirnos a la doctrina de la “verdad jurídica objetiva” hemos remarcado el pensamiento de la Corte en el sentido de que no se puede prescindir de las “consecuencias” de un fallo judicial, conectando ello con la doctrina de la “razonabilidad”, sobre la cual volveremos más adelante. Es por ello que hemos acentuado el carácter de un “cartabón” que adquiere el conjunto de la construcción doctrinaria de los Jueces de la Corte. De acuerdo al DRAE, un “cartabón es un instrumento constituido por un prisma, que se emplea en topografía para dirigir la visual en ángulo recto (hacia el objeto), y también se utiliza la misma palabra cuando se quiere significar la adopción de medidas para lograr algo; para obtener un fin o resultado”.

Otra aplicación doctrinaria que la Corte Suprema ha desarrollado en la misma dirección que la de la búsqueda de la “verdad jurídica objetiva”, es la que indica necesidad (y no la mera conveniencia) de que a los hechos, actos o normas se los llame por lo que realmente son o significan y no por la expresión que convencionalmente se le asigne. Ir al fondo de la cuestión y no quedarse en las formalidades o meras ficciones. Así, por

ejemplo, la Corte ha señalado que para decidir si un “sobreprecio” fijado por decretos es o no un “impuesto”, debe “prescindirse de la denominación dada al gravamen y atender a la naturaleza de las cosas, pues ésta no es una cuestión terminológica sino sustancial” (fallos 157:62; fallos 151:92; fallos 125:333; caso Swift, 19 de octubre de 1966, *La Ley* del 16 de noviembre de 1966, y muchos más, de distintas épocas). Lo que antecede es una clara señal que el Tribunal dirige a los gobernantes legislativos, ejecutivos y judiciales, en el sentido imperativo de transparentar el lenguaje normativo y de esa manera evitar los equívocos que pueden causar las “travesuras” semánticas y terminológicas.

Pese a ello, los errores se repiten.

VIII. EL APORTE Y EXAMEN CRÍTICO DE LOS JÓVENES CONSTITUCIONALISTAS ARGENTINOS: DALLA VIA Y SOLA

1. *Primera parte*

En su obra *Derecho constitucional económico* (2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot-Lexis-Nexis, , 2006) el doctor Alberto Dalla Via estudia profunda y desapasionadamente los rasgos distintivos del AED, desde sus orígenes doctrinarios y universitarios con vinculaciones con la “escuela de Chicago” (de Milton Friedman a Ronald Coase), prosiguiendo con la “escuela de Yale (de Guido Calabresi) para destacar luego el desarrollo como disciplina autónoma que le imprime Richard Posner a partir de 1973 con su ya clásico en la materia: “*Economic analysis of Law*”. En síntesis, Dalla Via estima lo siguiente:

El análisis económico del derecho se presenta así como una novedosa propuesta de estudio interdisciplinario entre derecho y economía, estableciendo al derecho como objeto de estudio de la economía. Esto implica que la interpretación y evaluación de una norma se realiza desde los presupuestos de la teoría económica y que la racionalidad de la que se dota a las normas y al sistema jurídico en su conjunto es una racionalidad de tipo económico, lo que produce una reformulación del derecho acorde con ese modelo. Por ejemplo, en el caso del derecho de competencia y de las leyes de protección contra el monopolio en determinadas facetas del derecho fiscal, los objetivos perseguidos por estas normas son objetivos estrictamente econó-

micos y es necesaria la colaboración del economista a la hora de determinar cuál es el objetivo económico concreto a lograr y cuál es la vía más coherente para conseguirlo (p. 72).

Este mismo autor argentino, detecta los términos “clave” que conforman el nudo central o núcleo fundamental del AED: 1) la eficiencia, que se proyecta de la economía al derecho como fundamento de todo sistema; 2) las soluciones de mercado como la norma básica para la racionalización del sistema jurídico; 3) la adaptación del derecho privado hasta convertirlo en instrumento de reproducción de la lógica económica (*sic*) en todas las ramas del derecho; 4) la idea del *homo economicus*, que para la realización de su interés privado debe tener como guía irremplazable el egoísmo en la búsqueda de su bienestar personal.

Después de desmenuzar prolijamente las tesis sostenidas por los más renombrados epígonos de la Escuela del AED, saca Dalla Via una resalante consecuencia:

El derecho, desde una perspectiva unificadora de la norma de eficiencia, es o bien registro efectivo de los acuerdos de mercado, o bien metamercado institucional que simula las operaciones de éste en los casos en que no puede funcionar por existencia de altos costes de transacción. De esta forma, la lógica de la eficiencia económica se convierte en norma fundamental que se reproduce en cada sector, institución, norma y decisión operada en el interior de un sistema jurídico, al tiempo que éste aparece redescubierto como un sistema de derechos subjetivos privados de su carácter absoluto (*property rights*), plenamente transferibles a través de una efectiva libertad de contratación, y garantizados a través de un sistema de responsabilidad civil basado en la culpa y por un dispositivo de normas penales que actúan como cobertura de seguridad del propio funcionamiento de esa estructura de transacciones privadas (pp. 93 y 94).

En un imaginario aunque muy usual “diccionario” de los cultores del AED debemos entender el alcance de los términos y expresiones que conforman su lenguaje como valores y expresiones que constituyen su lenguaje como valores entendidos o presupuestos, cuya validez se da por descontada; a saber, por ejemplo, que:

1. El “óptimo de Pareto” (criterio paretiano), según el cual una decisión es óptima cuando alguien puede mejorar su situación sin em-

- peorar la del otro; siendo ésta la mayor concesión de sensibilidad social, que acepta la vertiente moderada del AED (Calabresi).
2. La “maximización de la riqueza”, o sea, la explotación de los recursos de tal manera que su valor sea maximizado, y al respecto Dalla Via observa que Posner está postulando una teoría moral alternativa basada en “el progreso económico” como el único valor a ser tenido en cuenta por las instituciones sociales (*op. cit.*, p. 75).
 3. Hay que abandonar la vieja noción de “derecho económico” por su parentesco con el intervencionismo estatal en la economía; reemplazándolo por el concepto nuevo del AED que hace de aplicación extensiva las reglas de la economía a la regulación de los demás aspectos del comportamiento humano, tales como la responsabilidad civil, el derecho de familia, el derecho ambiental, el derecho penal y hasta las reglas procesales (*idem*, p. 76).
 4. La palabra mágica es la “desregulación”, de tal manera que el derecho debe limitarse a garantizar el funcionamiento del mercado o cambiar los mecanismos regulatorios cuando la actuación del mercado se vea obstruida y resulte así impedida una “solución negociada”.
 5. El *homo economicus*, como una concepción “reduccionista” de la acción humana; es una visión puramente unidimensional y fracturada, que conduce al espejismo de percibir en el horizonte de la vida social tan sólo a las facetas de la producción y de la riqueza consecuente. Para los que comparten ese estrecho criterio, es aconsejable la lectura y meditación de la reedición de la obra de Erich Fromm titulada *Tener o ser* (Fondo de Cultura Económica, 2005), especialmente el prefacio, la introducción y la primera parte, titulada: “La importancia de la diferencia entre tener y ser” (pp. 1-43). Lo consideramos un libro fundamental.
 6. El concepto de “externalidad”, entendido como un “coste” o como un beneficio no asumido por su causante, pero que forma parte de su actividad (por ejemplo: la polución generada en el proceso productivo); lo que conduce a atender el interrogante de quién y cómo asume los gastos añadidos al costo realizado para la obtención del producto o servicio efectuado (lo que el DRAE alude con el nombre de “coste de producción”). Esto conduce al tema de la “responsabilidad” del productor que hace imperiosa la regulación estatal

para reparar esos “fallos” (según el DRAE esta acepción del vocablo “fallo” remite a la idea de falta, deficiencia, error o falta de fuerzas para evitar el resultado o efecto negativo). De acuerdo con Pigou (*The Economics of welfare*) expresa Dalla Via que la solicitada intervención correctiva a cargo del Estado viene a “internalizar” la “externalidad” (*op. cit.*, pp. 81-91).

7. Los *property rights*, equivalentes a un sistema eficiente de apropiación de los recursos, teniendo en cuenta que los bienes y servicios son escasos, por lo que el Derecho debe regular su racionamiento, incumbiéndole una función “asignativa”, o más claramente, de índole “distributiva”. Con acierto destaca Dalla Via que ese deber de custodia de los *property rights* opera de forma directa sobre los legisladores y los jueces, convirtiéndolos así en actores decisivos y decisorios de los mecanismos de distribución (*op. cit.*, pp. 84 y 85) al potenciar la protección de unos derechos sobre otros, de lo que resulta que un derecho vale más cuanto más fuerte sea la tutela que se le concede (*op. cit.*, pp. 87 y 88) y citando a un autor (Calabresi) a cuyo tenor el AED “...considera las normas jurídicas como precios de las posibles conductas de los individuos” (*sic, op. cit.*, p. 87). Con matices y aliviamientos otros autores suavizan las aristas más ásperas de los enunciados precedentes: así, la tendencia del *critical legal studies* abreva en fuentes de la filosofía política y social, mientras que la orientación de los *rights based* incluye tópicos tomados de la moral y que enfilan hacia la meta de una sociedad más justa (*op. cit.*, pp. 89 y 90; en el primer caso los referentes serían Habermas y Foucault; en el segundo se ubican Rawls, Nozick y Dworkin).
8. El “teorema de COASE” sirve a la E del AED para dar prioridad a la “negociación” y al juego de la “autonomía de la voluntad” como primer paso para la solución de los problemas que se puedan originar en la presencia de “obstáculos” (los denominados “problemas de externalidad” que mencionamos *ut supra*, en el punto 6). Como todo es negociable, cualquier confrontación entre derechos subjetivos puede ser objeto de transacción; pero en su defecto, a falta de acuerdo por fracaso de la negociación, el sistema legal por vía de la justicia procurará la solución a modo de “un mercado simulado” (*sic*), o sea que la palabra final la tendrá “la justicia del mercado”. Traducido a buen romance, se le está dirigiendo a los jueces una suerte de

directiva o de interpretación auténtica (y forzada) para que tomen la decisión tal como “...se hubiese conseguido a través del mercado en el caso de que no hubiesen existido costes de transacción” (es decir, “obstáculos”) que atentaran contra la eficiencia del propio mercado (*op. cit.*, pp. 73 y 92). Ante este panorama, un autor español manifiesta que “...no nos debe extrañar que el sistema jurídico se convierta en un meta mercado institucional, con una función instrumental explícita de asignación y distribución de recursos de acuerdo con las exigencias de la eficiencia económica...” (Mercado Pacheco, Pedro, *El análisis económico del derecho*, cit. por Dalla Via, *op. cit.*, p. 84).

2. Segunda parte

Otro destacado académico argentino que ha encarado el estudio de la escuela del AED es el profesor Juan V. Sola, autor de la documentada obra *Constitución y economía* (Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo-Perrot, 2004), en la que formula y adhiere a numerosos postulados que caracterizan a aquella orientación, por lo que estimamos que tan meritorio trabajo queda alineado con el mismo rumbo de esa tendencia. Ello no obsta a que el aporte de Sola sea receptivo para nuestras inquietudes al respecto, en tanto y en cuanto volcamos sobre él una lectura “sesuda” (lo que en el DRAE supone “prudencia”).

Coincido con Sola en que el análisis de las “consecuencias” de las normas jurídicas (ley, sentencia, reglamentación, acto) no ha sido la actitud habitual ni la regla general para los actores o agentes del proceso jurídico; pero disiento desde *ab initio* cuando sostiene que la economía es la ciencia social más dura (*sic*) y la más precisa en sus predicciones, por lo que su matrimonio con el derecho es altamente ventajoso en la faz del análisis microeconómico (*op. cit.*, p. 7). Del mismo modo, coincidimos con el autor citado en que tanto los legisladores como los jueces, para tomar sus decisiones, deben efectuar un análisis *ex ante* y *ex post* respectivamente, radicando sus diferencias en los datos de la “información imperfecta”: es obvio que tiene sus ventajas la previsión en ambos casos; como también es relevante el criterio de James Buchanan —que invoca Sola— en la visión de las “decisiones públicas” (*public choice*) en cuanto ingrediente o componente para considerar en una teoría económica de

la Constitución. Pero me parece una obviedad casi pueril destacar ejemplificativamente que para establecer un impuesto se exijan mayores requisitos mientras que los beneficiarios de un subsidio procuren mínimos recaudos para su obtención (*op. cit.*, p. 9). Desde ya que coincidimos con Sola en que el AED “informa al público, guía a los políticos y mejora las decisiones de los tribunales” (p. 10); pero para ello no es necesario compartir la tesis de algunos portavoces del AED que equiparan los conceptos de “contrato” y de “Constitución”; lo que no empece a la aceptación y reconocimiento de que ésta última “...es de alguna manera el límite entre el derecho y la pura argumentación política y económica” (*ibidem*, pp. 10 y 15). En la página 22 Sola insiste en la utilidad de la metáfora (*sic*) del contrato y la Constitución, y en la página 24 vuelve a la carga, afirmando que “es interesante el concepto de contrato social como elemento preconstitucional y como forma de legitimación de la Constitución existente”.

Pero con muy grata impresión, vemos que más adelante, el autor morigera completamente el supuesto símil (en rigor, una aparente semejanza o error histórico). Dice:

Utilizar la analogía de un contrato de largo plazo para definir la Constitución no supone considerar a las constituciones como incluidas en el consentimiento estricto que dos adultos adecuadamente informados prestan al incorporarse a un contrato. Todo ello en gran medida debido a que la Constitución no es ratificada por el voto popular y que los votantes hubieran poseído una información fragmentaria y que no hubieran llegado a una solución unánime. En general apoyamos la Constitución porque es mejor que la anarquía o la dictadura, alternativas no demasiado lejanas en nuestra historia. Pero la aquiescencia no es necesariamente consentimiento y podemos decir que si bien la analogía del contrato es útil, la Constitución no es estrictamente uno. Ello no impide que utilicemos el modelo del contrato social para interpretar al Estado constitucional” (*cf.*, p. 32).

Sin embargo, la fuerte impresión causada por la “metáfora”, creo que domina en la atmósfera del tema. Veámoslo:

El tema de la estructura de gobierno ha sido debatido en torno de los contratos de largo plazo y a situaciones similares como son las concesiones de servicios públicos. Un contrato no puede, en principio, ser reformado o anulado sin el consentimiento unánime de las partes. En este sentido el

modelo de contrato puede ser asimilado al concepto de Constitución que requiere para su reforma una mayoría calificada y es lo que la diferencia de la ley ordinaria. De la misma manera que la Constitución, un contrato establece una norma que es difícil de cambiar y está designada para gobernar el futuro.

Tradicionalmente el concepto de Constitución ha sido asociado al contrato social. Las doctrinas contractualistas clásicas desde Hobbes han sido base para la creación de constituciones que establecen la organización del gobierno y las declaraciones de derechos. Asimismo las doctrinas contractualistas son una fuente de la legitimidad del constitucionalismo en la idea que la Constitución es aceptada por todos los ciudadanos que la consideran aceptable. Este modelo contractualista de Constitución describe con más precisión al sistema constitucional que la idea de una ley suprema que es legislada por otros e impuesta a los ciudadanos. En cuanto los límites del contrato social que establece en la Constitución puede hacerse referencia a las acciones privadas fuera de la autoridad del Estado establecidas expresamente en el artículo 19. El derecho a la intimidad y el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratar en las constituciones modernas están asociados a la idea contractualista de Constitución. (pp. 29 y 30).

En esta contabilidad de coincidencias y disidencias con el estudioso y académico Sola, celebro su puntualización al mérito del derecho Constitucional, cuando expresa que: “Si el derecho constitucional es considerado una materia de prestigio dentro de las investigaciones jurídicas es porque se considera que los argumentos de los constitucionalistas pueden influir en las decisiones de la Corte Suprema” (p. 14); como también estimo que es apropiado y merecido el encomio que recibe el valor de la jurisprudencia cuando ésta es estable: “El haber resaltado la *eficiencia del derecho de precedentes* es una de las contribuciones del análisis económico del derecho” (p. 17).

No así el reproche que extrae de Posner y que está dirigido a los constitucionalistas con una generalización rotunda, pero desmentida por la amplísima mayoría de la bibliografía de los más variados países del orbe. Me refiero al siguiente párrafo:

Pero una visión retrospectiva nos indica que los constitucionalistas nos hemos ocupado demasiado en temas de teoría general del derecho, de la inter-

pretación de normas y de la historia constitucional y no lo suficiente en los problemas estratégicos básicos que las constituciones deben resolver. Entre ellos puedo citar la distribución del poder, la jerarquía de la autoridad, la elección de los gobernantes, y sobre todo sobre la manera que el gobierno ejerce el poder que la Constitución le ha otorgado (*ibidem*, p. 14).

Es cierta la observación que explicita en torno a la distinta o dispar atención que los juristas brindan a los “resultados”, subestimando con frecuencia el miraje hacia los “procedimientos” que conducen a alcanzar los primeros. Sola recuerda la llamada “paradoja de Condorcet” y el “teorema de la imposibilidad” de Arrow, estimando que luce —y es así— que “la jurisprudencia constitucional será incoherente o intransitiva si existen decisiones inestables o cíclicas”, de lo que se deduce la denominada dependencia del camino, o sea, que “la forma en que se ha tomado la decisión influye sobre el resultado” (*ibidem*, pp. 15 y 16). Todo ello, naturalmente, se agiganta en funcionamiento cuando se trata de regímenes del *common law*, en los que la regla del *stare decisis et quita non muovere* produce una cierta atadura que, en nuestra opinión, hace más sensible la repercusión de los cambios jurisprudenciales que el peso de la opinión de los doctrinarios.

Es por esta razón que me despierta dudas el último párrafo de la siguiente transcripción del profesor Sola, en que detecta una posible contradicción —o, quizá, un mero sinsentido— en comparación con lo sostenido por el autor en las primeras líneas; dicho ésto más allá de la verdad incuestionable del aserto de que la generalidad o vaguedad de las normas facilita o estimula la diversidad de interpretaciones. Dice el texto:

Los poderes políticos no desafiarán a la Corte en la medida que crean que los ciudadanos responden a lo que el tribunal dice. Los ciudadanos responden a lo que la Corte dice, porque sus decisiones coinciden generalmente con sus preferencias, por lo tanto, la adaptación que requiere una nueva decisión no es dislocadora de la voluntad social. El aumento del poder del tribunal es, en gran medida, debido a la ambigüedad de las normas y puede entonces escoger entre alternativas, pero cuando el texto constitucional o los precedentes existentes son precisos, las personas pueden no adaptar su comportamiento a la nueva norma propuesta y los poderes políticos pueden reaccionar frente al tribunal (p. 16).

También debemos reconocer que el saldo positivo de la atención que se preste al “consecuencialismo” se puede traducir —no siempre— en la disminución de los riesgos institucionales. Pero no existe un reaseguro total para la cobertura de tal accidentalismo. Dice Sola:

La despreocupación por las consecuencias de las normas puede llevar a fracasos institucionales. Hay fracasos institucionales cuando se eligen soluciones ineficientes, es decir, distribuciones de derechos que dejen a algún sector peor de lo que estaba sin que exista un beneficio para ningún otro sector. Deben entonces buscarse soluciones que cumplan con un criterio de eficiencia, es decir, que mejoren a las personas cuya situación se desea beneficiar, pero sin empeorar la de otros, o por lo menos, que las ganancias sean superiores a las pérdidas, lo que permitiría eventualmente efectuar compensaciones (p. 14).

Antes de proseguir con los comentarios que me brotan de la meditación sobre esta obra de Sola, siento la necesidad de afirmar que mis opiniones —tanto en las coincidencias como en las discrepancias— no restan mérito a dicha investigación, sino que apuntan a los excesos de algunos discípulos extremistas (*sic*) que bebieron en las fuentes autorales del AED pero que convirtiéndose “en más papistas que el papa”, han caído en una proclividad surrealista (por el manifiesto de André Breton en el mundo literario-artístico de 1924), llegando a estacionarse en el hábitculo del “superrealismo”: un intento de sobre-pasar lo real, impulsando con automatismo psíquico lo imaginario y lo irracional (según definición del DRAE).

En ese contorno, no se propasa del realismo cuando se afirma que “es importante que la teoría constitucional que se aplique lleve a la prosperidad y bienestar de los habitantes” (p. 22); o cuando se sostiene que “la democracia es un sistema de competencia popular para la dirección de los poderes monopólicos del Estado” (p. 23), y que “la democracia es un gobierno competitivo y sus alternativas son gobiernos monopólicos” (*idem*), y también acierta cuando expresa que “...el Estado es potencialmente el monopolio más exitoso y proveedor de medios para cualquiera que puede controlarlo, y es también el más peligroso para todo el resto” (*idem*). También compartimos su punto de partida: “...corresponde también analizar la extensión de las consecuencias que tendrán para la sociedad las palabras de la Constitución” (p. 22); pero nos distanciamos con el

autor (Sola) cuando opta por que “es preferible utilizar análisis empíricos imperfectos que análisis perfectos no empíricos (p. 23), y nos asombra al afirmar que: “Un modelo económico es correcto si permite predecir el futuro, sin tener en cuenta si las bases de análisis son incorrectas” (p. 24). En cambio, nos acercamos al tomar en cuenta la llamada “teoría de los precios” que se emplea en el AED, a pesar de que me parece exagerada la dimensión que se le asigna “para reinterpretar las sanciones establecidas en la ley como si fueran precios” (p. 24). Más afines nos sentimos con su invocación de la “teoría de los juegos” y la estrategia.

Si bien en el derecho constitucional no siempre las normas tienen establecida una sanción explícita que se aplique en caso de incumplimiento, las normas fundamentales proveen el marco para competir en la actividad política. Toda Constitución democrática provee un marco de reglas para la competencia por los cargos públicos. Una Constitución efectiva constriñe y canaliza la competencia política. En todo juego interactivo los jugadores trazan estrategias para anticipar los movimientos de los otros jugadores. Esto lleva a algunos jugadores simular comportamientos como ocurre con cualquier juego de equipos como el fútbol y otros deportes. Pero en los mercados perfectamente competitivos hay demasiadas transacciones para que un solo actor económico pueda tener efectos sobre el precio, por lo tanto la teoría de los precios asume habitualmente que el actor actúa de una manera no estratégica. Por el contrario, en la teoría de los juegos, se analiza el comportamiento estratégico que supone que existe cuando el número de competidores es limitado o pequeño (pp. 24 y 25).

En relación con los comentarios de Sola sobre el denominado “teorema de Coase” (“el resultado de la negociación será eficiente en la medida que los costos de transacción sean bajos”), nos remitimos a lo dicho *ut supra* con motivo de la obra de Alberto Dalla Via.

En definitiva y en síntesis: de la adhesión de Sola al AED me atrevo a poner sobre relieve los siguientes enunciados:

1. “No podemos imaginar al mercado sin un sistema jurídico que lo sostenga”. Con remisión a Horacio Spector (“El Costo de la Justicia”, Clarín, 11/7/1999, Suplemento Económico), Sola asigna al derecho cinco funciones económicas primordiales a las que “supone” una función constitucional en determinar (¿contener?) a las instituciones económicas: “primero, define derechos de propiedad

y métodos para transferirlos (derechos reales y derechos de los contratos); segundo, provee los medios para proteger los créditos (fianza e hipoteca) y modificarlos en caso de imposibilidad de cobro (derecho de quiebras); tercero, establece reglas para la organización de las actividades productivas (derecho societario); cuarto, promueve la competencia vigilando las estructuras de mercado (derecho de defensa de la competencia), y quinto, remedia problemas derivados de asimetrías de información (derecho de protección al consumidor)” (*cf.* pp. 34 y 35).

2. “El análisis económico del derecho se caracteriza por demostrar la falta de sentido de algunas normas con referencias a sus consecuencias” (p. 34). Notamos que aquí el autor circunscribe el mérito a la probable (aunque no segura) carencia de previsión “consecuencialitaria” en “algunas” —pero no todas— las normas que componen el complejo enjambre de normas y disposiciones. Esta peyorativa que envuelve la alusión a las reglas jurídicas debe entenderse como un alarde de presunción *iuris tantum* pero no *iuris et de iuris*. De lo contrario, estaríamos asistiendo a la sepultura del derecho.
3. “...todas las doctrinas jurídicas tienen costos”. Va de suyo que esto sea así. Permitaseme rememorar que hasta la libertad tiene un costo: el orden es el presupuesto para el mayor y mejor goce de los derechos en un ámbito de reinado de la Libertad. Y la “libertad creadora también supone la aceptación de ciertos sacrificios (por ejemplo, multiplicar el esfuerzo y restar el descanso).
4. El AED “...pone a la vista los problemas que la aplicación de una doctrina puede tener” (*op. cit.*, p. 34). A esto me permito señalar: el enfoque sociológico también es menester emplearlo para estimar los riesgos y obstáculos de cualquier política que se pretenda realizar en el plano de sus posibles efectos.
5. “Esto supone la extensión del análisis de costo-beneficio para conceder una precisión al control de razonabilidad (*ibidem*, p. 34). Que la escuela del AED nos llame la atención sobre la relación entre “costo-beneficio” y el criterio constitucional de la pauta de “razonabilidad”, esto parece una subestimación de la veterana trayectoria que la fecunda doctrina de la razonabilidad registra sobre la base constitucional del artículo 28 de nuestra Constitución Nacional (la inalterabilidad de la sustancia de los derechos), con exhaus-

tivas aplicaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (la proporcionalidad de los medios elegidos con el fin o los objetivos perseguidos); más la copiosa elaboración de origen norteamericano en la proficua labor creadora de la Suprema Corte de Justicia a través de dos siglos (que no es pavada de antecedente...). Para cualquier duda, acudir a nuestro Juan Francisco Linares, citado y glossado en este ensayo.

Por último, una breve acotación a dos párrafos más de la tan enjundiosa obra de Sola:

1. “Esta doctrina (el AED) analiza el hecho que los gobiernos asignan los bienes públicos mientras que los mercados, asignan idealmente los bienes privados” (*ibidem*, p. 24), y
2. “Las elecciones competitivas hacen que el gobierno responda a los ciudadanos de la misma manera que los mercados competitivos hacen que la economía responda a los consumidores” (*ibidem*, p. 23).

Muy breve comentario, o, mejor dicho, manera de “memento” (en conmemoración de los fieles vivos y difuntos...): que yo sepa, las conexiones factibles entre el juego recíproco que media entre la práctica de la “autonomía” y la de la “heteronomía”, es algo absolutamente intrínseco y consustanciado con las concepciones democráticas y las doctrinas contractualistas (en sus más variadas versiones): en primera instancia juega el rol de la autonomía de las voluntades (en plural), y sólo si fracasan en el intento —y a fin de evitar males mayores— entra a operar el rol heterónimo de las decisiones del nivel superior. Es mi más profunda convicción.

Sola transcribe los ocho puntos con los que Richard Posner agrupa los temas de estudio para una “interpretación económica” de la Constitución, a saber:

1. “La teoría económica del constitucionalismo, es decir las características económicas y sus consecuencias de requerir mayorías calificadas, o supermayorías para lograr cierto tipo de cambios políticos. Esto se asocia a la idea de Buchanan que la existencia de una Constitución supone la existencia de requerir mayorías para tomar

ciertas decisiones. Si sólo se requiriera la unanimidad, para todas las decisiones colectivas no existiría una Constitución.

2. La economía del diseño constitucional, de las reglas constitutivas del sistema político y también la separación de poderes dentro del gobierno nacional y del federalismo, es decir de la soberanía compartida del gobierno nacional y las provincias. Esto incluye también las consecuencias de los sistemas electorales y la influencia de los grupos de interés en la legislación y la administración.
3. Los efectos económicos, definidos en forma amplia, de doctrinas constitucionales específicas. Es el caso del conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la honra, en cuanto a las limitaciones de los juicios contra los medios de comunicación. Es conveniente conocer sus consecuencias económicas.
4. La interpretación de las disposiciones constitucionales que puedan tener una lógica económica implícita, como son la libertad de expresión como garantía del mercado libre de ideas, la “cláusula comercial” como garante de un mercado común en nivel nacional, y las normas sobre expropiación y contrarias a la confiscación concebidas como garantías a los derechos de propiedad.
5. El análisis de la inclusión en el derecho constitucional de otros mecanismos de protección del mercado, como son las cuestiones de equilibrio presupuestario y el control en la asunción para la nación y las provincias de deuda pública.
6. El problema de dualismo, que supone el análisis que la Corte Suprema sea un activo garante de las libertades personales y al mismo tiempo permanezca indiferente a las libertades económicas. En este punto basta simplemente recordar la jurisprudencia sobre emergencia económica instalada definitivamente en la década del 30 sin prácticamente un límite posterior.
7. La relación existente entre la interpretación constitucional y el desarrollo económico. En este sentido la importancia que ha adquirido la llamada cláusula del progreso en el establecimiento de privilegios tributarios.
8. La extensión en la cual los jueces pueden utilizar el análisis económico en la interpretación constitucional, de la misma manera que utilizan métodos de otras ciencias sociales, como la historia, la sociología y la ética” (pp. 28 y 29).

IX. EL DEBATE PROSEGUIRÁ. DUDAS Y RESERVAS

No haremos, por nuestra parte, mayor comentario; pero únicamente preguntamos: ¿Debe aceptarse que sea así? ¿Puede ser resignado a tal extremo el rol del derecho? ¿Y la justicia, tanto como un valor cuanto organización de un Poder del Estado, que al ser la Corte Suprema —en nuestro sistema— la cabeza visible del mismo, tiene y ejerce la doble misión-función de tribunal de garantías constitucionales (de todas ellas!) y de intérprete final de la Constitución Nacional, según su autodefinición (que compartimos y defendemos)?.

De un modo parecido, Dalla Via deja “la pelota picando en la cancha” cuando al tomar cuenta del grado de penetración del AED en algunas decisiones y judiciales en el ámbito del *common law* de los EE.UU., se pregunta si estamos en definitiva en presencia “de afirmar que el valor económico de la eficiencia o el principio de la maximación de la riqueza pueden ser usados por los jueces como un estándar ético para determinar cuándo una decisión particular puede considerarse como “justa” (*op. cit.*, p. 90).

Este es el problema. Pero: ¿es un problema —a resolver—; o es un enigma —a descifrar—, o es una fatalidad, en cuyo caso sólo cuadra la resignación? El debate al respecto proseguirá y, quizá, por mucho tiempo, habida cuenta de los ingredientes altamente polémicos que componen el tema en discusión y la no fácil conciliación entre las posturas asumidas en torno a la filiación del AED, en cuya membresía sobresalen las estalactitas (con la punta hacia abajo) y las estalagmitas (con la punta hacia arriba) con la asistencia de muchas razones pero no con la única razón. Mientras no quedemos atrapados o encerrados en la caverna, bienvenida sea la enriquecedora pluralidad de opiniones.

¿No será cierto (aunque sea en parte) aquel proverbio que proclama que “no hay nada nuevo bajo el sol? ¿No será admisible (aunque sea un adaptación *mutatis mutandi*) que la “ley de Lavoisier” según la cual “nada se pierde, todo se transforma”, puede tener también aplicaciones en las ciencias sociales?

Me permito traer a cuento el caso de los “derechos adquiridos” como parte integrante del derecho de propiedad, aunque sin querer invadir el coto de caza que el AED construye en torno a los denominados *property wrights*. Al respecto, al comentar la obra de J. F. Linares hemos expresado, remarcando sus siempre válidas apreciaciones sobre los rasgos del *common law*, que:

El capítulo 6 trata de la teoría de los derechos adquiridos que fue para la Corte norteamericana la primera forma de tomar en cuenta el derecho natural y los derechos del hombre. Dicha teoría fue elaborada por los jueces y juristas clásicos del derecho norteamericano, acudiendo a los derechos naturales y al contrato social como limitaciones del poder legislativo; y, así, los derechos de propiedad, de igualdad y de protección contra las leyes retroactivas aparecieron como una limitación a los poderes del Estado en materia de policía, dominio eminente y poder impositivo. Y luego de enfatizar el rol de la teoría de los derechos adquiridos como basamento para el desarrollo paulatino del control de constitucionalidad, expresa Linares que “el otro soporte es la técnica para determinar cuando frente a cláusulas muy amplias existe “el más o el menos” que permite afirmar o negar la violación de tales derechos. Uno de los aspectos de esa técnica es la garantía del debido proceso sustantivo” (p. 67).

Entre los años 1890 y 1910 tiene lugar en los Estados Unidos lo que Corwin —citado por Linares en el capítulo 7— llamó en “carnaval de la inconstitucionalidad”, consistente en el rechazo de la mayor parte de la legislación social por la Corte Suprema, en la que las cabezas visibles de los *justices* Brewer, Harlan y Field hacían valer derechos considerados como “anteriores al gobierno humano” que los jueces debían proteger según la tónica de una libertad natural o vaciada en la libertad del *common law* al punto que cualquier limitación a esa libertad no conocida por el derecho común era estimada como “...yendo en contra de la legítima interpretación de la Constitución, cuando no de su letra” (p. 71). Pero ese exceso —del arbitrario judicial— recubierto por formas legalistas y principios abstractos del *common law*, fue perdiendo terreno a partir de 1910, con la reacción capitaneada por los grandes jueces disidentes Holmes, Brandeis, Cardozo y Stone, quienes abren paso a la interpretación sociológica, sin por ello prescindir de toda valoración jurídica. A partir de entonces “son las circunstancias del caso, probadas por medios convincentes, o sea, los hechos sociales que motivaron la ley y los fines sociales que ellas persiguen, los datos esenciales para determinar la razonabilidad de dicho acto legislativo; no la simple invocación de principios del *common law* o del derecho natural (p. 74).

Mi opinión, a través de una pregunta: ¿no será que Milton Friedman y otros autores en los que abrevaron los juristas de la Escuela de Chicago en sus postulaciones alrededor del AED y sus posibles virtudes transformadoras, este presente la inspiración demiúrgica de lo que humorísticamente se denominaron o aludieron después como “*Reaganomics*”...?

A fin de aparecer como una manifestación insólita, el novísimo libro del consagrado politólogo Giovanni Sartori (profesor de la Universidad de Florencia y durante extensos periodos en la Universidad de Columbia, New York), titulado *La democrazia in trenta lezioni* (Mondadori, 2008) contiene un bizarro cuestionamiento a las tendencias absolutistas o extremistas del mercadismo, en cuanto a los efectos previsibles que esta orientación puede deparar en el espacio terráqueo. Su advertencia alcanza a la denuncia de un “crecimiento insostenible” entre la “penuria hídrica” y la “crisis energética”. Su punto de partida y conclusión de llegada coincidencia en que las teorías economicistas resultan vanas frente a los riesgos demográficos y ambientales. Al comentar este reciente aporte de Sartori, Antonio Carioti destaca que los errores del sistema se originan en la pretendida meta de un desarrollismo ciego (*svilupismo cieco*) y el derroche de los recursos (véase: *Il Corriere della Sera*, 26 de marzo, 2008); por lo que los temores de Sartori no miran tanto a la competencia china o a la inestabilidad de las finanzas globales, sino más bien a la penuria de los recursos hídricos, los cambios climáticos y la superpoblación del planeta; apelando a la responsabilidad de todos para evitar la catástrofe.

Los principales tópicos del análisis de Sartori se pueden resumir de la siguiente manera:

1. Después de la segunda posguerra ha prevalecido la doctrina “economicista” que sostiene que para transformar los regímenes autocráticos en democracias concurre un crecimiento del bienestar, que conlleva automáticamente a la democracia. Si bien está aceptado que una democracia sin sistema de mercado es poco vital, no es verdad lo contrario: una economía de mercado puede existir y florecer sin democracia o precediendo a la democracia.
2. Si la democracia produce bienestar, no siempre es así. En América Latina hay casos de empobrecimiento aun con democracia, cuando se induce a consumir más de aquello que se produce. Sartori las califica como “democracias en déficit”.
3. Con el fenómeno de la globalización, se produce una dinámica de remolino o torbellino (*vortice*) que ni los Estados pueden regular: es el afán de desarrollarse a cualquier costo y a la mayor velocidad posible. La superpoblación indica que el proceso no puede ser de un crecimiento ilimitado, pues se consumen los recursos más allá de su

producido: es un “desarrollo no sostenible”, por la sencilla razón que esos recursos son agotables, no valiendo como respuesta la mera fe o confianza en que “el mercado proveerá”. Sartori objeta esa creencia, a la que equipara con el “mantra” (*sic*), o sea lo que en el hinduismo y el budismo son palabras o frases sagradas que se recitan (en sánscrito) y durante el culto, “para invocar a la divinidad o como apoyo de la meditación” (*cf.* DRAE).

4. La notable agudeza de Sartori queda a la vista cuando afirma que el mercado y el sistema económico no coinciden, trayendo como ejemplos que de los bienes colectivos (la policía, la seguridad, las calles, la iluminación, los árboles, el agua) son bienes financiados por las “tasas” y no los “precios”, sin contabilizar los bienes colectivos que suministran ni el daño colectivo que provoca su consumo excesivo (por ejemplo, el agua freática). Esta argumentación de Sartori es, más que nada, una comprobación o una serie de ellas, cuya gravitación va por encima de la “volumetría”, entendiendo por tal —a mi entender— la determinación y medida de los volúmenes (DRAE). Lo dicho tiene los efectos de una “deflagración”, pues en forma simbólica y dentro del régimen de mercado desata una llama súbita, aunque no llegue a construir una explosión. ¿Por qué?
5. La respuesta conduce a lo que el AED denomina las “externalidades” (efectos externos), que provocan daños que el causante no paga y que el mercado no registra. La multiplicación de estas patologías genera efectos “catódicos”, o sea, de sentido descendente y negativo (es nuestra opinión), que van más allá —así lo creemos— de “abstracciones por sugerencias mutuas” entre economistas y mercadistas. En la práctica política y constitucional, nosotros notamos que cuando la desesperación crispa las latitudes de la crisis, la angustia de los intereses y sus “*lobbystas*” afectados no se detiene en el florilegio de la deprecación (ruegos, súplicas, peticiones fervientes), sino que la desesperación reinante impulsa al acudimiento al Estado (poder público) con manifestaciones y demostraciones (a veces exageradas) para que se conceda algo que se desea: la salvación. Entonces se reclama otro “bizarrear”: que sea el Estado el que vuelva a quicio la situación, “bizarramente” (lúcido, espléndido y generoso).

Hasta acá hemos entrelazado la visión de Sartori con nuestro modestos comentarios. ¡Perdón por el atrevimiento! Pero el gran maestro florentino va más allá, pues no desglosa el análisis economicista de las peripecias ecológicas que nos acechan. Las respuestas y propuestas económicas le parecen insuficientes, pues según su opinión “los economistas están cerrados en el recinto del mercado”, al que estima lento y miope, no llega a tiempo y afronta los problemas cuando es demasiado tarde. Según él, el déficit es inevitable, pues los sustitutos del petróleo (metanol, biodiésel) llegarán tarde y escasos, pues no habrá bastante territorio y producción para abastecer contemporáneamente plantaciones para la benzina y para los productos alimenticios. ¿Qué haremos en el interín?, se pregunta Sartori, y lo mismo plantea respecto de la provisión del agua potable, dado el elevado costo de la salinización del mar. Vuelve, por último, a instar la apertura de los ojos y de la mente ante la marea de la superpoblación, ante el desastre climático, frente al colapso hídrico y su reiterada profesía de que si no reaccionamos a tiempo el denominado “desarrollismo ciego” fermentará en una irremediable implosión (*sic*).

Sus palabras de alarma merecen ser reproducidas en la lengua de origen de su valiente manifiesto de denunciar contra la irresponsabilidad de todos en general y de los economicistas utilitarios en particular, que escatiman la ponderación de los valores. Dice Giovanni Sartori que:

Il paradosso e che il sistema economico di mercato ha per circa duecento anni promosso la liberal democrazia, mentre ora la minaccia con un'accelerazione fuori controllo, la cui implosione può travolgere anche la democrazia che aveva allevato. Un cataclisma climatico e ambientale può affossare, assieme a tittu il resto, anche la città libera. Perché lo sviluppo non sostenibile è anche uno sviluppo inaccettabile, che impone un ritorno a quel passati di carestie e di povertá che ci eravamo lasciati alle spalle.

¡Gran mérito de un maestro que rescata y exalta los valores, en defensa de la calidad de vida de la humanidad, y por encima de los mezquinos intereses sectoriales que sólo toman en cuenta el provecho egoísta de un cálculo económico, que explica así la negativa a firmar los acuerdos internacionales de protección de la naturaleza y del medio ambiente.

Me quedan en claro muchos puntos, pero debo confesar que siguen en pie algunas dudas, acaso derivadas de una desconfianza innata hacia las

construcciones intelectuales en las que “el pabellón esconde a la mercadería” (al decir de los maritimistas).

¿Estamos frente a un “teorema”, en el sentido riguroso del término? ¿Aparecen nuevos Pitágoras; o son contados y excepcionales, como registra la historia de la ciencia?

- Teorema: proposición demostrable lógicamente partiendo de axiomas o de otros teoremas ya demostrados, mediante reglas de inferencia aceptadas (DRAE).
- Teorético: que se dirige al conocimiento, no a la acción ni a la práctica. Estudio del conocimiento (DRAE).

¿Toda doctrina es teórica propiamente dicha? ¿Todo teórica en su conjunto es forzosa o necesariamente hermética y coherente?.

Observamos en el tratamiento de los problemas que asume el AED bastantes matices; no sólo en los temas centrales de la preeminencia de la economía sobre el derecho —o su condicionamiento— sino en otros tópicos que no escapan a la filosofía no se pueden soslayar en una “cosmovisión”. Por ejemplo, en el caso de Guido Calabresi (exponente de la Escuela de Yale), estamos en presencia de un eminente jurista, nacido en Milán y hoy juez federal de apelaciones en Nueva York (nombrado por Clinton, que a sus 75 años de edad y cuarenta títulos *honoris causa* no es tan sólo líder del AED sino también un líder de la causa por la abrogación de la pena de muerte y que —en su condición de magistrado— critica como un hecho “escandaloso que los cinco jueces más feroces (en la aplicación de la pena capital) sean cinco católicos de la Suprema Corte” (*sic*) (véase *Il Corriere della Sera*, 18 de marzo de 2008) pues sostiene Calabresi que se puede ser fiel al Derecho interpretándolo de un modo que no importe la pena mortal (o capital).

X. JURIDICIDAD, ECONOMETRÍA Y ECONOMICISMO. ¿QUÉ ENFOQUE?

Veamos los términos “apreciativos” y los términos “despreciativos” de tan intrincada cuestión. Así, por caso:

1. Juridicidad: cualidad de jurídico. Tendencia o criterio favorable al predominio de las soluciones de estricto derecho en los asuntos políticos y sociales.

Mi temor: la inmolación de la “juridicidad” en brazos de la “econometría”.

2. Econometría: Parte de la ciencia económica que aplica las técnicas matemáticas y estadísticas a las teorías económicas para verificación y para la solución de los problemas económicos mediante modelos.
3. Economicismo: Criterio o doctrina que concede a los factores económicos primacía sobre los de cualquier otra índole.

Es como cuando tenemos que elegir entre sentenciar por fundamentos: *dura lex, sed lex*, y *summum ius, summa iniuria*.

O entre el pragmatismo (¿o utilitarismo?) de *primum vivere, deum philosophare*, o la primacía absoluta de la sumatoria que se da entre el principismo y el idealismo.

La “econometría” merece una mención aparte, pues existen devotos del AED que consideran lisa y llanamente que el derecho va pasando a ser tutelado por la econometría.

La econometría, igual que la economía, tiene, como objetivo explicar una variable en función de otras. Esto implica que el punto de partida para el análisis econométrico es el modelo económico y este se transformará en modelo econométrico cuando se han añadido las especificaciones necesarias para su aplicación empírica. Es decir, cuando se han definido, según la bibliografía acumulada al respecto:

1. Las variables (endógenas, exógenas) que explican y determinan el modelo.
2. Los parámetros estructurales que acompañan a las variables.
3. Las ecuaciones y su formulación en forma matemática.
4. La perturbación aleatoria que explica la parte no sistemática del modelo.
5. Los datos estadísticos.

A partir del modelo econométrico especificado, en una segunda etapa se procede a la estimación, fase estadística que asigna valores numéricos a los parámetros de las ecuaciones del modelo. Para ello se utilizan métodos estadísticos como pueden ser:

- Mínimos cuadrados ordinarios.
- Máxima verosimilitud.
- Mínimos cuadrados bietápicos, etcétera.

Al recibir los parámetros el valor numérico, definen el concepto de estructura que han de tener valor estable en el tiempo especificado.

La tercera etapa en la elaboración del modelo es la verificación y contrastación, donde se someten los parámetros y la variable aleatoria a unos contrastes estadísticos para cuantificar en términos probabilísticos la validez del modelo estimado.

La cuarta etapa consiste en la aplicación del modelo conforme al objetivo del mismo.

¿Para qué sirve toda esta parafernalia? En general los modelos económicos son útiles para:

1. Análisis estructural y entender cómo funciona la economía.
2. Predicción de los valores futuros de las variables económicas.
3. Simular con fines de planificación distintas posibilidades de las variables exógenas.
4. Simular con fines de control valores óptimos de variables instrumentales de política económica y de empresa (datos extraídos de la enciclopedia citada *supra*).

Entonces, el AED puede arrojarnos a: una panacea, remedio que buscaban los alquimistas para curar todas las enfermedades, o un rescoldo, que es una brasa resguardada por las cenizas. ¿Qué nos provoca?: escozor, rescalo o escrúpulo.

¿Qué tal si la respuesta a los planteos del AED fuera la contrapropuesta de un “análisis jurídico” de la economía? Por lo pronto, la existencia de una especialidad (o de un campo específico) bajo la denominación de *Derecho económico* tiene carta de ciudadanía desde hace más de medio siglo (Olivera, Julio H. G., *Derecho económico. Conceptos y problemas fundamentales*, Buenos Aires, Arayú, 1954).

El mayor riesgo que contiene la aplicación fanatizada del AED es el abandono o la “dejación” paulatina de la ponderación de los valores. ¡Un derecho sin límites axiológicos! Las doctrinas que predicaron la emancipación de la política o del derecho con respecto a la ética y a los valores

morales, fueron muy negativas para la salud espiritual de la humanidad, y lo mismo puede producirse si el derecho resultara finalmente en su creación, interpretación o aplicación, dominado no ya por el voluntarismo político o por el hiperfactualismo, sino por una supuesta inexorabilidad de las reglas económicas.

Si el AED pretende imponer a la econometría por encima del derecho, ambos saldrán devaluados.

Mi opinión: que no se trata de una “teoría”, ni puede pretender las ambiciones de una “doctrina”, tampoco exhibe las potencialidades de una “metodología”. ¿Qué es?, es una herramienta o instrumento para obtener un “enfoque”; o, si se quiere, un nuevo y más amplio enfoque de los fenómenos sociales, a cuyo ámbito pertenecen tanto la economía como el derecho, y muchos otros más de la actividad humana.

Entre las definiciones de “econometría” que los economistas relevantes han formulado a lo largo de la historia, podemos destacar las siguientes, extraídas de una enciclopedia de uso general:

Rasgar Frisch (1930): La experiencia ha mostrado que cada uno de estos tres puntos de vista, el de la estadística, la teoría económica y las matemáticas, es necesario, pero por sí mismo no suficiente para una comprensión real de las relaciones cuantitativas de la vida económica moderna. Es la unión de los tres aspectos lo que constituye una herramienta de análisis potente. Es la unión lo que constituye la econometría.

Samuelson, Koopmans y Stone (1954): ...el análisis cuantitativo de fenómenos económicos actuales, basado en el desarrollo congruente de teoría y observaciones, y relacionado por métodos apropiados de inferencia.

Valavanis (1959): El objetivo de la econometría es expresar las teorías económicas bajo una forma matemática a fin de verificar las teorías por métodos estadísticos y medir el impacto de una variable sobre otra, así como predecir acontecimientos futuros y dar consejos de política económica ante resultados deseables.

A.G. Barbancho (1962): La econometría es la rama más operativa de la Ciencia económica, trata de representar numéricamente las relaciones económicas mediante una adecuada combinación de la Teoría económica matemática y la Estadística. De forma que las matemáticas, como lenguaje y forma de expresión simbólica e instrumento eficaz en el proceso deductivo, representan el medio unificador, y teoría económica, economía matemática o estadística económica serían consideraciones parciales de su contenido.

Klein (1962): El principal objetivo de la econometría es dar contenido empírico al razonamiento *a priori* de la economía.

Malinvaud (1966): ...aplicación de las matemáticas y método estadístico al estudio de fenómenos económicos.

Christ (1966): Producción de declaraciones de economía cuantitativa que explican el comportamiento de variables ya observadas, o predicen la conducta de variables aún no observadas.

Intriligator (1978): Rama de la economía que se ocupa de la estimación empírica de relaciones económicas.

Chow (1983): Arte y ciencia de usar métodos para la medida de relaciones económicas.

Pero la definición de econometría es tan amplia que todas son aceptables (*cfr. Enciclopedia Wikipedia*), con un denominador común: que no les importa para nada el derecho ni el valor de la justicia; o como dice el lenguaje común, ni un “bledo” (hacer desprecio).

Llama la atención que junto con la mención de la “econometría” aparezca en los autores del AED la utilización de la teoría de los juegos, surgida a partir de la década de 1940 por impulso de un matemático (J. Von Neumann) y de un economista (Morgenstein), apelando a la utilidad de insertar en el análisis a los “juegos de estrategia”. Los científicos del derecho público llamaron la atención sobre la diferencia que ofrecen juegos tan dispares como el ajedrez o el *bridge* y los naipes o las loterías. Por ello, Linares Quintana entre otros, advirtieron del distinto terreno en que juegan” (por así decirlo) la política y el derecho, por lo que resaltan la distancia que media entre el derecho, la economía y la sociología política. El “decano” de nuestros constitucionalistas cita en su obra *La nueva ciencia política y constitucional* (Abeledo-Perrot, 1968, publicación de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires), la autorizada opinión de Jean Meynaud, que con bastante apreciación en tiempo oportuno había previsto y prevenido, precavidamente, que:

A pesar de que la teoría de los juegos goza hoy de prestigio entre los especialistas, es asimismo objeto de serias observaciones. Si bien resulta atrayente la asimilación que hace de los juegos estratégicos y de formas determinadas de la actividad social, existen diferencias importantes. Las reglas de los juegos están formuladas para dar posibilidades iniciales iguales a cada participante; lo que casi nunca sucede en las relaciones sociales, en las que es regla la desigualdad derivada de motivos asaz diferentes. Las re-

glas del juego estratégico son innumerables, debiendo los jugadores someterse a ellas; en tanto que en la vida social y en particular en la política, las reglas son con frecuencia materia de controversia y lucha, verbigracia, la legislación electoral. El juego, en fin, es, como bien se ha dicho, un mundo aparte, cerrado en sí mismo y aislado en el tiempo y en el espacio, mientras los procesos sociales son continuos e indefinidos. Por otra parte, surgen dudas en cuanto al alcance del empleo de dicha teoría del ámbito de las matemáticas puras. En realidad no es lo común que los participantes dispongan, como debiera ser, de una información que agote los datos útiles, ni que el adversario actúe con conocimiento de causa aguardando un resultado preciso. No es posible descartar el error, el capricho o la tontería (*Introducción a la ciencia política*, pp. 198 y 199).

En síntesis, todo remite a lo mismo: la “teoría de los juegos” (como la preconada “econometría”), son practicables —aunque no infalibles— cuando se conjugan con la ciencia matemática; pero en coincidencia con Linares Quintana y con Maurice Duverger (*Introducción al estudio de las estrategias políticas*, 1959) somos conscientes de una delicada limitación: que la “teoría de los juegos” resulta impracticable para quien no posea profundos conocimientos matemáticos (*cf.*, *op. cit.*, p. 176). Es este autor francés el que sostuvo en su enfoque sociologista que así como toda ciencia debe establecer leyes para prever, también “la meta de la ciencia política es prever”, aunque admite que quizá se llegue a una “previsión indirecta”.

¿Se puede entonces atribuir al derecho una incapacidad para rever metas y al mismo tiempo coronar al análisis económico como el único reaseguro para evitar esa incertidumbre? Creemos que la auto-afirmación de una supuesta primacía de certezas en la anticipación de la “consecuencialidad” es —aún con buenas intenciones— lo que equivale a un alarde: en este caso, sería a las ciencias sociales el equivalente de lo que la botánica descubre en el “cotiledón”, o sea, la “maravilla” de la primera hoja en el embrión de la planta. En otras palabras, en términos de comparación con las ciencias naturales (y perdóneseme la osadía) sería algo así como el “primero” del “fanerógamo”, que asoma en aquella planta que en la flor se efectúa la fecundación y, como consecuencia, se desarrollan las semillas que contienen los embriones de las nuevas plantas (DRAE).

Pero seamos modestos y no pretendamos convertir esta verificación fáctica en la jerarquía de un “teorema”, o sea, en una proposición que afirma una verdad demostrable.

XI. EXAGERACIONES Y ESPEJISMOS

Hay un viejo dicho campero, previniendo con picardía que ciertas situaciones o determinados temas no se deben “menear” en demasía, más allá de ciertos límites. La experiencia demuestra que el aviso es cierto.

Con un lenguaje mucho más sutil, el dramaturgo Eugene Ionesco enunciaba así la misma advertencia gauchesca: “Tomen un círculo, acarícielo, y se hará un círculo vicioso”. Y, en efecto, con el manoseo de los temas y de las cuestiones susceptibles de controversia o pasibles de ser visualizadas desde ángulos muy dispares, acontece el previsible resultado del pasaje de los maniáticos: del “círculo virtuoso” se pasa al “círculo vicioso”. Me temo que una devaluación así se pueda consumir, a la vez que consumir, al fulgurante despliegue del AED, entendido como recomendable hasta no llegar a una aplicación abusiva que, al no reparar en las asimetrías que caracterizan a los Estados y sociedades componentes del orbe, lleven a la frustración resultante de comprobar que si todo es AED, pues entonces nada es AED... (tal como desgraciadamente ha pasado con otras construcciones doctrinarias).

Por ello, no debe verse ni un retaceo de la significación de esa herramienta complementaria del análisis jurídico, ni tampoco la panacea universal. Hay que emplear en su aplicación concreta, la envidiable virtud o prudencia que se atribuía —allá por el siglo XIV— a la “navaja de Occam” que, según la creencia *vox populi*, rasuraba todo lo superfluo para facilitar el acceso o llegada al meollo de la cuestión, según preconizaba el escolástico (y franciscano inglés) Guillermo de Occam.

¿Y “el árbol de Porfirio”? Pues viene a cuento, y a que el autor de la obra (“*Arbor porphyriana*”) Porfirio, un neoplatónico fallecido en Roma en el año 304 (d. C.) preanunciaba las clasificaciones taxonómicas, partiendo de lo general a lo particular o más simple. Si la acción de clasificar es consustancial al derecho, la observación de los fenómenos económicos no puede serle ajena; pero tanto puede erigírsela con la potencia de un monismo causal o de un determinismo fatalista (o un “unicato”).

Los párrafos siguientes pueden ser tomados como un “epítome”, o sea, el resumen o compendio de una reflexión extensa, que conduce después de muchas palabras, a repetir o remarcar las primeras con el afán de alcanzar una mayor claridad. Veamos el intento. El denominado “análisis económico del derecho” constituye —en última instancia— una doctrina

política, con asiento en fuertes compromisos con un modelo de relaciones entre el individuo, el Estado y la sociedad que encuentra fundamentos en las vertientes de la filosofía política del “dejar hacer, dejar pasar”. Si bien el abstencionismo de los roles del sector público es manifiesto en la exposición de tal “análisis”, no llega a tanto como para no reclamar la reversión de la dejación estatal cuando están en el “climax” —es decir, en el punto más alto en la gradación— de correr peligro el mantenimiento incólume de las reglas del juego del axioma según el cual “el mejor Estado es el menor Estado”.

Parece difícil imaginar que el “enfoque” del análisis económico del derecho (*Law and Economic*) pueda erigirse en una “teoría general del derecho y del Estado”, en sustitución de las ya conocidas y que encuentran su base no en un mero plexo jurídico de andamiaje de una realidad concreta y circunscripta sino en una amplia y generalizada cosmovisión que marca la impronta de una era de la Historia: la del Estado de Derecho, constitucional y democrático. También parece poco convincente que la explicación de dos orientaciones separadas —la “ortodoxa” y la “reformista”— en el ámbito del análisis económico del derecho, pueda cobijar a ambas en un mismo espacio doctrinario, y a que entre una y otra tan sólo comparten como un común denominador, el enfoque “economicista” de la visión de los fenómenos sociales.

Asimismo, la ventana o apertura hacia la “consecuencialidad” (o “consecuencialismo”) como dato primordial de los resultados que persigue el análisis económico, es desde la misma manera un elemento no descartable ni olvidable en otros tipos de análisis, como el análisis político, sociológico, psicológico, moral, cultural, etcétera, de las más variadas manifestaciones de la vida comunitaria, en el plano nacional y universal.

No creemos que responda a tan sólo la casualidad el hecho de que la onda expansiva del enfoque doctrinario del análisis económico del derecho sea más intensa en algunos países anglosajones regidos por la atmósfera jurídica del *common law*, en contraste con un eco de menores decibeles que se perciben los sistemas de derecho continental europeo, teniendo presente que el mensaje y el metamensaje del “economismo” (nombre de la doctrina que concede a los factores económicos primacía sobre los de otra índole, DRAE), están perfectamente dirigidos a las posiciones que tomen los legisladores y los jueces en sus respectivas decisiones.

El análisis económico del derecho (AED) no puede ser ignorado ni es sensato prescindir de su aplicación como enfoque orientador. Tampoco es admisible eyectarlo como paracaídas salvador o endiosarlo como la voz tronante de un Olimpo en tiempo de verbo perfecto o imperfecto o pluscuamperfecto (“olimpio” también sirve para expresar ensimismamento o apartamiento de la realidad...).

El entusiasmo que se ponga en la utilización de esta valiosa linterna ayudará a encontrar o corregir el camino teleológicamente fijado; pero no sería correcto trasponer esos objetos válidos dentro de un aparataje metodológico plural y variado, si se propusiera el extremismo de la anulación del sistema normativo o su reducción a simple escudero de pretensiones económicas sectoriales con la consiguiente sepultura de las metas del interés general: una desviación así importaría la malversación normativa, o sería algo colindante con la propuesta “abolicionista” que idealiza la implantación de un eventual derecho penal sin penas (con la ilusión de otros medios “correctivos”). Si así fuera, el elenco de los “fans” del AED dejaría el ropaje de una “escuela”, para convertirse en una secta, al tirar por la borda la visión amplificada e interrelacionada de todos los agentes actuantes y quedarse en el estrecho y obtuso confin de un cálculo de beneficios, que pueden *quizá* concretarse o acaso frustrarse. La unidimensionalidad es como apostar a todo o nada; olvidando que el derecho está vigilado y orientado por la justicia. Prefiero la imprecisión de las definiciones antes que la ausencia o remoción de los valores.

Mientras tanto, bienvenida sea la cercanía entre el derecho y la economía para el mayor perfeccionamiento de su conocimiento y aplicación respectivas, sin perder de vista los diferentes roles a cumplir, ni imponiendo sujeciones o simplezas reduccionistas que tornen inoficiosas funciones que por no ser objetos fungibles no pueden reemplazarse entre sí. A lo largo de la Historia el Derecho ha soportado el peso de muchos condicionamientos; pero jamás podrá resignar el impulso hacia su autorealización, tal como lo remarcará Von Ihering en términos adoptados por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación: “La función del derecho es la de realizarse, puesto que lo que no es realizable nunca podrá ser derecho” (fallos 300:1282, “Pérez de Smith”).

Antes de concluir esta perorata, deseo resumir cuál es mi opinión personal. Con ello concluirá mi “monserga”. Y de las dos acepciones que el DRAE reconoce a esa expresión, prefiero que se me incluya en la segun-

da: “exposición, fastidiosa o pesada”, pues la primera me resulta muy adversa, cuando apunta a un “leguaje confuso y embrollado” (*sic*). Espero que las palabras finales no queden arrojadas en el recipiente de esa descalificación.

Sucede que el apasionante tema —complejo y polémico— del AED nos obliga a poner el acento en la “comprensión” de sus alcances y de los objetivos, sean éstos expresos o que se sitúen en planos subyacentes. Para desapasionar los debates y acotar lo contencioso, es bueno guiarse por el consejo de Baruz Spinoza: “*Nec ridere, nec ligere, neque detestari, sed intelligere*” (ni reír, ni llorar, ni maldecir, sino comprender). De eso se trata, en definitiva, cuando es dificultosa y árida la búsqueda de la verdad o el camino para su encuentro.

Acaso esas mismas u otras y más duras dificultades hayan inspirado a Pico de la Mirándola y a Marcilio Ficino a pergeniar como divisa de la Academia del Renacimiento: “*De omni re scibili, in quibusdam all'*”: de todas las cosas que pueden saberse y de algunas otras.

XII. EL RESUMEN DE NUESTRA OPINIÓN. “HIPÉRBOLE” O AUTAXIA”

El resumen de nuestra opinión. Sin ánimo ni empeño peyorativo alguno, suena como un legítimo deseo la enunciación de pareceres que brotan de la meditación alrededor de los puntos más polémicos del AED; a saber:

1. Estamos en presencia de un instrumento o herramienta del que se predica su ventaja en una aplicación intensiva al ámbito del derecho. No es un “método” propiamente dicho, en el sentido estricto de la lógica, sino más bien un enfoque o aproximación cuya utilidad trasciende los objetivos del conocimiento para accionar con la finalidad de alcanzar resultados “eficientistas” en la creación o en la aplicación de las normas jurídicas.
2. Aparece como la prolongación de ciertas escuelas y doctrinas oriundas del pensamiento económico que tuvieron escenarios de considerable auspicio en las Universidades de Yale y de Chicago, entre otras, a partir de las décadas del sesenta y del setenta, en los Estados Unidos, con menor entusiasmo en los ámbitos universitarios europeos. La onda expansiva alcanzó el brillo y la fuerza imi-

tadora de una moda que, como tal, puede tener resultados tan variados como un tono pasajero o la sorpresa de un *revival*, en iguales o diferentes regiones, sin perjuicio de las asimetrías que provoquen en el resultado de su aplicación.

3. El mayor énfasis en sus expositores se detecta en la constante exaltación de la eficiencia (y no la eficacia) como un fin en sí mismo; y, entre los fines, su estimación como prioritario. La primacía “eficientista” es más drástica en el terreno patrimonial, aunque tiende a extender su fuerza a las cuestiones extrapatrimoniales que puedan incidir (o decidir) otras facetas de la actividad mercadista o de la relación costo-beneficio, hasta confluir en las esferas del derecho penal o del derecho constitucional y de las instituciones políticas.
4. Un esquema así, en sus expresiones intelectuales y sin entrar a por menorizar las derivaciones materiales, adolece de la incursión en un “unicato” causal, y a que las respuestas finales a cualquier tipo de interrogación irrumpen en la primacía (¿excluyente?) del móvil económico como monismo impulsor de la actividad humana, individual o social. En algunas versiones ortodoxas del AED se percibe el aliento del egoísmo como aliciente privativo de la acción creativa y el mejor antídoto para auyentar cualquier tentación dirigida hacia el altruísmo.
5. La utilidad de este enfoque o aproximación, si se lo aplica con precisiones técnicas consistentes, radica en acostumar o disciplinar a los analistas en la conveniencia objetiva de hacer uso (sin abuso) en el aparataje mental disponible de una pieza apta para abrir a la inteligencia la percepción de las posibles consecuencias o resultados de las normas y actos jurídicos, en una perspectiva “consecuencialista” que sea eventualmente apta para evitar ciertos efectos o para insembrar otros de signo positivo.
6. Sería un grave equívoco reemplazar o subestimar las mediciones ontológicas y las escalas axiológicas por el análisis puramente económico. Estaríamos ante una falsa opción. En la actualidad, el AED no aparece como una receta ni infalible, ni quieta, ni pacífica. Más bien que se presenta como un camino atravesado hacia un lado, muy comprometido con un sector o casillero de opinión. Su “sesgo” (C. A. Ghersi) parece ostensiblemente inclinado a favorecer “el curso o rumbo que toma un negocio”, o sea, que está prepa-

rado o predispuesto para imprimir a ciertos negocios la dirección de la “oblicuidad”, o al menos, estampar la imagen de un “torcimiento” (“con inclinación”, según el DRAE).

7. Nos parece necesario remontar este resumen de opinión, recordando que la “ontología” jurídica —como parte y aplicación de la metafísica que trata del ser en general y de sus propiedades trascendentales— va más allá de los mecanismos del mercado y su vuelo y horizonte traspasa los límites de la relación costo-beneficio.

Si se nos permite y tolera el uso de términos recogidos por el idioma para “referenciar” situaciones análogas por su gravitación social, podríamos aventurar una cierta simetría entre la sensibilidad que provoca el AED y los fenómenos de “sinestesia” y de “sinergia”. En efecto: la primera —o sea la sinestesia— es una sensación secundaria o asociada que se produce a consecuencia de un estímulo aplicado en otra parte (DRAE); que es lo que acontece con la aproximación de la economía y el derecho. En los casos de sinestesia aparecen imágenes o sensaciones subjetivas propias de un sentido y determinadas por otra u otras sensaciones que afectan a un sentido diferente. Según el DRAE, se trata de un “tropo” que consiste en unir dos imágenes o sensaciones procedentes de diferentes dominios: tal sería el caso de la economía con el derecho o del derecho con el análisis económico. Claro está que hay que tener mucho cuidado con la manipulación del Tropo, toda vez que al practicarlo acontece que las palabras o términos se emplean en sentido distinto del que propiamente les corresponde, aunque guarden con éste alguna conexión, correspondencia o semejanza (DRAE).

La faz positiva del uso del AED puede resultar de su efecto sinérgico, cuidadosamente modulado; puesto que la sinergia consiste en el concurso activo y concentrado de varios elementos (u órganos) para realizar una función, y esto —aplicado al derecho en relación con la economía— desembocaría en tanto y en cuanto sea la acción de dos causas razonables, en un efecto o consecuencia de probable grado superior que la suma de los posibles efectos individuales si se los computa o considera separados entre sí.

Lo que ignoro es si el resultado brotará del arte de la armonía o de la sabiduría de la ciencia.

Sin entrar en esa disquisición, la pregunta final (*the last but not least*) que me formulo, es alrededor de la ubicación en el tiempo y en el espacio

que se observa en la presentación y en la etapa de expansión del AED. Más concretamente, las concomitancias que aparecen en el escenario y que me llaman poderosamente la atención. Y me refiero a lo siguiente: las transfusiones (de ideas) consumadas por la escuela (económica) de Chicago a partir de Milton Friedman y otros, con extensión al ámbito de las escuelas (jurídicas) de Chicago, Yale y otras Universidades, hacen eclosión en las décadas del sesenta y del setenta del siglo XX, llegando a su apogeo en un tiempo histórico en que un mundo muy dividido se debatía en el clima proceloso de la llamada “Guerra Fría”. Las polarizaciones siempre llevan al endurecimiento forzado o forzoso de las tesis que se blandean por parte de los opuestos antagonistas en la confrontación de las ideas. En momentos distintos y distantes entre sí hicieron pié y causaron sucesos tesis algo aventuradas, tales como la del “fin de las ideologías” (Bell) y, después de la implosión soviética, la no menos arriesgada del “fin de la historia” (Fukuyama); ambas desmentidas en los hechos hasta el presente. ¿No habremos asistido, también, a un “ferolítico” (es decir: delicado, fino, afectado o rebuscado) intento de vaciamiento de los elementos axiológicos del derecho? No creo que haya sido esa la intención inicial, pero subsiste la sospecha de que algunos voceros del economicismo se prestaran a impulsar un criterio de sumisión del ordenamiento jurídico sin percatarse de que el derecho y el sistema legal conforman un medio para acercarnos al vigorizamiento del valor justicia. A veces, las mismas palabras pueden prestarse a significaciones contrapuestas: el término “caramillo” puede servir tanto para evocar las delicias emanadas del instrumento musical del flautista de Hamelin — que producía un sonido muy agudo— cuanto para servir de sinónimo de algo tan negativo como “chisme”, “enredo”, “embuste” o, lisa y llanamente, un “montón mal hecho” (DRAE).

La devaluación o el empleo desvirtuado del derecho han sido justificados por variados regímenes, so pretexto de explicar lo injustificable. Un ejemplo de esa técnica del manipuleo la ofrecieron los Estados organizados bajo la ideología marxista-leninista-staliniana, que a semejanza de otros extremos que negaban la distinción y demarcación entre el Estado y la sociedad, llegó al punto de que ningún marxista llegara a profesar fe o confianza en las formas constitucionales, cualquiera que sean éstas, desde el momento que la libertad del hombre nunca queda asegurada por la instancia constitucional misma (el llamado “garantismo constitucional”), sino que depende del nivel de las relaciones sociales de poder, o

sea, de lo que se entiende como relación entre la “infraestructura” y la “superestructura” de la comunidad. En nuestra obra *Teoría constitucional* (2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 69), remitíamos a la introducción de Juan Ramón Capella a la obra titulada *Marx: el derecho y el Estado* (Barcelona, Oikos-tau, 1969, p. 13). En dicha obra se recuerda la afirmación de Marx en *La miseria de la filosofía* (1847) en el sentido de que las condiciones políticas son únicamente la expresión oficial de la sociedad civil y que “los soberanos de todos los tiempos han estado sometidos a las condiciones económicas, y nunca han podido legislar sobre ellas. La legislación, y a sea política o civil, no hace más que proclamar, y expresar en palabras la voluntad de las relaciones económicas” (p. 57).

Donde mejor se puede captar el sentido marxista-leninista de los datos jurídicos e institucionales que acompañan a todo proceso, es en las nociones de “infraestructura” y “superestructura”, en las cuales se encuentra el terreno preciso del fenómeno constituyente y de sus relaciones con las formas constitucionales. Y esto es, precisamente, lo que nos preocupa en el presente trabajo.

Para el marxismo, en el nivel de la infraestructura —a la que también se denomina “base”— se encuentran las relaciones de producción y su consecuencia, que son las relaciones de clase: la infraestructura es la estructura económica de la sociedad. Por otro lado, en la superestructura se observan situadas las instituciones y las ideologías, o sea, tanto el Estado y el derecho (nivel jurídico-político) como las “formas de la conciencia social” (nivel ideológico) que corresponden a una infraestructura determinada (*cfr.*, Vanossi, *op. cit.*, pp. 85 y 86).

En el estudio de la tipología de conceptos sobre el poder constituyente, con que se inicia nuestra obra arriba citada, abordamos entre otros el que denominamos “concepto materialista”, que fuera cultivado con fervor y a fuerza de apalancamiento por quienes la militancia y el activismo los conducía a levantar (con ayuda de muchas palancas...) un bagaje teórico que condujo, en última instancia a guardar o esconder la polifacética composición humana y social con tal de conseguir algo (el poder) aunque fuera “con astucia o por medios ilícitos”, acomodándose en un sitio (el partido único) “sin querer moverse de él” (DRAE). Lo dicho vale para todos los totalitarismos.

Podemos reiterar una vez más que el marxismo pone todo su énfasis en destacar la importancia de la “infraestructura” y en relativizar la gra-

vitación de la “superestructura”, la cual, en todo caso, es siempre dependiente de la primera. Los autores citan con frecuencia diversos textos confirmatorios de esa prevaencia; así, la carta de Engels a Starkenburg (1894), que dice: “El desarrollo político, jurídico, filosófico, religioso, literario, artístico, etc., descansa en el desarrollo económico. Pero todos ellos repercuten también los unos sobre los otros y ...sobre la base de la necesidad económica, que se impone siempre, en última instancia” (Vannossi, *op. cit.*, p. 86).

El transcurso del tiempo y la experiencia acumulada con él, ayudan a interpretar el revisionismo intentado por Antonio Gramsci, para quien la “superestructura” no resulta tan insignificante como en la versión clásica, desde el momento que en ella están los intelectuales, a quienes corresponde una función de vinculación entre los dos elementos de la relación (infraestructura y superestructura). Mientras que para el marxismo clásico son únicamente importantes las relaciones económicas, para Gramsci tiene particular relevancia el ámbito ideológico superestructural, al que precisa como la “sociedad civil” y distingue de la “sociedad política” o Estado en sentido estricto.

En la construcción de Gramsci hay un empeño igualmente dirigido a evitar el desvío hacia un puro “economicismo”, que desconsidera a la superestructura (concepción mecánica), o a evitar el desvío hacia un puro “ideologismo”, que se limita al momento ético-político de la superestructura a través de una historia de las ideas (*ibidem*, pp. 89 y 90).

Las correcciones de Gramsci —enmendándole la plana a Marx y Lenin— a nuestra vista no alcanzan para salvar al derecho de su minimización a los niveles de un simple ropaje legal-formal y aparentemente desconectado del marco de los valores. Por ende, subsiste la inquietud en tanto el aporte gramsciano cumpla un rol de ornato (adorno, atavío, aparato), pues al derecho le correspondería algo semejante a la función del “interiorismo”, o sea, del arte de decorar los espacios interiores; y, de ser así, los legistas y juristas deberían ser clasificados entre los categorizados como decoradores o “interioristas”; del mismo modo que a los abogados en ejercicio les caería la descalificación del “malditismo” según los intereses que defiendan o patrocinen. Y por un paralelismo de razones, las facultades y escuelas de derecho entrarían en el espacio reservado a los “chirimbolos” que, según el DRAE, la expresión se asigna a los “objetos de forma extraña que no se sabe como nombrar”.

En nuestra opinión, el derecho y la justicia, solamente pueden desollar en el seno de sociedades regidas por un sistema político armado a partir de la democracia constitucional de base pluralista y con incondicionada aceptación de la libertad como un *prius* y elemento *a priori* de todo el ordenamiento jurídico edificado sobre el respeto a “la eminente dignidad de la persona humana” (palabras que con acierto pertenecen a la autoría de Pico de la Mirandola y que felizmente recoge el artículo 1o. de la Constitución alemana, Ley Fundamental de Born, 1949, que en su inciso primero, proclamaba la intangibilidad de la dignidad del hombre). El pluralismo sólo es respetado y respetable en los sistemas demoliberales y sociales, que van desde las grandes revoluciones generadoras de la era constitucional (Inglaterra, EE.UU. de Norteamérica y Francia) hasta las más recientes, cuyas Constituciones (Alemania, Italia, España, Portugal, etcétera) adoptan las notas conceptuales del Estado social de derecho, transitando por los carriles también incorporados y practicados por las democracias nórdicas y algunos países asiáticos.

De lo que se desprende en consecuencia, que son un ejemplo de contradicción en sí misma o contradicción en los términos (*contradictio in adjecto*) las imposturas (fingimiento o engaño con apariencia de verdad, DRAE) que ofrecen los intentos de introducir alternativas de “comunismo democrático”, “fascismo democrático”, “nazismo democrático”, “fundamentalismo”, “corporativismo democrático” u otras variantes terminológicas, a veces acompañadas del prefijo “neo” (también rechazamos la expresión “neoliberal”, por cuanto es o no es, y se es o no se es tal). Los reciclajes pretendidos por los viejos o nuevos totalitarismos no deberían engañar a nadie. Son nada más que “fantasmas”, tanto en la primera acepción del vocablo (“quien presume de algo, exagerando o mintiendo”) cuanto en la otra acepción (“disfrazado que sale de noche para asustar a la gente”). Hay que precaverse de esos sustos: suelen ser peligrosos, muy peligrosos.

En opinión personal, creo que aquellas engañosas utilitarias deben ser desechadas *in limine*, por la misma sociedad antes que por el legislador; arrojándolas mediante el sufragio y la voz de la opinión pública al *coluvie*, es decir, a las cloacas, alcantarillas o albañal (DRAE) donde terminan los insectos (himenópteros y harpagones) después de una fumigación. Corresponde advertir a tiempo que en las presentaciones en pasarelas donde se presentan estos nuevos modelos de “look” político-institucional, el ardid incluye la

actuación de hábiles sobones, muy aficionados y entrenados para “sobar”, agentes traccionados que con frecuencia se tornan “fastidiosos por la excesiva familiaridad y halagos” (DRAE). Pero una vez corrido el velo o quitados el disfraz, aparece la real fachada, y la consiguiente sorpresa consiste en encontrarse, no ante una beldad, sino un “facóquero”, que es la denominación de un mamífero con cabeza grande, cuerpo un forma de barril y verrugas en la cara (DRAE); que despierta en la sociedad la misma sensación reflejada por un poeta que exclamaba: “¡horror, espanto, desesperación y llanto!”.

Para terminar: todos los extremismos son manifestaciones de “fundamentalismo”, de fanatismo y de hiper-dogmatismo. Rinden culto al miedo y se valen de distintas formas de violencia para imponer sus reglas, no aceptando ni el disenso ni la competencia. Muchas veces, rinden culto a la muerte, y a sea por asesinatos individuales o masivos, o bien sea por parodias de “procesos” en los que se conoce la pena antes de la sustanciación de la farsa del seudo-juicio.

¿Ante qué caso estamos? ¿Por qué tanta propensión en el ejercicio deportivo de la “hipérbole”? Mi respuesta: no es propio del criterio científico hacer exageraciones, ni en más ni por menos. La utilidad y el mérito de un enfoque no deben ser distorsionados a través de un lenguaje hiperbólico, que aumente o disminuya excesivamente la verdad de aquello de que se habla. Ni ensalzar ni desmerecer. Hete aquí el punto en cuestión.

Los sistemas fundados en la libertad, no sólo garantizan el ejercicio de los derechos, sino que cantan loas a la vida, al derecho a vivir y se pronuncian en contra de los tormentos (artículo 18 de la Constitución Nacional). La opción es clara: hay que saber elegir entre la libertad o la opresión, entre la vida o la muerte, entre poder elegir y no poder elegir (*sic*). Con otras palabras, todo conduce a tener en cuenta de que las dudas deben superarse o resolverse en favor de la libertad (caso Sojo, fallos 32:125), y, más fuerte aún, podemos compartir el *dictum* de la Suprema Corte de Estados Unidos, cuando exhortó a la sociedad toda a posicionarse con fortaleza pues no se puede “tener miedo de ser libres” (caso Anastaplo, 366 US 82, 1961). Si de tal “miedo” se trata, acaso nos ayude a superarlo si en la introspección —como observación interior de los propios actos o estados de ánimo o de conciencia (DRAE)— coincidimos con la apreciación de algunos pensadores, en el sentido de que tal miedo o temor no es debido a la libertad —toda vez que ésta no puede ser causa de ello— sino que responde al miedo que el ejercicio de la libertad supone o engendra (Sánchez Viamonte y otros).

Reflexión final

Queda un interrogante en pie: ¿cuál es el mejor camino a seguir para lograr no sólo la armonía sino también la más fecunda producción de resultados en el campo de las relaciones entre dos disciplinas de la ciencia política?

Lo que tendría gran ventaja sería lograr un principio de *eutaxia* entre el derecho, la economía y los aportes de las demás ciencias sociales. ¿Y qué es la *eutaxia*? Si bien etimológicamente quiere decir “el buen orden”, y aunque Aristóteles la invocó como una ampliación o extensión (inclusión) que facilitara la superación de las limitaciones propias de todo sistema oligárquico (*La política*, VI), la *eutaxia* significa una metodología de mucho mayor alcance como camino o vía de solución para las contradicciones político-sociales.

Es la convocatoria al consenso en torno a cuestiones primordiales. Algo así, como la búsqueda de la superación de las divergencias sectoriales con miras a aunar criterios que abran paso a políticas “arquitectónicas” o, como se dice en la actualidad, hacia “políticas de Estado”. Por vía de la *eutaxia* la sociedad obtiene que por encima de la diversidad de sus capas componentes, el poder quede en condiciones de orientarse “objetivamente” en dirección al logro del interés general, equivalente a lo que también se conocen como tópicos o ingredientes del llamado “bien común”. De la subsistencia o perdurabilidad de tales convergencias dependerá en gran medida la unidad global necesaria para la preservación del núcleo o meollo que garantice en el seno de la sociedad política el mínimo umbral o base de armonía entre los detentadores del poder (gobernantes) y los destinatarios (gobernados) de aquél.

Sin entrar en el debate sobre la posibilidad de alcanzar un poder supuestamente “neutral” y situado por encima del “todo”, parece evidente que el camino de la *eutaxia* es la vía más indicada para prevenir o contrarrestar las vicisitudes y las patologías de la dinámica política.

XIII. LO POSITIVO Y LO NEGATIVO

En cuanto a lo primero, el auxilio que brinda el AED es tan valioso — si se lo adopta con las precauciones del caso — que se convierte en un instrumento imprescindible de perspectiva y de prospección. En otros

tiempos, muchas veces el Derecho acudía a la visión del presente y descuidada la ponderación de sus consecuencias mediatas o de más extendida ulterioridad. Hoy en día, con la aceleración de los ciclos y la premura de tener que afrontar los imponderables, el pensamiento científico se ve emplazado a un más cuidadoso esfuerzo analítico y sistemático que incluye en su catálogo de exigencias el enunciado de probables o casi seguras respuestas a los desafíos de una dinámica de transformaciones que — nos guste o no nos plazca — opera en los hechos con pocos frenos y con muchos aceleradores y estimulantes. Y en todo esto, la economía tiene mucho de ver; dato éste que ya es obvio para todos.

En consecuencia: estimo que hay un “derecho de prospección”, o sea, de exploración de lo subyacente, con el fin de descubrir algo significativo; como así también entendiéndolo como una potestad orientada a discernir posibilidades futuras basándose en indicios presentes.

La “prospección” conduce a las técnicas de “prospectivas”, siempre referidas al futuro, y que operan a través de análisis y estudios realizados con ese fin en el ámbito de una determinada materia.

Hoy no es admisible ni comprensible la “compartimentalización” del análisis y es cada vez más practicada la asociación cooperativa o auxiliar de todas las ciencias sociales.

En cuanto a lo segundo, sería pernicioso y llevaría a resultados írritos, que el afán o entusiasmo por el seguimiento de una prédica supuestamente basada en la inexorabilidad de las “leyes económicas” nos arrojará al vacío de la prescindencia ético-moral que debe estar presente en todas las ecuaciones del comportamiento humano. Por más precisas y científicas que parezcan o aparezcan las “calculabilidades” materias, crematísticas o eficientistas, nunca podrán desplazar en sus mediciones las dos negatividades que dramatizan —cuando no redundan en mayor tragedia— la impresión depresiva y negativa que encuentra su origen en dos tentaciones a las que no resisten los ensayos que parten de creencias en la superioridad infinita del nuevo “progreso indefinido” de la exactitud científica: me refiero a la propensión a caer en el “relativismo”, generalizado y complaciente —por un lado—, y al acentuado “amoralismo” que intenta desconectar las conductas de la brújula espiritual que suministran los valores. No cabe concebir ni economía ni derecho (ni ciencia alguna) que puedan propender al desarrollo de la persona humana basándose únicamente en el *homo economicus*, en el insolidario utilitarismo, o en el simplista cálculo del costo-beneficio. En síntesis:

Yo no creo que exista una “moral económica” que pueda considerarse independiente de la ética global. Es un artilugio de algunos economicistas, más bien econométristas (*sic*), que llegan al alarde de creer en una moral “especial” para regir o ponderar todo lo atinente a intereses crematísticos. Me permito coincidir, en cambio, con Klaus Volk quien descrea de “los intentos del derecho penal económico de crear una moral económica que aún no existe” y estima —con acierto— que “hay veces en que aquella disciplina jurídica, en su afán de ser exacta y abarcadora se vuelve tan complicada que se frena a sí misma” (*cf.* Conferencia pronunciada el 17 de marzo de 2008 en la Facultad de Derecho de la UBA).

XIV. ¿EPÍTETO PARA CARACTERIZAR O EPÍTOME PARA COMPENDIAR?

Es innegable que a partir de los cimbronazos originados en la crisis del segundo semestre de 2008 en los Estados Unidos, no sólo acontecieron sacudones en la “City” de Wall Street, sino que las proyecciones y los reflejos de esa conmoción han repercutido en las secuencias de casi todo el orbe. La frase tan manida de “que un estornudo en *Down town* de la capital económica del capitalismo provoca pulmonías hasta en los más reconocidos sitios del mundo”, se ve confirmada por el hecho de que en todos los hemisferios y desde el oeste hacia el este (y viceversa) se perciben las resonancias del impacto. Muy pocos “gurúes” se atrevieron al anuncio (o la conjetura) de tamaño terremoto (*sic*), y menos aún se pensó por “el vulgo” que llegaran a repetirse las “espektoraciones” que a raíz de las crisis de 1929 (financiera) y de 1930 (económica) llegaron a suscitar efectos cuya prolongación se extendió hasta la segunda guerra mundial (circa).

Como resulta obvio, la magnitud del problema y la complejidad de su evolución ulterior —sin contar la dificultad de predecir su desenlace— convierten en anécdota nimia la superficialidad de sostener la “ajenidad” del *crash* o la negación de sus efectos “globalizados”, o —peor aún— la burlesca jactancia de quedar exentos del denominado “efecto *jazz*”. Estos hechos contundentes hacen necesaria la formulación de algunas reflexiones adicionales:

1. Del mismo modo que no hay seguridad jurídica sin un Estado de derecho, tampoco se puede concebir el Estado de derecho prescin-

diendo de las garantías que conforman la seguridad jurídica. Por derivación de esas premisas, no cabe la admisión de la libertad sin el acompañamiento del “mercado” e, inversamente, no es entendible el funcionamiento mercadista sin el marco de la libre actividad.

2. Al mercado lo impulsan fuerzas y se desenvuelve en un marco legal. No actúa de *legibus solutus*, pues el ordenamiento jurídico es el que traza “las reglas del juego”. La actividad y el movimiento marcatorios no se autoregulan al punto de podérselos considerar esferas “soberanas”, y, en muchos casos, requieren de una nueva dosis de regulación normativa por resultar insuficiente o insatisfactorio el intento de su auto corrección.
3. El Estado tiene sus límites regulatorios (artículo 28 de la Constitución), pero su vigor presencial encuentra justificación cuando las normas se dictan con miras a asegurar dos piezas fundamentales: la competencia y la transparencia.
4. El cuadro normativo comprende un mínimo de dispositivos legales orientados a que se preserve el valor de la moneda (artículo 75, inciso 19 del Constitución) y se provea a la productividad económica (*idem*), todo ello con basamento en el objetivo del “progreso económico” y con inspiración y orientación en el valor de la “justicia social” (*idem*).
5. Así como el derecho no puede divorciarse de los valores, pues siempre media y gravita una escala axiológica, del mismo modo la economía —además de los condicionantes valorativos— mantiene fuertes relaciones determinadas en las sendas adoptadas en cada etapa de sus ciclos por las políticas monetarias y por la política fiscal.
6. Por más cálculo econométrico que se formule, el factor confianza (confiabilidad más credibilidad) resulta fuertemente determinante, siempre que no se dude de la fortaleza que brinda sustento a los datos de la medición de la “seguridad jurídica” reinante en un espacio determinado (regla de la calculabilidad o predictibilidad). Y esto demuestra que el sistema legal vigente vale y pesa por su estabilidad, su certidumbre y su accesibilidad: ni el comercio, ni la industria, ni la economía pueden prescindir del *rule of law* (como tampoco de la “seguridad personal” y de la “seguridad social”, que son hoy piezas inescindibles).

7. Es necio negar la jerarquía del derecho en la vida social en general; pero es más absurdo aún querer prescindir de la fuerza motivadora que la normatividad ejerce sobre los comportamientos financieros —y, a la postre, sobre la actividad económica toda— cuando es una obviedad la comprobación del poder corrector que las reglas jurídicas ejercen para garantizar la libre competencia, la sana transparencia y, muy especialmente, para poner coto al “abuso del derecho” (como también funge para evitar o reparar la “desviación de poder”). Si no existen derechos “absolutos”, tampoco tienen cabida “juegos” financieros “absolutos” que perviertan anárquicamente a todo el sistema y afecten gravemente el interés general. No se trata de negar o eliminar el mercado, sino de prevenir a tiempo que la anarquía del “todo vale” se traduzca en una dominación caprichosa de los operadores mercadistas sobre la sociedad.
8. El derecho puede y debe contribuir a la fijación de regulaciones razonables que, sin alterar la sustancialidad de las libertades económicas, consigan abortar las pendientes o caídas de desestabilización y desequilibrio que ponen en vilo a todo el régimen económico de producción, distribución y consumo, como así también a la financiación de sus operatorias. Como toda creación y manipulación bajo conducción humana, no hay un dogma de la infalibilidad que hipotéticamente pudiera imponer la hegemonía del juego económico sobre el deber jurídico.
9. No es cierto que los poderes del liberalismo económico hayan prescindido de la consideración de las diversas realidades sociales. Mucho antes que el ya citado J. Stuart Mill, fue el mismísimo Adam Smith quien admitió la equidad de una nota de “progresividad” en la aplicación del impuesto a la riqueza, al propio tiempo que se debían eximir a los “artículos de primera necesidad” (*La riqueza de las naciones*, vol. 2, capítulo V, parte II). Esto demuestra que “los más papistas que el papa” (los “neo”) descuidan las terribles implicancias de una ausencia del derecho en la regulación del *laissez faire, laissez passer*: no hay derechos absolutos; todos los derechos son relativos, y sólo corresponde vigilar que también para la actividad financiera y la bancaria, que no pueden convertirse en un fin en sí mismo.

10. La no confianza o la pérdida gradual de la confianza, dinamitan la fe en las instituciones y, consecuentemente, también afectan el funcionamiento del mercado. Muchos autores (no necesariamente “economistas”) advierten que las fuerzas que aportan el capital y el trabajo son condición necesaria pero no suficiente para el soporte o sustentación del sistema que aspira al mayor desarrollo de la sociedad industrial: entre ellos, el escritor Alain Peyrefitte sumaba un tercer factor o condición, de índole cultural y de naturaleza inmaterial. Y, en ese sentido, afirmaba que la confianza suministra a la sociedad el índice de su expansión ganadora (todos se benefician), mientras que la desconfianza conduce a comportamientos temerosos de los agentes u operadores sociales y económicos que arriban a “un juego de suma cero... o de suma negativa” (*La société de confiance: essais sur les origines du développement*, Jacob, 2005).
11. Merecen un especial reconocimiento los pensadores que observaron a tiempo riesgos que conllevan los absolutismos de la no regulación (aún la mínima necesaria) de los procesos económicos y financieros, despreciando el rol preventivo en los juegos especulativos (*sic*). Desde J. Stuart Mill que vio los excesos fundamentalistas de las prácticas “manchesterianas” (y que desde su liberalismo fomentaba las cooperativas de distribución) hasta la sagaz diferenciación que ponía Benedetto Croce al separar las doctrinas liberales de las prácticas egoístas del crudo “liberismo” material, sin olvidar —entre otros— a nombres de la talla de Raymond Aron, Habermas, Calogero y Norberto Bobbio, entre otros, como también vale la pena leer los capítulos VI y VII de la obra de Robert Dahl *La igualdad política*, (Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2008, pp. 85 y 103 sucesivamente).
12. El enfoque del “análisis económico del derecho” puede resultar utilísimo para la mayor aproximación en el conocimiento de las consecuencias que ciertas normas jurídicas pueden llegar a producir, con el porcentaje de falibilidad que es propio de todo análisis, por más “científico” que sea. No es que sea susceptible de una lisa y llana demonización. No puede ni debe ser excomulgado. Se trata, en cambio, de no convertirlo en dogma de infalibilidad ni de exagerar sus alcances y posibilidades para detectar todos los efectos. No es malo en sí mismo ni es una herramienta larvada, en el senti-

do de anidar en su seno “males cuyos primeros síntomas ocultan su verdadera naturaleza” (DRAE); sino que se trata de una herramienta o instrumento que se debe tomar con el delicado cuidado de una pinza en el campo de la introspección en el cuerpo humano.

Ni espontaneísmo, ni recetas mágicas, ni dogmatismos cerrados. Tampoco las *hiperregulaciones* asfixiantes o paralizantes. Ni súper intervencionismo estatista, ni deserción o dejación anarco-salvaje. En todo caso, parafraseando a Foucault, una competitividad asegurada por una sensata “governabilidad activa”. Libertad: ¡sí!; dictadura: ¡no! (Ni políticas, ni económicas, ni de ninguna especie material o espiritual). Libertad a secas, razonabilidad, para todos.

El derecho, por su parte, es mucho más que una herramienta o un instrumento. Cumple funciones y es un elemento componente del Estado, junto con el territorio, la población, el poder y los fines de la sociedad que lo determina. Pero es, además, el basamento que en unión con los valores, impulsa la armonización de los grandes fines para que éstos no colisionen entre sí: el orden con la libertad, la seguridad con las garantías de los derechos, el bienestar general con los intereses sectoriales, la paz con la justicia, y así sucesivamente. Del derecho no se puede prescindir; y, menos aún, convertirlo en un apéndice de los avatares entre la economía y las finanzas públicas o de la moneda y el goteo del crédito (cuya importancia nadie niega).

Es, como afirmaba Sarmiento, que “para tener derechos, hay que vivir en el derecho” (*Discursos parlamentarios*). Sólo el apego al derecho nos aleja de la “ley de la selva”, del “sálvese quien pueda” o del “que vayan todos”.

13. ¿Ante qué estamos? No practiquemos “hipérboles”, porque no es propio del criterio científico hacer o formular exageraciones, ni en más ni por menos. La utilidad y el mérito de un enfoque no deben ser distorsionados a través de un lenguaje hiperbólico que aumente o disminuya excesivamente la verdad de aquello de que se habla. Ni ensalzar, ni desmerecer. Hete aquí el punto en cuestión *in medium consistit virtus*.

Las autorizadas palabras del gran politólogo y constitucionalista italiano (y profesor de Columbia University) Giovanni Sartori, a propósito de los sucesos del 2008, lo dicen todo: “quien no sabe prever, tampoco sabe prevenir” (*cfr. La Nación*, 17 de octubre de 2008). El titulista traductor puso: “Una debacle muy fácil de prever” (del original del “*Corriere della sera*”). Los bruscos golpes de 2008, cualquiera fuere su evolución, y a dejan algunas lecciones que —más que pedagogía— corresponden a la deontología, que es la ciencia del “deber”:

- a) El “consecuencialismo” que predica el análisis económico del derecho está más cerca de la conjetura que de la certeza; y, acaso, más vecino de la adivinanza que del diagnóstico.
- b) El “consecuencialismo” no desemboca en nada “absoluto”, es tan relativista como los demás enfoques que tanto censura, y por apoyarse en la técnica econométrica no obtiene a cambio de tal soporte un margen más concreto de precisiones “a futuro” que se puedan proyectar en la serie y el tiempo de los imprevisibles cambios cíclicos que a lo largo de la historia ofrecen los fenómenos económicos.
- c) Por lo tanto, el “consecuencialismo” tiene “límites”. No escapa a los riesgos que acompañan a todo plan y programa que las fuerzas del voluntarismo quieran establecer. Su desprecio por la importancia del derecho es uno de sus graves errores. Queda comprendido en la regla: *errare humanum est*.
- d) O sea que el derecho no es hijo o entenado de otras disciplinas (por ejemplo, de la economía y sus derivados). En todo caso, la ciencia jurídica forma parte de las ciencias sociales y, por ende, se “hermana” y auxilia (como también ella se enriquece a partir de esa porosa interdependencia) con las demás ramas del saber, incluyendo deontológicamente el deber ser.

En favor del derecho podemos afirmar que su familiaridad con la deontología —aunque las políticas disolutas quieran negarla— es un nexo relacional que si bien no corresponde a la auscultación física, tiene cabida milenaria en la temática de la lógica, de la axiología y hasta de la metafísica.

El tema merecería un final..., pero nunca tendrá su final. El debate sigue abierto, y, seguramente se enriquecerá con la evaluación de la expe-

riencia (que ocupa el lugar de la experimentación) a ser recogida de la movediza superficie de la realidad.

XV. APÉNDICE

NOTAS Y REFERENCIAS AMPLIATORIAS DEL TEXTO

(A MAYOR ABUNDAMIENTO)

1. Resume así Dalla Via la estructura institucional del AED:

a) Una asignación y distribución inicial de los derechos sobre los recursos operada según la máxima de asignar los derechos a aquellos individuos que más los valoren en términos monetarios: los derechos sobre los recursos conformarían así un sistema de derechos de propiedad (*property rights*) con las características de universalidad (todos los recursos han de ser susceptibles de apropiación privada), exclusividad (posibilidad garantizada jurídicamente de excluir a los demás de su uso y consumo) y plena transferibilidad (requisito indispensable para que los recursos pasen, mediante su transferencia, a aquellos individuos que más los valoren).

b) Una efectiva libertad de mercado, instituida jurídicamente por un derecho de contratos que haga posible siempre la asignación óptima de recursos y que reduzca los obstáculos a la negociación privada mediante la creación de incentivos necesarios y el establecimiento de normas reductoras de costes de transacción.

c) Un sistema de responsabilidad civil que simule las operaciones del mercado citando los costes de transacción que sean positivos y den lugar a externalidades que serán internalizadas a través de normas de responsabilidad congruentes con la lógica del mercado (en el caso de Posner, es congruencia se manifiesta a través de la adopción del criterio del *cheapest cost avoider* y del establecimiento de un sistema de responsabilidad por culpa).

d) Por último, un sistema de derecho penal cuya función sea la de imponer la decisión del mercado siempre que ésta sea posible. En efecto, el derecho penal, según Posner, no sería sino un mecanismo a través del cual se incrementaría el coste de determinadas transacciones no mercantiles con el objetivo de inducir el cumplimiento de las normas transaccionales básicas del sistema mercantil. El sistema de derecho penal se configura así como la cobertura de seguridad del sistema negocial privado en su conjunto, mediante la disuasión de las acciones que no respeten las normas de intercambio de los derechos establecidas por el mercado.

De manera que el sistema jurídico aparece con un amplio predominio del derecho privado, es decir, un sistema en el que las normas reguladoras de las relaciones privadas están “constitucionalizadas” de modo que se convierten en normas básicas del sistema, definiendo, de manera exhaustiva, los principios generales del derecho público” (*op. cit.*, p. 93).

2. Es emblemática la mención de ejemplos de exageraciones a que puede conducir una aplicación “fundamentalista” del AED. Véase este párrafo extraído del libro de Dalla Via, que asombra a dicho autor:

Basta sustituir los conceptos jurídicos por los prístinos conceptos económicos, para que en una cascada de reconstrucciones teóricas el sistema jurídico aparezca redibujado en términos fácilmente manejables. Así se sustituye la compleja retórica de derechos y obligaciones, de derechos subjetivos o posiciones jurídicas, por supraconceptos como el de los *property rights* o el *entitlement* de Calabresi, para hacer entrar en ellos las más variadas situaciones jurídicas, desde los derechos patrimoniales a los derechos fundamentales reorganizando las relaciones intersubjetivas en términos propietarios. Los problemas jurídicos quedan reducidos a problemas de externalidades y de costes de transacción. Un problema de responsabilidad civil no es sino la manifestación de una externalidad negativa, el incumplimiento de un contrato es el síntoma de un problema de falta de información en el momento de su celebración, el divorcio es la disolución de una empresa, el sistema legal de adopción es el reflejo de un monopolio establecido sobre el tráfico de niños. Reconstruido el sistema jurídico de acuerdo con el nuevo lenguaje simplificador de la teoría económica, los conceptos jurídicos de obligación, derechos, justicia, etcétera, pueden ser desechados por exceso de equipaje” (*op. cit.*, p. 92).

3. La doctrina del AED ha despertado en nuestro medio un rico intercambio de impresiones, especialmente en el ámbito del derecho privado, no obstante que sus implicancias llegan al terreno del derecho público y, aún más, al derecho penal. Adhesiones, rechazos, reservas o incondicionalidades se registran en los foros de debate y en publicaciones jurídicas. En el Instituto de Derecho Comercial y Empresarial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2007, la Memoria Anual recuerda que: “En la sesión del mes de julio la doctora Ana Isabel Piaggi trató el tema “análisis económico del derecho” (AED). Inició su exposición señalando que el “nuevo” AED postula que no es posible entender las insti-

tuciones jurídicas sólo con argumentos legales sino que resulta esencial considerar qué efectos tienen estas instituciones sobre la sociedad y qué resultados generan para los ciudadanos. El AED no es una corriente de pensamiento uniforme, sino que presenta diferentes concepciones con divergencias teóricas notables.

Su ubicación metodológica lo ubica como una rama de la ciencia económica, casi completamente incluida dentro del campo de la microeconomía, cuyo objetivo es analizar y evaluar el rol de las normas jurídicas a través del estudio de su impacto sobre el comportamiento de los agentes económicos, y su repercusión en las cantidades y los precios.

Agregó que el punto de arranque de esta construcción es que no trata de explicar el derecho, sino de diseñar lo que debe ser; aparece como una necesidad de solucionar problemas concretos que no pueden resolverse desde la monodisciplina jurídica.

Otro aspecto destacado es que las externalidades, el análisis de costo-beneficio y el principio de maximización de la riqueza, son un conjunto de hipótesis sustantivas diseñadas para abarcar las características esenciales de una realidad compleja.

Para terminar diciendo que el predominio de la filosofía subyacente en la codificación decimonónica mantuvo vigentes las estructuras lógico-conceptuales en que se asienta la dogmática tradicional”.

Con posterioridad, la misma autora ha publicado un trabajo titulado *Algunas reflexiones sobre un nuevo derecho*, (Buenos Aires, 4 de junio de 2008-JA 2008-II, fascículo núm. 10), con particular referencia a la aplicación del AED en el ámbito del derecho comercial.

4. Muy lejos de los “brulotes” (crítica ofensiva y polémica) que aparecen a diario en la “prensa amarilla” —a cuyos escribas Popper desdeñaba como periodismo escandaloso, refiriéndose “a los que están bajo la ley de la adicción a las especies picantes”— rescatamos un esclarecido y esclarecedor editorial de *La Nación*, 3 de abril de 2008, que con el título “Entre la modernidad y el populismo” señala sin irrisión ni burlería o mengua alguna (“al que le caiga el sayo, que le caiga...”) una dura verdad inconcusa, y a que las cosas han sido así, sin duda alguna:

No ha contribuido mucho en las últimas décadas, al menos en Argentina, la apropiación del liberalismo por mentes centradas, estrictamente en la defensa de la libertad de los mercados económicos. No ha sido esa, sin embargo, la tradición del liberalismo histórico en la Argentina. Un libera-

lismo defensor, por cierto, de la libertad económica, pero no menos que de ellas de las libertades públicas y de las garantías individuales de los ciudadanos en los términos rotundos prescriptos por los contribuyentes reunidos después de Caseros. Un liberalismo que condena los fanatismos, exhorta a la tolerancia, al consenso, al diálogo, y condena la atrocidad de la violencia física y moral contra individuos y gobiernos legítimos, como el de Colombia.

Libertad política. Libertad económica. Libertad social. Libertad cultural. Un solo liberalismo. Indivisible respecto de su compromiso con todas las libertades y con la legalidad con todas las libertades y con la legalidad que las sustenta. Fue ese el pabellón conceptual con el que el escritor peruano guió desde la apertura las deliberaciones. Desde ese mismo momento dejó también convenido que un liberalismo que creyera sólo en la libertad de mercados es un liberalismo deshumanizado, fácil presa de la tentación autoritaria y carente de la indispensable capacidad de generar emociones.

¿Quiere —y debe— el liberalismo ocupar en adelante un lugar en relación con las contraposiciones intelectuales forjadas desde las antiguas antinomias de izquierda y derecha? ¿Sería eso posible, práctico, lógico, deseable?. ¿Deberían los liberales alinearse detrás de un partido o actuar como protagonistas de una tendencia de pensamiento que antes de mediados del siglo XX ya había sido definida como renuente a ceñirse a los estrechos límites de un partido político?. ¿No es, acaso, el liberalismo una cultura y desborda, por lo tanto, con facilidad los límites inevitables de un mero agrupamiento de ciudadanos?

En frase aparte, el mismo editorial —sin chanzas ni tono burlesco que tan siquiera asome— da un envión a la completa relatividad que hoy pueden exhibir los vetustos encasillamientos de otrora: “En otras palabras, tiene sentido seguir dividiendo al mundo entre izquierdas y derechas como se ha hecho desde la Revolución francesa? ¿O habrá llegado la hora de aceptar, en cambio, de una vez por todas, la lógica discursiva de Felipe González, otra figura dominante del socialismo y convenir que la principal línea divisoria de aguas pasa entre la modernidad y su opuesto, el bonapartismo?

“Bonapartismo” es la denominación legitimada en la ciencia política para abarcar el sinfín de ejemplos de gobiernos populistas que se han ido sucediendo desde el siglo XX, con prescindencia de izquierdas y derechas. No es otra cosa que la mediación fatal de un Estado paternalista, prepotente, in-

filtrado con sus regulaciones asfixiantes en todas las actividades privadas. Fascismo camaleónico, en suma, que a veces ha sido de derecha y otras de izquierda, dejando al final el irremediable balance de sus estragos, como lo muestra la experiencia de los últimos setenta años en América latina y, particularmente, en Argentina.

5. La doctrina citada, en el caso “Anastaplo”, correspondió a los votos de los *justices* Black, Douglas y Brennan, y su texto es el siguiente:

This trend must be halted if we are to keep faith with the Founders of our Nation and pass on to future generations of Americans the great heritage of freedom which they sacrificed so much to leave to us. The choice is clear to me. If we are to pass on that great heritage of freedom, we must return to the original language of the Bill of Rights. We must not be afraid to be free.

6. Nuestra simpatía por el pensamiento de J. Stuart Mill arranca de que con su propuesta de un *New Liberalism* no sólo libró a la corriente liberal de los excesos de un individualismo extremo y estéril, sino que dotó de nuevas bases a la economía política y con su obstinada insistencia en asociar la libertad a la igualdad, abrió el camino a una nueva práctica de la democracia. Pionero en muchas cosas, en lo político postuló la extensión del sufragio en todos los ámbitos e impulsó las libertades locales promoviendo el mayor autogobierno posible. Luego acompañado por su mujer, Harriet Taylor, pionera militante feminista, luchó por la igualdad política y civil de los dos sexos y se movilizó en favor del movimiento obrero defendiendo la autoeducación de los trabajadores y la sustitución de la empresa capitalista por la organización cooperativa. Distinguiendo entre producción de riquezas y su distribución proponía introducir la asociación de trabajadores libres en la segunda para, mediante las cooperativas de distribución, reducir las injusticias sociales iniciales derivadas de la producción.

Por lo demás sólo recurriendo a la instrucción universal, a una aceptada limitación de los nacimientos y a una creciente participación de todos los beneficios, podemos acercarnos al autogobierno económico. Pero quizá la aportación más importante y actual de Mill es su impugnación del productivismo y de los desastres medioambientales que produce con la autolimitación que propone, en la tercera edición de sus *Principios de economía política* (1871), en su cuadro “del Estado estacionario” y en la estabilización del capital y la riqueza. Propuesta que le enfrenta total-

mente a Hayek y a los neoliberales al uso y lo acerca a las teorías del decrecimiento de Georgescu-Roegen y a las tesis del estacionarismo de Daly. Thomas Hill Green y Leonard T. Hobhouse son los dos grandes compañeros de viaje de Mill en su ruptura con el liberalismo clásico y su justificación de una limitada pero imprescindible intervención del Estado. Green desde su cátedra en Oxford, apoyado en el neohegelianismo lanzó el nuevo credo con el sujeto como una noción abierta y comunitaria y con la libertad positiva como aquella que nos permite hacer algo útil para y con los demás. Hobhouse primer catedrático de Sociología de Londres y editorialista de *The Guardian* nos ofrece un repertorio de las libertades esenciales —libertad civil, personal, familiar, política, local, internacional, etcétera— todas encardinadas en torno de la libertad social que no es la de un individuo frente a la de los demás sino la que se realiza con y a través de ellos. La libertad de uno, sólo se cumple con la de todos los otros. Estamos en el cogollo del liberalismo social (*cfr.* Vidal Beneyto, *La perversión de los ideales*, Madrid, 2008).

7. Los Mill fueron seguidores —en algún sentido— de las ideas de Malthus. Dice al respecto M. Fernández López: “Podemos, pues, afirmar que los medios de subsistencia aumentan en progresión aritmética”. De esta manera demostraba Thomas Robert Malthus (1766-1834) —en su *Ensayo sobre el principio de la población* (1798), del que se cumplen 210 años— que cualquiera fuese el punto de partida, a la larga aparecía un déficit creciente entre expansión demográfica y provisión de alimentos; con ello, hambre e imposibilidad de sostener a toda la población nueva. Malthus fue el primer profesor de economía de Cambridge. Vinculado con el grupo ricardiano, tuvo fieles seguidores en los dos Mill, padre e hijo, que nunca dejaron de predicar el control voluntario de la natalidad (p. 12, 4 de mayo, 2008).

8. Que la doctrina de AED se desentiende de la gravitación de la Constitución y del derecho constitucional es algo que se prolonga a pesar del transcurso del tiempo. Por lo menos, así lo acreditan obras posteriores a Posner.

Y parece que el talante hacia la Constitución —minimizándola— sigue siendo el mismo. Por lo menos, así lo testimonia la quinta edición de *Law and Economics* de los autores Robert Cooter y Thomas Ulen (Pearson, Addison Wesley, 2007), el primero profesor de la Universidad de California —en Berkeley— y el segundo de la Universidad de Illinois

—en Urbana-Champaign—, quienes ofrecen un texto de 582 páginas, dividido en doce partes, a saber: 1) *An introduction to law and economics*; 2) *A review of microeconomic theory*; 3) *An introduction to law and legal institutions*; 4) *An economic theory of property*; 5) *Topics in the economics of property law*; 6) *And economic theory of contract*; 7) *Topics in the economics of contract law*; 8) *An economic theory of tort law*; 9) *Topics in the economics of tort liability*; 10) *An economic theory of crime and punishment*; 11) *An economic theory of legal process*; 12) *Topics in the economics of crime and punishment*. Sobre la interpretación de la Constitución de USA están dedicados algunos párrafos correspondientes a las páginas 62 y 63 ¡Sin comentarios!

9. Lerminier “Le droit c’est la vie”, *cfr. Quiroga de la Rosa y su tesis sobre la naturaleza filosófica del derecho*. Véase en Vanossi, Jorge Reinaldo, “*Escritos varios* (Buenos Aires, 1963, p. 55), al analizar el capítulo de la tesis del sanjuanino sobre “El derecho es el alma de la humanidad”.

10. En un reciente artículo titulado “Adiós a Milton Friedman”, J. Bradford DeLong, catedrático de Economía de la Universidad de California en Berkeley y ex subsecretario de Hacienda de Estados Unidos, sostiene, entre otras cosas, que “los beneficios que se puedan obtener ahora si seguimos acercándonos a las posiciones defendidas por Milton Friedman son muy dudosos”. Y concluye diciendo que “me cuesta mucho discrepar con Friedman en lo que respecta al mundo de mediados de la década de los setenta. Pero ahí trazaría yo la línea: aunque el acercamiento a la posición de Friedman resultó en general positivo a lo largo de la última generación, los beneficios que se puedan obtener si seguimos acercándonos a dicha posición son mucho más dudosos” (*La Prensa*, 13 de abril de 2008).

11. Véase Bertolino, Pedro, *La verdad jurídica objetiva*, 2a. ed., revisada, ampliada y actualizada, Lexis Nexis, 2007.

12. Como corolario de estos anexos, viene a cuento la reciente colaboración del historiador de la Universidad de Yale, Paul Kennedy que bajo el título “Las claves ocultas de la prosperidad económica” se refiere a la necesidad de practicar en el análisis un criterio muy apreciado en las evaluaciones de la fuerza relativa de lo que él denomina “el marco legal y político” (*Clarín*, 3 de julio de 2008). Y, al respecto sostiene con acierto “Hace mucho más de dos siglos, Adam Smith observó que para hacer pasar a un país de la barbarie a la prosperidad no hacía falta mucho más

que paz, impuestos fáciles y una administración de justicia tolerable, considerando que ésta última era el elemento más significativo de todos”.

A la mayoría de los empresarios no les importa pagar algunos impuestos, siempre y cuando sean razonables y previsibles. A la mayoría de los empresarios no les importa que los gobiernos —es más, necesitan que los gobiernos— provean un marco legal, siempre y cuando no sean arbitrarios y respeten las transacciones comerciales privadas.

Los regímenes erráticos, tanto en Venezuela como en Rusia (para tomar dos ejemplos actuales) no entienden ese punto, que constituye en realidad una suerte de Juramento Hipocrático financiero: “No hagas daño”. Haz lo menos posible por alterar los mercados, que ya están suficientemente alterados por otros elementos imprevisibles”.

XVI. BIBLIOGRAFÍA

Además de las obras citadas en el texto

- ALFARO P., Roberto, “Análisis económico del derecho”, *Revista Jurídica Magistri Et Doctores*, Lima, núm. 1, septiembre de 1995.
- BROEKMAN, Jan M. *Derecho, filosofía del derecho y teoría del derecho*, Santa Fé de Bogotá, Temis, 1997.
- BUSCAGLIA, Edgardo, *Análisis económico de las fuentes del derecho y de reformas judiciales en países en desarrollo*.
- y RATLIFF, William, *Law and Economics in Developing Countries*, Hoover Press, 2000.
- CALABRESSI, Guido, *The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis*, New Haven, Yale University Press, 1970.
- CHANAMÉ ORBE, Raúl, *Diccionario jurídico moderno*, Lima, San Marcos, 1995.
- COOTER, Robert y ULEN Thomas, *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- , *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica.
- ENCUETO, Roberto, *Teoría del derecho y dogmática jurídicas contemporáneas*, México, Porrúa-ITAM, 2005.
- GEORGAKOPOULOS, Nicholas L., *Principles and Methods of Law and Economics. Basic Tools for Normative Reasoning*, Cambridge University Press, 2005.

- GHERSI, Carlos Alberto, *Manual de postmodernidad y tercera vía*, Buenos Aires, GOWA Ediciones Profesionales, 2001.
- GUERRA-GARCÍA P., Gustavo, “Entre costos y beneficios”, *Revista Ca-thedra*, núm. 1, Lima, noviembre de 1997.
- KERKMEESTER, Heico, “Methodology: General”, en BOUCKAERT, Boude-wijn y GEEST, Gerrit de (eds.), *Encyclopedia of Law & Economics*, Edward Elgar y la University of Ghent, versión electrónica localizable en <http://encyclo.findlaw.com/tablebib.html>.
- KLUGER, Viviana, *Análisis económico del derecho*, Argentina, Editorial Heliasta.
- KRAUSE, Martín, *Análisis económico del derecho*, Editorial Aguilar.
- MACKAAY, Ejan “History of Law & Economics”, en BOUCKAERT, Bou-dewijn y GEEST, Gerrit de (eds.), *Encyclopedia of Law & Economics*, Ed. Edward Elgar y la University of Ghent, versión electrónica locali-zable en <http://encyclo.findlaw.com/tablebib.html>.
- PASTOR PRIETO, Santos, *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1993.
- , *Sistema jurídico y economía: una introducción al análisis eco-nómico del derecho*, Tecnos, 1989.
- POLINSKY A., Mitchell, *Introducción al análisis económico del derecho*, Barcelona, Ariel, 1983.
- POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Nueva York, Aspen Law & Business, 1998.
- , *El análisis económico del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- ROEMER, Andrés, *Derecho y economía: una revisión de la literatura*, México, ITAM- Fondo de Cultura Económica, 2000.
- , *Introducción al análisis económico del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica.
- SHAVELL, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, 2004
- TORRES LÓPEZ, Juan, *Análisis económico del derecho: panorama doctri-nal*, Madrid, Tecnos, 1987.
- TRAZEGNIES G., Fernando de, *La responsabilidad extracontractual*, 5a. ed., Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1995, t. I.

PAPEL DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

MARIO FUENTES DESTARAC

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Papel del Estado en la economía*. III. *Reglas del juego*. IV. *Política fiscal*. V. *Política monetaria, cambiaria y crediticia*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La actual crisis económica mundial, cuyos efectos a estas alturas son realmente imprevisibles, ha traído nuevamente a discusión el papel que debe jugar el Estado en la economía, no sólo en función de hacer frente a los efectos de la recesión, sino también para lograr la recuperación y con miras a retomar el camino del crecimiento económico, y que éste se traduzca en mayor bienestar social y desarrollo humano.

En mi opinión, en los últimos tiempos dos instrumentos han sido determinantes en cuestión de la intervención del Estado en las economías de los países de la región latinoamericana: el Consenso de Washington y las Metas del Milenio de la Organización de Naciones Unidas (ONU).

1. *Consenso de Washington*

A raíz del denominado Consenso de Washington, que surgió a principios de la última década del siglo pasado, principalmente como respuesta a los severos desequilibrios fiscales y monetarios que aquejaban a los países de la región latinoamericana, los Estados consintieron, en mayor o menor medida, en adoptar una serie de recomendaciones, específicamente las siguientes: 1. Disciplina fiscal, regida por el principio de equilibrio presupuestario y los límites al endeudamiento público. 2. Reordenación

del gasto público hacia áreas como la salud básica, la educación primaria y la infraestructura, que ofrecieran altos rendimientos económicos y generaran un potencial para mejorar la distribución del ingreso. 3. Reforma fiscal, mediante la disminución de las tasas marginales y el aumento de la base de recaudación tributaria. 4. Liberalización de las tasas de interés. 5. Tipo de cambio competitivo. 6. Liberalización del comercio. 7. Liberalización de entradas de inversión extranjera directa. 8. Privatización. 9. Desregulación, sobre la base de eliminar barreras de entrada (arancelarias y no arancelarias) y salida del mercado). 10. Certidumbre en los derechos de propiedad.

Las tres primeras medidas eran de ajuste fiscal, la cuarta de carácter monetario, de la quinta a la séptima de apertura comercial y de la octava a la décima de libre mercado y competitividad. Sin embargo, no todas las medidas fueron aplicadas en los países ni tampoco con la pertinencia y oportunidad aconsejadas. En consecuencia, se puede afirmar que la aplicación de la referida lista de medidas varió de un país a otro y, por supuesto, los resultados también fueron disímiles.

Si bien la aplicación de algunas medidas tuvo éxito relativo, más en términos de reordenamiento, no impactó significativamente en el crecimiento económico ni tampoco alentó la competitividad y la inversión productiva como se esperaba. Sin duda, la receta fue insuficiente, incompleta y en muchos casos mal interpretada o aplicada.

Entre las críticas que se profirieron en contra de los resultados de la aplicación de dichas medidas se encuentran las siguientes: 1. La disciplina fiscal fue interpretada como una reducción de la intervención pública a su mínima expresión, lo que impactó negativamente en los efectos redistributivos. 2. Los procesos de privatización, además de que en muchos casos no contaron con normativas ciertas y claras, tampoco fueron totalmente transparentes e inobjectables. 3. La ausencia de normativa pertinente y la debilidad de los entes reguladores ha permitido la actividad monopolista por parte de empresas privatizadas. 4. La disciplina monetaria se confundió con el monetarismo, que plantea el control de la oferta de dinero como única solución a todos los desequilibrios económicos. 5. La sobrevaluación del tipo de cambio en varios países fue una política permanente (no de transición), lo que redundó en una menor competitividad. 6. La falta de protección de la competencia, así como de políticas de apertura de mercados, preservaron el sistema de monopolios y oligopo-

lios, e impidieron la innovación tecnológica que asegura la competencia. 7. La economía informal sigue ocupando una porción importante de las economías nacionales. 8. Bajo el pretexto de la liberalización de inversión extranjera directa, no se implementaron controles eficientes sobre los flujos de capital, lo que alentó la presencia del capital especulativo, así como el lavado de dinero.

2. Metas del Milenio

Por otro lado, en la octava sesión plenaria de la Asamblea de la Organización de Naciones Unidas (ONU), celebrada el 8 de septiembre de 2000, se adoptaron las denominadas Metas del Milenio, a saber: 1. Erradicar la pobreza extrema y el hambre: Reducción a la mitad el porcentaje de personas cuyos ingresos sean inferiores a US \$ 1 por día, así como la reducción a la mitad el porcentaje de personas que padecen hambre. 2. Lograr la enseñanza primaria universal: velar porque todos los niños y niñas puedan terminar un ciclo completo de enseñanza primaria. 3. Promover la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer: Eliminar las desigualdades entre los géneros en la enseñanza primaria y secundaria, preferiblemente para el año 2005, y en todos los niveles de la enseñanza para 2015. 4. Reducir la mortalidad infantil: reducción en dos terceras partes la tasa de mortalidad de los niños menores de 5 años. 5. Mejorar la salud materna: Reducción de la tasa de mortalidad materna en tres cuartas partes. 6. Combatir el VIH/sida, el paludismo y otras enfermedades: detener y comenzar a reducir la propagación del VIH/sida y detener y comenzar a reducir la incidencia del paludismo y otras enfermedades graves. 7. Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente: incorporar los principios de desarrollo sostenible en las políticas y los programas nacionales; invertir la pérdida de recursos del medio ambiente; reducir a la mitad el porcentaje de personas que carecen de acceso al agua potable; y mejorar considerablemente la vida de por lo menos 100 millones de habitantes de tugurios para el año 2020. 8. Fomentar una asociación mundial para el desarrollo: *a)* desarrollar aún más un sistema comercial y financiero abierto, basado en normas, previsible y no discriminatorio; *b)* atender las necesidades especiales de los países menos adelantados; *c)* atender a las necesidades especiales de los países en desarrollo sin litoral y de los pequeños Estados insulares en desarrollo; *d)* Encarar de manera general los problemas de la deuda de los países en desarrollo con medidas naciona-

les e internacionales, a fin de hacer la deuda sostenible a largo plazo; e) En cooperación con las empresas farmacéuticas, proporcionar acceso a los medicamentos esenciales en los países en desarrollo, y f) En colaboración con el sector privado, velar por que se puedan aprovechar los beneficios de las nuevas tecnologías, en particular, los de las tecnologías de la información y de las comunicaciones.

Las Metas del Milenio se conciben dentro del marco general del bienestar social, como función del Estado, que se reconoce como el procurar a los habitantes del territorio de un país la protección necesaria a través de medios económicos, sanitarios, alimentarios, educativos, ambientales y demás, que les permitan desarrollar de una vida digna, segura y sana, tanto para quienes trabajan como para los que por diversas razones no trabajan (niños, ancianos, discapacitados, etcétera).

La consecución del bienestar social se basa en la igualdad material o real (igualdad ante la vida) y no en la igualdad formal (igualdad ante la ley). Por tanto, se afirman los denominados derechos sociales (derechos programáticos), así como la realización de principios de justicia social.

El bienestar social se sustenta y materializa a través del denominado intervencionismo estatal, que busca asegurar una mayor comodidad y tranquilidad, mediante la organización, el control y la garantía de una serie de actividades desde el Estado, por ejemplo, la educación, la nutrición y la salud.

No obstante, se anticipa un rezago importante en el cumplimiento de las Metas del Milenio como consecuencia de la crisis económica mundial. Por el contrario, para algunas regiones del mundo se pronostica un aumento de la población en condiciones de vulnerabilidad, desprotección y hambre.

II. PAPEL DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

La grave coyuntura económica mundial, además de generar una interesante deliberación en torno al papel que debe jugar el Estado en la economía, también ha replanteado el viejo debate entre quienes defienden el mercado y los que favorecen la intervención del Estado en áreas estratégicas de la economía.

Los defensores del mercado creen en el proceso económico espontáneo, que asigna eficientemente los recursos, en tanto los que propugnan

por el intervencionismo estatal en la economía insisten en la planificación, en la existencia de estructuras y objetivos predefinidos y en un conjunto de relaciones y controles también predeterminados.

Afortunadamente, aunque la polarización entre fundamentalistas ha aflorado nuevamente, también ha habido espacio para la autocritica y la reflexión, que no buscan la imposición de enfoques dogmáticos, sino el diálogo, la cooperación, la renovación y la generación de nuevos paradigmas y modelos.

A pesar del desbarajuste económico que estamos viviendo, así como del relajamiento en cuestión de regulación y supervisión de los mercados financieros y bursátiles, pareciera que la economía de mercado seguirá siendo la alternativa económica más aceptable para la humanidad, por supuesto complementada por una regulación adecuada y por mecanismos de supervisión eficientes y eficaces.

Lógicamente, la redefinición de las reglas del juego es uno de los temas medulares sobre los que ya está abierto el debate, debido, en gran medida, a los presuntos efectos negativos de la desregulación y la autorregulación. Empero, también se plantea como problema la ausencia de regulación, la inobservancia de la regulación vigente o la simple disimulación (disfrazar u ocultar algo para que parezca distinto de lo que es) en cuestión de protección a la competencia, extremo que ha dado lugar al funcionamiento de empresas que absorben la producción y la oferta de bienes y servicios en áreas estratégicas de la economía, así como la existencia de monopolios y oligopolios.

Además de las reglas del juego, la cuestión fiscal también es objeto de discusión. La carga tributaria, el endeudamiento y el gasto público, en el marco de políticas redistributivas y anticíclicas, son temas de gran interés para los administradores públicos. Asimismo, las intervenciones y expropiaciones de empresas o ramas productivas, así como el resurgimiento de las empresas de capital mixto o intensivas en mano de obra, se están presentando como alternativas en el contexto de una crisis prolongada.

El proteccionismo, como política económica que dificulta la entrada en un país de productos extranjeros que hacen competencia con los nacionales, también es una tentación para afrontar la contracción económica. Los impuestos a la importación (aranceles) y las barreras invisibles (no arancelarias) son los mecanismos tradicionales para restringir y limitar el ingreso a un país de mercancías extranjeras.

La idea detrás de la adopción de una política proteccionista es que los consumidores, por razones de precio o de falta de productos extranjeros alternativos en el mercado doméstico, forzosamente adquieran los bienes producidos por empresas nacionales, lo que, en teoría, garantiza la supervivencia de las mismas, así como de los puestos de trabajo que ellas proveen.

Sin embargo, en el mundo globalizado actual ha perdido legitimidad y fuerza el “comprar nacional”, porque en muchos casos, aunque la propietaria de la marca sea una empresa nacional, el producto a la venta ha sido desarrollado y fabricado por trabajadores intelectuales y manuales de otros países. Por otro lado, si bien las barreras arancelarias y no arancelarias pueden aliviar temporalmente a los productores nacionales y conservar empleos, inexorablemente provocan que en el mediano y largo plazo dichos productores se vuelvan menos competitivos en el mercado mundial, lo que reviste una grave amenaza para su permanencia.

También la política monetaria, cambiaria y crediticia, cuya determinación está a cargo de la banca central, es objeto de debate. La iliquidez actual en el sistema financiero está alentando tasas de interés bajas, con el fin de alimentar el circulante y alentar el crédito. Sin embargo, las tasas de interés reducidas provocan el deslizamiento del tipo de cambio, que, en algunos países, está siendo contrarrestado mediante la utilización de las reservas monetarias internacionales.

III. REGLAS DEL JUEGO

La seguridad jurídica se concibe como la cualidad del ordenamiento legal, que implica la certeza de sus normas y, consecuentemente, la previsibilidad de su aplicación.

La seguridad jurídica es esencial y determinante para un desempeño económico funcional, competitivo y eficaz, así como para atraer y generar inversiones productivas y el aprovechamiento del intercambio de bienes y servicios, y debe manifestarse por medio de:

1. *Protección a la economía de mercado*

La protección de la economía de mercado es un deber primordial del Estado e implica necesariamente que se provea un marco jurídico institu-

cional sólido, incluyente y eficaz, que garantice, mediante leyes universales y coercibles, la seguridad de las personas (vida humana e integridad física), la seguridad de los bienes (propiedad) y la seguridad de los contratos (cumplimiento de los compromisos).

En los países de la región, la seguridad de las personas (seguridad pública y ciudadana) no ha sido una política pública viable, posible ni sostenible, y, por ende, los estados son vacilantes, erráticos y débiles frente al crimen y la impunidad. No extraña, entonces, que la ciudadanía viva, más bien sobreviva, bajo condiciones de un altísimo riesgo personal.

Por otro lado, los derechos de propiedad y el cumplimiento de los contratos siguen sin estar plenamente reconocidos y protegidos. En materia de propiedad, el despojo, la usurpación y la ausencia de titulación y validación son males no superados. En cuestión de cumplimiento de los contratos, el sistema de justicia sigue siendo extremadamente benévolo y tolerante con los que incumplen sus obligaciones contractuales o actúan sin ajustarse al principio básico de verdad sabida y buena fe guardada.

En ese mismo contexto, la economía informal (actividad económica de los pobres) sigue siendo una porción significativa de la economía nacional, que opera al margen de la ley, debido, en gran medida, al régimen de legalidad excluyente que impera. La informalidad no es sinónimo de evasión tributaria, como tercamente sostienen los burócratas y tecnócratas, sino que se traduce en falta de acceso a la legalidad. En la economía informal no se tiene acceso a la propiedad, al crédito, a los seguros, a los servicios, a la seguridad social ni a la justicia. De suerte que el costo de la ilegalidad es altísimo y, obviamente, tiene una incidencia negativa determinante en la productividad y el crecimiento de los negocios.

La economía de mercado se materializa a través del comercio, de la inversión y del flujo de capitales; sin embargo, tiene su origen en el espíritu emprendedor, que debe ser alentado y protegido por un régimen de legalidad cierto, confiable, estable, justo, previsible y, sobre todo, incluyente y aplicable sin excepciones.

2. Protección al consumidor

Contrario a lo que muchos tecnócratas y burócratas creen, la mejor defensa del consumidor no está en la persecución de infractores de imperativos o prohibiciones legales, sino en la competencia entre los proveedo-

res de bienes y servicios. Cuando existe competencia, los consumidores están en capacidad de elegir y discriminar en términos de precio, calidad, variedad y servicio. Hasta el engaño es fácilmente detectable. Todo depende de la exigencia del cliente. Bajo este supuesto, el consumidor es quien manda en el mercado.

La competencia es propia de la economía de mercado, que se traduce en la asignación de la producción y el consumo de bienes y servicios que se origina del juego entre la oferta y la demanda.

El Estado debe proteger la economía de mercado e impedir las asociaciones que tiendan a restringir la libre competencia o a perjudicar a los consumidores. Asimismo, deben prohibirse los monopolios (generalmente rapaces) y suprimirse los privilegios económicos, así como impedirse el funcionamiento de prácticas excesivas que conduzcan a la concentración de bienes y medios de producción en detrimento de la colectividad.

En fin, la libre competencia, además de que debe gozar de reconocimiento jurídico, debe observarse plenamente. Por ende, el Estado debe garantizarla, preservarla y remover los obstáculos que la limiten o imposibiliten.

Por otro lado, la experiencia dicta que el exceso de regulación en la cuestión propiamente de defensa del consumidor tiende a restringir la competencia, por supuesto en detrimento del mismo consumidor. Los requisitos y los imperativos legales son tan numerosos, complejos y costosos que solamente uno o unos pocos pueden cumplirlos. En dos platos, las normas se convierten en barreras de entrada para oferentes más eficientes y competitivos. Lo anterior sin perjuicio de la discrecionalidad en su aplicación, que generalmente degenera en corrupción.

3. Tolerancia cero para la corrupción

La corrupción es el soborno de un funcionario o empleado público, es decir el intercambio ilícito e inmoral de un beneficio, favor, ventaja o privilegio por una dádiva, promesa, recompensa o retribución en el sector público. Se consideran modalidades de la corrupción, además del soborno o cohecho, el tráfico de influencias, el enriquecimiento ilícito, el fraude, el lavado de activos, la recomendación, el acceso a información privilegiada y el testaferrato, entre otros.

La corrupción echa a perder, deprava, daña y pudre lo que toca, toma de lo general para beneficiar a lo particular, promueve el desperdicio y el derroche, genera ineficiencia en la asignación de recursos y mina la gobernabilidad y la confianza ciudadana. Sin embargo, el efecto negativo más devastador de la corrupción es que prospera y se multiplica clandestinamente, al margen de las leyes y en abierto irrespeto a la ética pública, lo que socava inexorablemente las instituciones democráticas e inhibe la realización del bien común.

En el sector público, los esfuerzos anticorrupción han resultado inútiles o insuficientes, al punto que las prácticas perversas y viciosas se siguen repitiendo y la falta de castigo ondea por doquier. Asimismo, las formas de corrupción se han ido sofisticando, por lo que cada vez los métodos y mecanismos corruptores son menos detectables por los controles tradicionales.

La discrecionalidad y la ausencia de controles abonan el terreno para la corrupción. Ésta también florece en estructuras estatales paralelas (sistema paralelo de gasto público), sobre todo en aquéllas en donde no son exigibles la transparencia, la rendición de cuentas ni la sujeción a la ley.

La complacencia con la corrupción es realmente patética. Tanto es así que, además de que los castigos teóricos son benignos o fácilmente eludibles, no existe la voluntad política necesaria para impulsar un proyecto de tolerancia cero para la corrupción, que comprenda la modernización del sistema de control estatal, la auditoría social, el libre acceso a la información, la publicidad de todos los actos de la administración pública, la rendición de cuentas, la exigencia de calidad del gasto público y la efectiva imposición de sanciones adecuadas, pertinentes y ciertas.

4. Formalización de la economía informal

La formalización de la economía informal no se reduce, como ya indiqué, a combatir la evasión tributaria, a base de endurecer los castigos y encarcelar a los defraudadores del fisco.

La economía informal, que hay que diferenciarla de la economía brutal (alimentada por la delincuencia organizada), prospera en países como el nuestro, debido a un problema sistémico. El sistema es excluyente y no otorga carta de naturaleza a los informales. Les niega la titulación de sus propiedades y negocios, les niega el acceso al crédito y a los seguros contra pérdidas, les niega que puedan constituirse como empresas de res-

ponsabilidad limitada, no los protege legalmente y, por ende, no les garantiza el acceso a una justicia imparcial.

Los empresarios informales, que como los formales ponen su capital en riesgo, operan bajo constantes amenazas. Son víctimas de una inseguridad completa. Son vulnerables a la extorsión, al soborno, a la expropiación y a la agresión en general. Su vida y su integridad física están en constante peligro. Sobreviven siempre temerosos de ser aplastados por el sistema.

Sus márgenes de ganancia están condicionados a la minimización de sus costos. Manejan productos que muchas veces provienen del contrabando, de la piratería, de la fabricación clandestina y de demás ilícitos, que la misma ausencia de legalidad alienta y estimula.

La formalización es, además de costosa, inaccesible e insufrible. El centralismo y la burocratización son verdaderos azotes. Para hacer los trámites requeridos hay que transportarse de lugares lejanos. Asimismo, abundan los requisitos, el expedienteo, las colas, las demoras y, por supuesto, la corrupción.

En mi opinión, la economía informal no debe ser vista como un mal, sino como un potencial de capitalismo popular. No debe ser combatida, sino incorporada a base de garantizar a los informarles oportunidades, incentivos y protección legal.

5. *Supresión de privilegios*

El Estado, mediante el otorgamiento de prerrogativas, prebendas, ventajas, recomendaciones y favores en general, distorsiona la economía de mercado, ya que, además de obstaculizar y restringir la libre competencia, genera incentivos perversos, que, lógicamente, desembocan en disfunciones e ineficiencias económicas, así como en una limitada capacidad competitiva. Además, la concesión de privilegios automáticamente redundaría en una discriminación flagrante para quienes no tienen acceso a los mismos, lo cual lesiona el derecho a la igualdad.

Por otro lado, la posibilidad de conceder privilegios discrecionalmente a cambio de un beneficio económico se traduce en rentismo (en inglés *rent seeking behavior*), que es la conducta orientada hacia la búsqueda de privilegios, a través de asociaciones ilícitas con funcionarios públicos que tienen la potestad de contratar proveedores o empleados, otorgar

concesiones, licencias, autorizaciones o créditos, intervenir en privatizaciones, decidir asignaciones presupuestarias, comprar, vender o arrendar bienes inmuebles, etcétera. El rentismo es la expresión de la corrupción que permanece sin castigo debido a la incapacidad de investigación y juzgamiento de los crímenes. Se conoce también como *cleptocracia* (del griego: *clepto* = quitar y *cracia* = fuerza), o sea el aprovechamiento ilícito e impune del ejercicio de un cargo público.

Sin duda, la supresión de los privilegios y la efectiva persecución penal del rentismo (cleptocracia) son imperativos en función de que no sigan provocando distorsiones económicas y erosionando la capacidad emprendedora y competitiva del país.

IV. POLÍTICA FISCAL

1. *Eficacia fiscal*

Durante las últimas dos décadas y media, las poblaciones de los países de la región han venido escuchando solamente dos propuestas para superar las recurrentes crisis de las finanzas públicas. Por un lado, subir impuestos e incrementar el gasto público, y, por otro lado, reducir impuestos y recortar el gasto.

Estas dos fórmulas giran en torno a cuánto gobierno se quiere y no a qué clase de sector público se tiene o se desea, que sería un enfoque cualitativo y no cuantitativo. De ahí que todo se circunscriba a cuánto gastar y no a cómo o por qué gastar. De hecho, los presupuestos estatales siempre se elaboran con base en criterios cuantitativos y no cualitativos, toda vez que lo que importa es cuanto dinero se asigna a cada programa o renglón y no la optimización del gasto. Además, el principal incentivo que tiene la burocracia es gastarlo todo y más, sin reparar mucho en la calidad.

La opción cuantitativa que ha prevalecido es la de aumentar los impuestos y el gasto público, por lo que constantemente se decretan nuevos tributos y se contrata más deuda pública (externa e interna), y las erogaciones se incrementan.

En todo caso, la gran mayoría de la gente está consciente de que se necesita educación, salud, seguridad, justicia e infraestructura física de calidad. No obstante, si bien se desea satisfacer dichas necesidades co-

lectivas, con suficiencia y prontitud, también la población tiene derecho a saber si, mediante el uso eficaz y eficiente de recursos, las mismas pueden satisfacerse de mejor manera sin que forzosamente los contribuyentes tengan que tributar más.

El uso eficaz y eficiente de recursos no significa eliminar programas públicos o sociales importantes, sino cambiar los incentivos, desburocratizar, descentralizar, racionalizar, transparentar, controlar la calidad y que la rentabilidad de la inversión social sea mensurable.

En fin, el desafío fiscal no está sólo en aumentar o disminuir los impuestos, o en aumentar o reducir el gasto público, como ha sido tradición, sino en lograr una mejor gestión pública, que asegure más beneficio al menor costo posible.

2. Orientación del gasto público

Además de la eficacia fiscal, siempre ha sido motivo de honda preocupación el tema de la orientación del gasto público. Considerando el cumplimiento de las Metas del Milenio, así como el apuntalamiento estratégico de la economía, el gasto público debería concentrarse en las siguientes áreas estratégicas:

A. Fortalecimiento del Estado de derecho

Solamente una democracia institucional que provea un Estado de derecho sólido, confiable y fuerte es capaz de brindar certeza a los negocios y, por consiguiente, un clima favorable a los mismos. Una democracia institucional que garantice la libertad de contratación, la igualdad ante la ley y una justicia conmutativa pronta y cumplida, en un marco de respeto, pluralismo, participación, diversidad e inclusión.

Un Estado de derecho, además de leyes generales, claras y abstractas, necesita de un sistema de justicia accesible, eficiente, rápido y eficaz. En tanto se mantengan reglas del juego perversas e inadecuadas, así como un sistema de justicia débil, vulnerable y deficiente el ambiente no será propicio a los negocios.

B. Infraestructura competitiva

Es imperativo construir la infraestructura física estratégica que apuntale la competitividad: comunicaciones, vías de acceso, plantas tecnológicas e industriales, centros de investigación y desarrollo tecnológico, etcétera.

La inversión en infraestructura competitiva, además de que fortalece la plataforma competitiva del país, contrarresta los efectos negativos del ciclo recesivo, toda vez que genera empleo y estimula el consumo y la actividad económica en general.

C. Educación

Para ninguno es un secreto que los países de la región sufren un enorme rezago educativo debido fundamentalmente a una baja escolaridad promedio, a una calidad que deja mucho que desear y a una absoluta falta de pertinencia educativa.

La baja escolaridad promedio es producto de las reducidas tasas de matrícula, de que muy pocos terminan la primaria y los que lo logran les toma demasiado tiempo, y de que la cobertura educativa es extremadamente insuficiente.

Por otro lado, los sistemas educativos no se ajustan a los estándares de calidad exigidos por un mundo competitivo como el actual. Ese poco valor educativo es consecuencia de la mínima inversión en capacitación y actualización del magisterio, de la obsolescencia de la tecnología educativa y de la mera respuesta cuantitativa a la creciente demanda educativa (más escuelas, más maestros y más reproducción de lo mismo).

A su vez, la falta de pertinencia educativa se debe principalmente al desfase entre la oferta educativa y las necesidades sociales y económicas de nuestro país. Los sistemas educativos no están proveyendo la mano de obra calificada que está requiriendo el mercado laboral. En otras palabras, la gente egresa de los centros educativos sin una capacitación adecuada para cubrir las vacantes en la empresa privada y en el sector público.

A nivel universitario, se observa con gran pesar que se están graduando profesionales y técnicos que no encuentran puestos de trabajo que requieran sus conocimientos y que, asimismo, satisfagan sus aspiraciones y pretensiones, con toda la frustración y amargura que eso supone. Son los que se denominan “desempleados o subempleados con título”. También

se observa que muchos egresados universitarios no consiguen emplearse debido a su deficiente formación académica y profesional. En este caso aunque hay pertinencia educativa, la calidad es la que falla.

Sin duda, ésta es una factura costosísima que están pagando no sólo los irresponsables artífices del denominado “populismo académico” y los imprudentes partidarios de la profesionalización masiva sin calidad, sino las poblaciones que pasivamente aceptaron tamaño despropósito.

De suerte que los países están viviendo lo peor de dos mundos; por un lado, existen altos índices de desempleo y subempleo y, por el otro, hay muchas empresas privadas y entidades públicas que no encuentran personal idóneo para ocupar las plazas vacantes.

En tanto no se supere este desajuste entre oferta educativa y demanda laboral, difícilmente las economías podrán ser competitivas y crecer a los niveles requeridos para sacar a las poblaciones de la pobreza y del atraso.

En conclusión, el esfuerzo educativo no sólo debe aumentarse substancialmente, sino que también debe proveer los estímulos, la calidad y la pertinencia necesaria, para que sea reconocido como un verdadero motor del desarrollo económico y del progreso social.

D. Inversión social

El asistencialismo público es la acción o conjunto de acciones que llevan a cabo las instituciones estatales con la finalidad de prestar socorro, favor o ayuda a individuos o grupos de individuos en condiciones de desprotección o de vulnerabilidad, de manera temporal o permanente. Tiene su origen en la caridad pública, que se basa en el principio de la benevolencia, es decir en la compasión y la lástima, y se traduce en la limosna o el auxilio que se presta a los necesitados, a manera de una actitud solidaria con el sufrimiento ajeno.

Quienes critican el asistencialismo afirman que: 1. Convierte a los necesitados en dependientes que carecen de respeto hacia sí mismos. 2. Transforma a los necesitados en parásitos, tan adictos a los subsidios públicos que son incapaces de confiar en sí mismos. 3. Priva a los necesitados de capacidad, autoridad y autonomía para decidir libremente sus propios asuntos. 4. Perpetúa la ciudadanía de segunda clase, la de los necesitados, ya que, en la práctica, les concede un estatus de seres humanos no adultos e indolentes. 5. Generalmente, degenera

en un típico clientelismo, para el cual los individuos son verdaderos clientes, o sea individuos dependientes que están bajo el control y la regencia de quienes los protegen, tutelan, amparan, patrocinan o ayudan. 6. No promueve el surgimiento de comunidades de ciudadanos, es decir de personas libres que asumen la responsabilidad de su propia vida y afronten la vida con confianza en sí mismas.

De suerte que el asistencialismo, regido por el paternalismo y la dominación, humilla a los necesitados, porque les inflinge degradación moral, emocional, personal y social. Asimismo, inhibe al ser humano de asumir su propio destino, ya que lo vincula y subordina al Estado, el cual se convierte en rector de su vida y garante de que sus necesidades serán satisfechas.

Por el contrario, la inversión social, desde el Estado, no humilla a las personas, sino que las respeta, y tampoco lesiona sus derechos fundamentales. Se basa en el principio de que todo derecho conlleva una responsabilidad, y asume que la primera responsabilidad de todo ser humano es velar por su propio bienestar, comenzando por salir de la pobreza. Propugna porque el gasto social del Estado genere una rentabilidad social determinada o determinable, que redunde en un desarrollo humano sostenible. Por tanto, los fines que persigue la inversión social no son los mismos que busca el asistencialismo, ya que éste promueve y alimenta la dependencia y la desconfianza, y, asimismo, recrea el círculo vicioso de la pobreza.

Luego, toda inversión social debe aplicarse en el surgimiento de genuinas comunidades de ciudadanos, en las cuales las personas tengan autonomía personal, crean en sí mismas y en su capacidad de actuar, asuman responsabilidades, así como en cuyo seno se fortalezca permanentemente, la cohesión social, la cooperación inteligente, la voluntad de superación, la autoayuda y la movilidad social.

E. *Alianza público privada*

El sector público y el privado deben aliarse estratégicamente en función de generar más negocios, más empresas, más empleos y más participación de las comunidades. El desarrollo de pequeñas y medianas empresas, así como de cooperativas, debe ser el objetivo primordial de este esfuerzo. Además de propiciarse la inversión social en programas crediti-

cios y de capacitación, deberían apoyarse y estimularse las inversiones productivas de las denominadas “remesas familiares” (envíos de dinero por parte de inmigrantes que trabajan en los Estados Unidos de América y Europa).

F. Combate contra la delincuencia organizada transnacional

La lucha contra la delincuencia organizada transnacional, que es el origen de la economía brutal o negra, responsable de significativas distorsiones económicas, no sólo es cuestión de más leyes, sino también de otros dos factores clave: Voluntad política y suficientes recursos. Los dos van de la mano, porque con voluntad política, pero sin recursos no hay efectividad, y, viceversa, con recursos, pero sin voluntad política no existe decisión ni determinación. Asimismo, más leyes sin voluntad política y sin recursos hacen imposible el combate contra este flagelo.

Sin duda, la cooperación internacional en esta lucha desigual reviste singular importancia, así como los convenios que permitan la confiscación de los patrimonios de los mafiosos, que se encuentran a buen resguardo en el ámbito de la economía lícita.

V. POLÍTICA MONETARIA, CAMBIARIA Y CREDITICIA

La política monetaria es aquélla que maneja la masa monetaria como variable de control para asegurar y mantener la estabilidad de los precios. Los dos instrumentos principales de política monetaria son: el tipo de interés y las operaciones de mercado abierto.

En esta particular coyuntura económica la política monetaria está siendo expansiva, es decir alimentadora del circulante. Sin embargo, el exceso de circulante podría en un momento dado detonar una espiral inflacionaria, por lo que la prudencia es fundamental.

Por su parte, la política cambiaria es aquélla que monitorea el comportamiento de la tasa de cambio, es decir la conversión de la moneda local a otras divisas internacionales. Es recomendable un tipo de cambio de equilibrio, lo más apegado a la realidad y, por supuesto, el uso prudente de las reservas monetarias internacionales.

VI. CONCLUSIONES

A la luz de los planteamientos anteriores, se colige lo siguiente:

- A. El papel del Estado en la economía es fundamental en materia de definición de las reglas del juego, que debe abarcar cuestiones fundamentales como la protección a la economía de mercado, la protección al consumidor, la tolerancia cero a la corrupción, la formalización de la economía informal y la supresión de privilegios.
- B. Asimismo, el Estado debe comprometerse con la eficacia fiscal y con una orientación del gasto público hacia áreas esenciales como el fortalecimiento del Estado de derecho, la infraestructura estratégica, la educación, la alianza pública privada, la inversión social y el combate contra la delincuencia organizada transnacional.
- C. Además, el Estado, a través de la banca central, debe determinar una política monetaria, cambiaria y crediticia adecuada a la coyuntura económica que se está viviendo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- FUENTES, Carlos, *Por un progreso incluyente*, México, Instituto de Estudios Educativos y Sindicales de América, 1997.
- GALBRAITH, James K., *The Predator Satate*, Nueva York, Free Press, 2008.
- GARCÍA HAMILTON, José Ignacio, *El autoritarismo y la improductividad*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1998.
- , *Por qué crecen los países*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 2006.
- KLISBERG, Bernardo, *Hacia una economía con rostro humano*, México, Fondo de Cultura Económica.
- MARGALIT, Avishai, *La sociedad decente*, México, Paidós, 1997.
- OBAMA VINTAGE, Barack, *La audacia de la esperanza*, Nueva York.
- SALINAS DE GORTARI, Carlos, *La década perdida 1995-2006. Neoliberalismo y populismo en México*, México, Debate, 2008.
- TED GAEBLER, David Osborne, *La reinención del gobierno*, México, Paidós Estado y Sociedad, 1994.

EL PAPEL DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

Alberto Ricardo DALLA VIA*

SUMARIO: I. *El Estado y la economía*. II. *El Estado capitalista*. III. *Propiedad y contrato*. IV. *Los contornos del “Estado mínimo”*. V. *Integración económica y Estado nación*. VI. *La economía y la sociedad: el mercado según Max Weber y John Rawls*. VII. *Transformación económica y seguridad jurídica*. VIII. *El rol del Estado en la defensa de la competencia*. IX. *Regulación y control*. X. *Reforma constitucional y modelo estatal*. XI. *El lenguaje normativo de la Constitución reformada*. XII. *El Estado posbenefactor y la sociedad posindustrial*. XIII. *Epilogo sobre la crisis reciente*.

I. EL ESTADO Y LA ECONOMÍA

El Estado es un concepto complejo, integrado por elementos que lo constituyen y que, según las distintas teorías, puede explicarse desde un punto de vista descriptivo (Jellinek), desde una posición que parte de la realidad social subyacente (Heller) o desde un punto de vista jurídico (Kelsen), que podría interpretarse como “reduccionista” habida cuenta de la identificación entre Estado y derecho.

Ninguna de estas definiciones identifica al Estado con la economía. Hay distintas razones para que esto sea así, comenzando por las razones históricas que justifican el nacimiento de la idea de Estado en los tiempos modernos.

* Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional; presidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado.

El concepto de Estado pudo así identificarse con el derecho (Kelsen) en cuanto ordenamiento del orden social pero, con respecto a la economía, ha escrito Henrich Heilbroner en su *Introducción a los estados económicos* que era considerada una materia muy útil para la educación de jóvenes inglesas en el siglo XVIII.

Claro está que las cosas han cambiado mucho desde entonces, y no es necesario dar muchos argumentos ni fundamentos para demostrar la relevancia que actualmente tienen las cuestiones económicas en las decisiones políticas del Estado. El protagonismo de la política económica se refleja en la actitud de los ciudadanos al decidir y en el protagonismo que en casi todos los países tienen los ministros de Economía o de Hacienda, que antiguamente no eran sino meros funcionarios de segundo orden (tesoreros) a quienes algunos reyes gustaban cortar sus cabezas, si las cuentas no cerraban o no se recaudaba lo suficiente.

En la actualidad, la economía importa no solamente en el plano de la política interior de los Estados sino también en el plano internacional, donde se observa cómo los “bloques regionales” cobran protagonismo en favor del “Estado-región” y en desmedro de “Estado-nación”, cuya presencia declina y, mucho más aún, la propia política internacional se refiere, en grandes términos, a los problemas de la economía y del comercio.

Así ocurre que muchos textos que se refieren a la política y las relaciones internacionales son libros donde se tratan problemas económicos, como ocurre con las obras de Michael Porter, Alvin Toffler o Lester Thurow. Esta realidad evidente ha elevado lo económico a tal relevancia en el campo de lo político que algunos autores como Kenneth Arrow y A. Downs han pretendido explicar el funcionamiento de los comportamientos políticos a partir de las reglas y principios de lógica que gobiernan la economía.

Esa tendencia al “economicismo” en el análisis de los problemas políticos y jurídicos se ha difundido a partir de las ideas aportadas por la Escuela del Análisis Económico del Derecho (AED) o del “Law/Economics”, que tiene su punto de partida en la Universidad de Chicago, donde Coase y Posner sugirieron aplicar al derecho la lógica del mercado, como superestructura que determina el comportamiento de las leyes y conductas sociales. Con algunas pequeñas diferencias de matiz, esa corriente ha sido expuesta por Guido Calabresi en la Universidad de Yale y por el premio Nobel de Economía, Gary Becker.

Esa tendencia ha sido en gran parte alimentada por las corrientes filosóficas analíticas que buscaron explicar una nueva teoría del derecho y del Estado en los Estados Unidos en los años setenta, partiendo de una justificación externa o moral de la legitimación del orden político y jurídico del Estado. En ese sentido se destacan las obras de Robert Nozick y Ronald Dworkin y, muy especialmente, la *Teoría de la justicia* de John Rawls.

Más allá de las posiciones filosóficas destinadas a construir una teoría moral del derecho y el Estado que superara el formalismo de Keynes, las circunstancias hicieron propicia la aparición de las corrientes ya mencionadas, que ponen el acento en que es posible la organización social a partir de las reglas económicas y del “mercado” como idea dominante. Sin duda, ha sido Gary Becker quien más se ha destacado en ese sentido, partiendo de un reduccionismo economicista que mucho tiene que ver con los principios del modelo neoliberal o neoconservador, alentado en los Estados Unidos, en tiempos de Ronald Reagan, y en Gran Bretaña, a partir de Margaret Thatcher.

El reduccionismo economicista ubica al mercado en la categoría de un “valor” pretendiendo que la idea de eficiencia económica es aplicable a la idea de eficiencia que corresponde al Estado, y que el ciudadano de un Estado se comporte en definitiva como un “homo economicus”. Ha sido la doctrina europea, especialmente la alemana, la que mejor ha rechazado esta idea aclarando que el Estado y el derecho tienen su propia idea de eficiencia, distinta de la regla “costo-beneficio” en tanto su eficiencia depende de la realización de la libertad, la igualdad y la justicia.

II. EL ESTADO CAPITALISTA

Hemos rechazado la idea en cuanto a que la economía constituya uno de los elementos del Estado, como el territorio, la población o el poder, y hemos sostenido nuestro rechazo a las ideas reduccionistas que pretenden ordenar la sociedad a partir de criterios “economicistas”.

Las tendencias norteamericanas actuales del *public choice* del *Law & Economics*, del *property rights*, basan ese economicismo reduccionista en el mercado y en el sistema capitalista como fundamento ideológico del nuevo modelo “neoliberal”; pero también ha sido en gran parte el marxismo, en su tiempo, una ideología “reduccionista” en materia econó-

mica al pretender basar la organización social y el papel del Estado en el problema de la posesión de los medios de producción y en la “plusvalía” para sostener una dictadura de los trabajadores (proletarios), identificando a los mismos con el concepto de “pueblo”.

La política —y la historia según la influencia hegeliana— tiene para Marx como protagonista principal a la “lucha de clases” por la propiedad de los medios de producción, entendiendo que la división social en clases está condicionada por la denominada “división internacional del trabajo”. La historia también ha demostrado que ese reduccionismo marxista ha sido insuficiente para explicar la complejidad de las relaciones políticas, toda vez que su crítica sobre el capitalismo se limitó a un tiempo y lugar determinados: la Inglaterra de mediados del siglo XIX.

Resulta así que las visiones economicistas “reduccionistas” sobre el Estado y la organización social aparecen como francamente insuficientes por un problema de enfoques.

Cada ciencia del saber humano tiene su propio objeto de conocimiento y sus propias reglas, más allá de que el campo de aplicación pueda ser el mismo. Un mismo hecho social puede así ser analizado desde distintos puntos de vista por el derecho, la economía o la Sociología.

La economía tiene por objeto estudiar cómo administrar recursos limitados frente a necesidades humanas ilimitadas. En tanto que el objeto del derecho es el ordenamiento social a través de normas jurídicas y la función del Estado la organización de la comunidad política. Desde esta perspectiva, y ya que nos hemos acercado más al problema, podemos decir que el Estado, al organizar la vida social, debe tener en cuenta qué sistema económico adopta para administrar y distribuir los recursos (escasos).

Es así que los modelos opuestos que se conocen en esta materia son principalmente dos: *a)* Reconocimiento y protección jurídica de la propiedad privada con posibilidad de transferirla y principio de libertad en las relaciones económicas: es lo que se conoce como sistema capitalista o de economía de mercado. *b)* En el otro extremo, se ubican los sistemas de economía central o planificada, donde no hay propiedad privada sino propiedad pública o colectiva, y donde no rige el mercado como sistema de asignación de recursos, sino que el Estado también cumple esa tarea. El ejemplo típico ha sido el comunismo.

La pregunta que cabe hacerse es si existe alguna correspondencia entre el sistema político que adopta un país y su modelo económico o si, por el contrario, se trata de cosas independientes. Años atrás, destacaba Maurice Duverger que, entre la forma de gobierno democrática y la economía de mercado como sistema de organización económica, existía una directa vinculación que sería la lógica consecuencia de que ambos sistemas priorizan a la libertad como valor fundamental: la democracia privilegia la libertad política y la participación y la economía de mercado privilegia la libertad y la libre iniciativa individual

Puede afirmarse que esa tesis de Duverger ha quedado demostrada en los informes de la Organización de Naciones Unidas, donde puede verse que las naciones que han alcanzado los mayores índices de progreso económico y de desarrollo humano (IDH) son aquellas —precisamente— en las que se da una correlación entre sistema democrático y economía de mercado.

La Constitución argentina de 1853 no contiene ninguna definición en cuanto al programa económico que sostiene; no obstante ello, puede reiterarse con fundamento que su modelo es liberal, tal como lo expresa Juan Bautista Alberdi tanto en su libro “Bases” escrito para alentar la sanción del texto constitucional, como en el “sistema económico y rentístico” escrito después de sancionada la Constitución, con la idea justamente de interpretarla.

Alberdi era un liberal de su tiempo, lo que no debe confundirse con la versión que pretende ubicarlo como un economista que sólo creía en el mercado. Por el contrario, sin perjuicio de su encendida defensa de la libertad económica, pugnaba porque un Estado fortalecido cumpliera papeles muy claros y específicos en favor del progreso y del bienestar, de la instrucción pública, de la ilustración y de la inmigración europea.

Los artículos 20, 25 y 75, inciso 18, son los que mejor resumen el pensamiento alberdiano en materia de política económica constitucional, así como también los referidos a la libre circulación de personas y mercaderías, a la libertad de comercio, industria y navegación y a la eliminación de aduanas interiores, buscando conformar un solo mercado en el territorio nacional (artículos 7, 8, 9, 10, 11, 12, 26, 75, inciso 13, entre otros).

El modelo de la Constitución Nacional tuvo efectiva vigencia hasta finalizada la segunda década de este siglo cuando el proyecto político de la

generación de los ochenta conformó un modelo económico agro-exportador de tendencia liberal que resultó exitosa.

El periodo más exitoso en lo económico de la Argentina coincidió, de tal modo, con el periodo de mayor acatamiento a la Constitución Nacional. A partir de mediados de la década de los veinte y, sobre todo, a partir del quiebre institucional que significó la revolución encabezada por el general Uriburu que en 1930 derrocó a Hipólito Yrigoyen de su segunda presidencia; comienza una etapa de fuerte intervencionismo estatal en la economía, tendencia que se incrementa especialmente a partir de 1945.

El Estado comienza a tomar un papel activo y a ocupar el centro de la escena económica. A partir de la recuperación democrática en 1983 y, con mayor énfasis, a partir de los años noventa, comienza la denominada “Reforma del Estado”, que supone el desandar del modelo anterior para retomar el modelo “neoliberal”. Sin embargo, no son pocos los autores que refutan que se esté en presencia de un modelo “neoliberal”, ya que el mismo supone la aplicación de políticas asistenciales en materia social. Algunos prefieren hablar simplemente de “ajuste”. La Constitución Nacional reformada en 1994 ha otorgado una dirección social y de “desarrollo humano” al modelo capitalista.

Sobre ese punto nos referiremos en el capítulo siguiente.

III. PROPIEDAD Y CONTRATO

El modelo capitalista, o de economía de mercado, se cimenta en algunas instituciones fundamentales como la propiedad y el contrato, y en la idea de la libertad como principio fundamental. Sin ellas, el mercado no podría funcionar.

Para Locke la propiedad es un derecho fundamental, anterior al Estado; para Rousseau su consideración como “derecho” surge del contrato social. Para el racionalismo francés, en general, la propiedad como derecho canaliza la posibilidad de acceso de la burguesía ilustrada a una riqueza que hasta entonces se reservaba el clero y a la nobleza. La propiedad así entendida no sólo comporta la posibilidad de acceder a la misma por otras formas fuera del nacimiento o la herencia, sino también su “inviolabilidad”, es decir, la seguridad en su disfrute.

En el sistema de libre mercado debe existir la protección jurídica del capital, la renta y su acumulación. También el Estado debe asegurar la

posibilidad de transferencia de la riqueza y del capital y ello se realiza a través de la institución jurídica del contrato.

En la Constitución de los Estados Unidos existe una cláusula de los contratos (artículo 1, sección 10). En nuestro derecho, su regulación surge del Código Civil (artículo 1137). En la República Argentina, en materia contractual, rige el principio de la autonomía de la voluntad (artículo 1197) conforme al cual lo estipulado por las partes en un contrato tiene valor de ley, excepto en los casos en que se vean controvertidas normas de “orden público”.

Desde antaño, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentado una jurisprudencia de amplia protección de la propiedad y de los contratos.

En algunos periodos, el alcance de esa protección se ha visto restringido por aplicación de la llamada “doctrina de la emergencia”.

IV. LOS CONTORNOS DEL “ESTADO MÍNIMO”

En el modelo de Estado liberal individualista de derecho, también denominado “Estado liberal burgués” o Estado liberal clásico, las funciones a ejercer por el Estado debían reducirse al mínimo indispensable; dando así lugar a la concepción del “Estado gendarme”, reducido prácticamente a una función de seguridad, defensa y vigilancia para que fuera el principio de la libertad individual el que marcara el tono o la pauta de las relaciones sociales y económicas. La igualdad, en el Estado liberal clásico, se reduce a igualdad formal o igualdad ante la ley. El Estado garantiza las libertades y los derechos a través del Poder Judicial, con una actitud abstencionista por parte de los poderes públicos.

Predomina en los orígenes estatales la idea de abstención, de no intervención, o de obligación negativa. Los poderes públicos sólo deben realizar las competencias específicas indicadas en la Constitución y en ningún caso ir más allá. En esa etapa, el denominado “poder de policía”, consistente en la facultad del Estado de reglamentar y restringir los derechos fundamentales basándose en el interés general, se limita exclusivamente a los casos en que se encuentren comprometidas la seguridad, la salubridad y la moralidad pública.

A partir de la década de los veinte en nuestro país se va conformando paulatinamente la etapa del denominado “Estado benefactor”, que durará hasta los ochenta, y que consiste en una mayor intervención estatal en la

economía y en el campo social, acompañada de un proceso de mayor participación ciudadana en la vida política, con la instauración del “sufragio universal” a partir de la ley Sáenz Peña y la legalización de los sindicatos y los partidos políticos; otrora excluidos en una democracia clasista, con connotaciones oligárquicas, donde hasta entonces había predominado el voto secreto y no pocas veces el fraude.

En *La rebelión de las masas*, José Ortega y Gasset describió con claridad —y con preocupación— los cambios sufridos en la Europa culta de principios de siglo, como consecuencia de la participación política de los nuevos grupos.

Hermann Heller ha explicado el tránsito del Estado liberal de derecho (Estado gendarme) al Estado Social de derecho (Estado benefactor) como un “aggiornamento” surgido de una necesidad: la democracia formal debía dar una respuesta frente a los totalitarismos de izquierda (socialismo y comunismo) y de derecha (facismo y nacional-socialismo) que lo jaqueaban a través de políticas que ponían el acento en las “conquistas sociales”.

En el plano jurídico-formal, la Constitución de México de 1917 y la Constitución alemana de la República de Weimar dieron nacimiento a lo que se conoce como el “constitucionalismo social”.

El constitucionalismo liberal es al Estado liberal de derecho, lo que el constitucionalismo social es al Estado social de derecho. El constitucionalismo social aparece en nuestro país en 1957, con la incorporación del artículo 14 bis que consagra los derechos individuales y colectivos de los trabajadores, reconoce la organización sindical libre y democrática y consagra el derecho de huelga, además de establecer los principios de la seguridad social, entre otros aspectos.

Los partidos políticos fueron reconocidos por ley, pero debieron esperar hasta la reforma de 1994. La Constitución histórica de 1853 no los contempló, porque no eran un factor organizado en la sociedad y porque se desconfiaba de todas las facciones que pudieran quebrar la libre participación individual en la base democrática.

Los partidos políticos van irrumpiendo como un hecho de la realidad a fines de siglo pasado. El “autonomismo” se desprende del viejo partido federal y de allí salió la Unión Cívica, embanderada detrás de Mitre en 1890. El primer partido político conformado como tal fue el Partido Socialista fundado por Juan B. Justo y José Ingenieros en 1894. Leandro N.

Alem fundó la Unión Cívica Radical, en disconformidad con la política “acuerdista” seguida por Mitre frente a Roca y al orden conservador.

No es posible en nuestros tiempos imaginar el funcionamiento democrático sin la existencia de los partidos políticos. Es a través de los nuevos partidos donde se canaliza la participación y la elección, propuesta por el sufragio. En nuestro país los partidos tienen el monopolio legal para ofrecer candidaturas al electorado.

El paso del “Estado gendarme” al “Estado benefactor” significó una verdadera ampliación en la dimensión del Estado por las nuevas tareas asumidas. La mera obligación de abstención o vigilancia propia del Estado liberal clásico pasó a ser una obligación activa de tipo “progresivo” donde el deber estatal pasó a ser el de remover los obstáculos que impidan la realización de la igualdad y de la justicia social. Así como el Estado liberal puso el acento en la libertad, el Estado social puso el acento en la igualdad.

V. INTEGRACIÓN ECONÓMICA Y ESTADO NACIÓN

Una de las consecuencias que resultan de la relación ya mencionada entre economía y Estado son los procesos de integración económica, como una respuesta a la globalización de la economía, en busca de mercados ampliados que protejan el comercio internacional. La denominada “Ronda Uruguay del GATT y la creación de la Organización Mundial de Comercio (OMC) se orientan en esa dirección.

El paradigma de la integración económica ha sido la conformación de las denominadas comunidades europeas a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, comenzando por la Comunidad del Carbón y el Acero (CECA) y siguiendo por el Tratado de Roma, que dio nacimiento a la Comunidad Económica Europea (CEE) y del “Euratom”, unificando las instituciones de las tres “comunidades”, para pasar a un grado más avanzado de integración “supranacional” con el Tratado de Maastrich de 1992, que dio nacimiento a la “Unión Europea”.

La Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay han suscripto el Tratado de Asunción que se propone la conformación del “Mercosur” como una unión aduanera y, más adelante, con un mercado común, conforme su propia denominación.

En otras partes del mundo también se han celebrado acuerdos de integración, como ocurre con los países del Sudeste Asiático, los países del área del Caribe y el acuerdo del NAFTA, entre Estados Unidos, Canadá y México.

Si bien se registran procesos de integración y de internacionalización del derecho en otros campos, como el de los derechos humanos, es principalmente a partir de la integración económica donde aparece el nuevo fenómeno político de la integración.

La búsqueda de espacios económicos ampliados en orden a la formación de “bloques”, ha producido una pérdida de presencia internacional del “Estado-nación” en términos tradicionales, para que cobre protagonismo el “bloque” o “región” como mero actor o sujeto de la política internacional.

En algunos de estos acuerdos regionales existen organismos de carácter “supranacional” que toman decisiones que son de aplicación directa en los Estados (derecho derivado) como ocurre con el Parlamento Europeo con sede en Estrasburgo, la Comisión Europea con sede en Bruselas, y la Corte de Luxemburgo.

En América latina, en el ámbito de los derechos humanos, la Convención Americana de Derechos del Hombre o “Pacto de San José de Costa Rica” ha establecido una Corte con facultad para revisar las decisiones de los tribunales supremos de los distintos Estados-parte.

Por ese motivo, muchos autores hablan en nuestros días de la “crisis del concepto de soberanía”, en alusión a que el viejo concepto acuñado por Bodin como la “cualidad esencial y perpetua de una república”, se encontraría en declinación por la pérdida de vigencia y gravitación de los Estados nacionales en el orden internacional. Se propugnó de ese modo el paso dado desde un “Estado de derecho” hacia una “comunidad de derecho”.

Es de destacar, sin embargo, que el concepto de “supranacionalidad” no significa la sumisión de un Estado a una orden superior en términos de jerarquía, sino la determinación de “ámbitos” o “materias” específicas en que el Estado decide —voluntariamente— y en pleno ejercicio de su soberanía delegar competencias en determinados temas (por ejemplo en materia aduanera o fiscal). El propio Bodin en sus “Seis libros sobre la República”, destinado a fortificar la monarquía, entendía que una de las limitaciones a la soberanía estatal eran los compromisos asumidos por el monarca en el plano internacional, habida cuenta de que nada es más soberano que ese compromiso.

VI. LA ECONOMÍA Y LA SOCIEDAD: EL MERCADO SEGÚN MAX WEBER Y JOHN RAWLS

En este capítulo nos hemos referido no solamente a la relación entre la forma de gobierno y el sistema económico, sino también nos hemos preocupado por exponer algunas teorías “reduccionistas” que pretenden reducir el análisis de la función estatal a una visión “economicista” del mismo.

Entendemos que una visión sobre el Estado de esas características no sólo es reduccionista, sino también parcial y que se funda en posiciones ideológicas y no instrumentales sobre la función que el Estado debe cumplir. Así ocurre con el reduccionismo marxista del Estado intervencionista, productor y distribuidor en lo que se denomina “economía central” o “estatista”, y así ocurre también con las posiciones extremas que entendieron como única función estatal legítima la de asegurar el funcionamiento del mercado. Robert Nozick, al expresar la teoría del “Estado ultramínimo”, aparece como uno de los principales teóricos de esa corriente fundada en una evidente concepción liberal.

Por ese mismo motivo hemos realizado nuestra crítica a las denominadas escuelas del *public choice*, del *Law & Economics* y de los *property rights*, que han realizado importantes aportes teóricos pero cuyo planteo consideramos estrecho para formular una teoría integral del derecho y del Estado.

Ahora bien, si atendemos a la relación política fundamental entre el Estado y la Sociedad, advertiremos que un reduccionismo economicista sobre la función del Estado implicará —necesariamente— también una visión economicista sobre el comportamiento social. Así, los teóricos que fundamentan la idea del Estado como un “policy market”, es decir, como una supraestructura destinada a asegurarse que el mercado funcione, procurando reducir los factores distorsivos, y visualiza una función del derecho destinada a superar las “externalidades” y los “costos de transacción”, creen que es posible fundar el orden social sobre la base del mercado.

Criticamos esa idea por entender, como ya expresamos anteriormente, que parte de una idea de eficiencia aplicable al campo de la economía sobre la base de la regla “costo-beneficio”, muy diferente a la idea de eficiencia en el campo de la política estatal, relacionada con el adecuado funcionamiento de la justicia y la maximización de la libertad y la igualdad.

En su clásica obra *Economía y sociedad*, Max Weber, uno de los autores más importantes en el campo de la sociología, dedica varios capítulos a describir las distintas formas de agrupamiento humano, partiendo de las organizaciones tribales, las sociedades mágicas y religiosas. Al referirse al mercado le dedica unas muy pocas páginas, circunstancia que contrasta claramente con la larguísima extensión de la obra referida. Allí, Max Weber explica que los mercados eran ámbitos que se situaban en las afueras de las ciudades donde los comerciantes acudían de manera transitoria a ofrecer sus mercancías y donde los habitantes del pueblo concurrían a comprar. De las negociaciones surgiría el “precio” de los productos.

Enfatiza el autor que el único vínculo entre tales oferentes y demandantes era el “regateo”, de donde puede concluirse que el mercado no revestía para Weber la categoría de una organización social. No se desprende de sus páginas una sola línea que pretenda fundar las relaciones sociales sobre la base del mercado.

En su *Teoría de la justicia*, John Rawls toma la clásica idea expuesta por Adam Smith en su *Investigación sobre la causa de la riqueza de las naciones* sobre la llamada mano invisible del Estado para intentar una explicación racional de la misma.

Como se sabe, Adam Smith sostuvo que las relaciones económicas serán tanto más eficientes cuando fuera la regla de la oferta y la demanda la que las guiaran. En el ambiente de la Escocia puritana en que Smith escribió su célebre tratado, a la manera de un libro de filosofía y no propiamente como una obra de economía, el dejar que las relaciones económicas se autorregulen por la llamada “mano invisible” las acercaría al ideal, al óptimo posible.

Esta regla de la mano invisible del mercado ha tenido general aceptación como la regla de oro básica del pensamiento liberal. Los franceses lo escriben como “laissez faire, laissez passer” y en tales términos lo tradujo Juan Bautista Alberdi en su introducción al “Sistema económico y rentístico” (dejar hacer, dejar pasar).

Al intentar una explicación o formulación “racional” de la mano invisible, John Rawls apela a distintas teorías, entre ellas a la denominada “teoría de los juegos”; buscando definir el óptimo en la decisión racional y la decisión más eficiente, entendiendo por esto último la que otorga el mayor beneficio.

La concepción de John Rawls se antepone así a la de su contemporáneo Robert Nozick, que sigue la regla del autointerés o la autosatisfac-

ción individual. Para Rawls, en cambio, toda vez que sea racionalmente posible, entre dos opciones debe optarse por aquella que otorgue el mayor beneficio social, entendida ésta como la solución más eficiente.

En el Congreso de la Asociación de Constitucionalistas Italianos, celebrado en Ferrara (1991) sobre el tema “Economía y Constitución”, el relator profesor Giuliano Amato, propuso la incorporación del mercado como un “valor constitucional”. La propuesta del jurista demócrata-cristiano, luego primer ministro, era interesante en cuanto se buscaba la fijación de límites para la regulación de un “mercado responsable” evitando abusos y distorsiones como los monopolios.

La propuesta fue sin embargo rechazada, por entender la mayoría de los críticos que el mercado era un concepto económico (“el ámbito de concurrencia de la oferta y la demanda”) y no un concepto jurídico. Se entendía que lo que correspondía a la Constitución regular y al Estado era, en realidad, lo que ya estaba el principio de libertad económica, la libre participación, la inviolabilidad de la propiedad privada, la autonomía contractual y el reforzamiento de las garantías.

En el marco conceptual de las ideas expuestas nos sumamos a lo expresado por el gran escritor y pensador mejicano Octavio Paz: “El mercado es apto para fijar precios, pero no para fijar los valores sociales”.

VII. TRANSFORMACIÓN ECONÓMICA Y SEGURIDAD JURÍDICA

Hay un primer concepto que identifica a la seguridad con el orden que todo Estado tiene por objetivo establecer. Es la idea que invocaron las doctrinas “pactistas” para justificar la salida del “estado de naturaleza”. Comprende, por ende, tanto la autocracia de Hobbes como la democracia de Rousseau. La seguridad, desde ese punto de vista, tiene categoría “óntica” y es independiente de toda idea de legitimidad o de justicia; se trata más bien de un dato previo a la legitimidad; de allí la frase de Goethe cuando afirmaba: “Prefiero la injusticia al desorden”.

Quedarse con este concepto de seguridad implica quedarse con una idea limitada que admite la existencia de seguridad jurídica, aun en los regímenes autoritarios; es una idea más cercana a Maquiavelo que a Kant y, en definitiva, puede consagrar la “seguridad de la injusticia” o la “seguridad de la opresión”. Recordemos el “vive peligrosamente” de Mus-

solini, que implicaba reconocer la seguridad en el orden del Estado, pero un alto grado de inseguridad en el plano individual.

La idea de seguridad jurídica que se corresponde con el constitucionalismo liberal requiere en cambio de otro elemento, en tanto aquí la seguridad tiene categoría axiológica al corresponderse con una derivación individual del orden social, pero que está ínsita en la libertad individual. Por eso, la seguridad jurídica es un elemento esencial en la libertad económica.

Si bien la afirmación de esta segunda idea de seguridad se produce con el racionalismo y está ligada con el pensamiento individualista de la sociedad burguesa, su aparición se remonta a los albores del Renacimiento, cuando los juristas romanistas antepusieron a la antigua idea de la tranquilidad y paz sociales como fines del Estado de derecho, la idea de la inviolabilidad de los derechos individuales derivados del “status” de cada persona, considerada libre de querer, de obrar y de disponer de sí y de sus bienes, acentuando ampliamente el valor de las relaciones jurídicas, y exigiendo enérgicamente una plena tutela de los derechos adquiridos.

El maestro del derecho Luis Legaz y Lacambra atribuyó a un prestigioso jurista del cuatrocientos —Baldo de Ubaldi— la construcción de ese concepto de “seguridad jurídica”, que ha sido recogido por la cultura jurídica occidental.

El problema de la seguridad jurídica es un problema de “medios” y no de “fines”. Aun cuando exista coincidencia en los fines a alcanzar, la seguridad jurídica enfatiza el respeto por los procedimientos. Esto es lo que define el irremplazable valor del derecho como ordenamiento social y es lo que distingue, en definitiva, a las sociedades jurídicamente desarrolladas de las subdesarrolladas.

En la República Argentina, donde las encuestas de opinión ubican a la seguridad jurídica y a la corrupción entre las principales preocupaciones de la ciudadanía (ambas van muy unidas), se observa que la mayoría de la población comparte la legitimidad de los grandes objetivos de la política económica: reforma del Estado, privatizaciones, desregulación, etcétera; pero que no se comparten en cambio los métodos adoptados, acerca de cuya transparencia, falta de control y mal funcionamiento de la justicia existe marcada preocupación.

Suele señalarse de una manera especial la importancia de la seguridad jurídica en materia económica; debe advertirse, sin embargo, que no se trata de una categoría diferente, sino que la misma se enrola en el ámbito de los conceptos antes señalados y que hacen a la afirmación, tanto de las libertades económicas como de los derechos individuales. Si pudiéramos cambiar el criterio clásico de interpretación de las normas jurídicas —“la intención del legislador”— por otro que contemplara “el interés del buen inversor”, comprobaríamos que nada cambiaría en cuanto a las exigencias de la seguridad jurídica, que para Max Weber se concentraban en la idea de “previsibilidad” y que Hans Kelsen describiera, al referirse a las sociedades democráticas, como “respeto de la legalidad y previsibilidad de las funciones estatales”.

Todo inversor en un país extranjero da enorme importancia al marco jurídico que va a garantizar su propiedad y en fijar la permanencia de las reglas de juego. Se trata de un tema que es objeto de estudios especializados en las principales universidades y escuelas de negocios del mundo desarrollado.

Nuestro país presenta un tradicional atraso en esta materia, donde se observan algunos factores que son de tipo estructural y que han remarcado el llamado “costo argentino”; entre ellos el exacerbado “hiperpresidencialismo” como deformación de nuestro sistema político y la tendencia a la “anomia”, o desconocimiento de las reglas, tanto por parte de la sociedad como del Estado. La continua apelación a la “emergencia” para producir cambios económicos es una característica que se ha observado frente a diferentes cambios de modelo y es una característica que ejemplifica lo señalado en último término.

No debe desconocerse, sin embargo, que se ha avanzado para revertir esa situación; la estabilidad es un paso importante y la desregulación permitirá terminar con una cantidad de conductas “discrecionales” en el ámbito de la administración pública. El solo hecho de que el tema de la seguridad jurídica se encuentre “sobre el tapete” revela ese avance. Sin embargo, quedan muchas cosas de qué preocuparse. Algunas parecen haberse agravado.

Es necesario que el ejemplo provenga del gobierno, en donde se observa una cierta postergación de los “medios” en favor de los “fines”. Así ocurre con la práctica abusiva de los decretos “de necesidad y urgencia” que avanzan sobre las facultades del Congreso, con la falta de mecanismos de control que sean aptos para determinar responsabilidades, la ten-

dencia monopólica en los procesos de privatización, la reiterada violación de derechos adquiridos, el avance excesivo en las facultades de algunos organismos públicos (por ejemplo: la DGI) sin la contraprestación de suficientes garantías para los administrados, la insuficiencia de mecanismos de acceso a la justicia.

Tal vez no sea ocioso recordar las palabras de Hamilton, en el capítulo LXXVIII, de “El Federalista”, cuando señalaba refiriéndose al antecedente más directo de nuestra Constitución:

...aun cuando a veces sean los Tribunales de Justicia los que opriman a los individuos, la libertad general de pueblo no ha de temer amenazas en esa dirección; quiero decir, mientras el Departamento Judicial se mantenga aislado tanto de la Legislatura como del Ejecutivo, porque estoy conforme con que no hay libertad si el poder de juzgar no está separado de los Poderes Legislativo y Ejecutivo...” y agregaba: “...la libertad no puede tener nada que temer de la Administración de Justicia por sí sola, pero tendría que temerlo todo de su unión con cualquiera de los otros departamentos...”

VIII. EL ROL DEL ESTADO EN LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La sociedad está formada por diversos sectores que interactúan dentro de ésta en pos de la satisfacción de sus objetivos. Estos sectores buscan obtener ciertos resultados, como consecuencia de un conjunto de acciones que emprenden. El proceso para la toma de decisiones es una opción entre acciones alternativas diferentes, sobre la base de determinado criterios, definidos sobre la base del contexto donde éstas serán ejecutadas.

El planteo de la competencia perfecta dentro de la teoría liberal económica sugiere que los resultados a los que conduce una acción autónoma de los particulares son óptimos desde el punto de vista social. No son necesarios mecanismos formales u organismos para regular las acciones del sector privado, ya que existen mecanismos automáticos que conducen a una situación óptima deseada, la “mano invisible del mercado”. El criterio de decisión utilizado por los particulares es la maximización de beneficios, que constituye el incentivo motriz del sistema. Éste es, en forma simplificada, el esquema general de la concepción liberal de la economía. La regulación automática que provee el mercado es suficiente para el funcionamiento óptimo de las empresas y la economía.

La necesidad de la regulación surge cuando los resultados de estos procesos de decisión autónomos materializan situaciones que no son consideradas adecuadas por la sociedad, aun cuando éstas resultan ser perfectamente convenientes para el sector que resulta beneficiado.

Este fenómeno, que resulta de perseguir la maximización de los beneficios, produce muchas veces resultados socialmente ingratos, especialmente en países en vías de desarrollo. Las bases para una competencia perfecta en los mercados suelen ser inexistentes: y la formación de empresas monopólicas, la producción ineficiente de bienes o servicios por parte del Estado, las desigualdades regionales o el deterioro del medio ambiente, a modo de ejemplo, suelen ser el producto de iniciativas individuales no reguladas adecuadamente. La operación autónoma de los particulares bajo los mecanismos de “la mano invisible” no es suficiente y se hace necesaria la intervención regulatoria del Estado.

A partir de estas ideas previas, podemos plantear el concepto de regulación en un sentido amplio, tal como va a ser analizado en el presente trabajo, como las acciones, explícitas o implícitas, formales o informales, que emprende el Estado para influir en los comportamientos de los particulares, ajustando el resultado de sus acciones a lo deseado por éste.

Los instrumentos a disposición del Estado para ejercer esa influencia son múltiples: la simple difusión de información o de recomendaciones puede ser suficiente para orientar los comportamientos; si esto no resulta suficiente pueden utilizarse incentivos o sanciones de distinta naturaleza o, como ha ocurrido en nuestro país y en diversas partes del mundo, puede el Estado convertirse en productor directo o indirecto de bienes y servicios considerados importantes para la comunidad.

Este proceso de intervención estatal dentro de la economía y sus consecuencias perjudiciales para la sociedad derivó en las últimas cinco décadas en la refuncionalización de su papel. A comienzos de la década del setenta, cobra un gran impulso en el mundo un movimiento orientado hacia la reducción del papel del Estado en la sociedad, especialmente en el campo económico; este proceso ha sido instrumentado de diversas formas según las características coyunturales donde se desarrolló, a través de privatización de empresas estatales, liberalización de los mercados, desregulaciones, disminución del aparato administrativo, etcétera.

No obstante, ha presentado un denominador común, que es el origen fundamental de este proceso: la comprensión por parte de la sociedad de

que la intervención por parte del Estado en la economía genera costos sociales que generalmente superan los beneficios que derivan de ella. El funcionamiento de un Estado sobredimensionado y regulador demanda costos que debe erogar el Estado para la implementación de las normas reguladoras, costos en los que incurren los agentes económicos para cumplirlas, y los originados en las pérdidas que deben afrontar los consumidores de bienes o servicios frutos de tales regulaciones.

Esto es sufrido por la sociedad en el aumento de los productos que consume o en el sustento del déficit que la actividad de estas empresas provoca. En casi todos los casos en donde existen actividades reguladoras desmedidas, se ha distorsionado la relación entre el costo de tal actividad y los beneficios sociales que ésta provoca.

Las regulaciones se presentan como un método para corregir las fallas del mercado y promover el bien común, pero en una economía donde el Estado tiene mucho poder a través de las regulaciones, los grupos sectoriales participan en una puja permanente para influir sobre las regulaciones y los reguladores. Este tipo de situaciones plantea un marco donde existe el convencimiento de que se consigue más con los privilegios que con un esfuerzo por aumentar la eficiencia de cada sector. La empresa privada no puede ser considerada como la causante de esta situación, sino que es la consecuencia de un medio económico jurídico en donde los criterios tradicionales de rentabilidad han dado paso a los privilegios y las protecciones.

En los mercados regulados, el orientador de los beneficios sectoriales resulta ser la voluntad del regulador, beneficiosa para unos e inaccesible para otros. Esto se traduce en una clara desigualdad de oportunidades, fin no deseado en una regulación bien intencionada, pero que generalmente resulta ser la realidad del sistema, sobre todo cuando los actores que intervienen pasan del gobierno a la empresa y viceversa.

IX. REGULACIÓN Y CONTROL

El desarrollo de una fuerte política privatizadora, como inicio del proceso de transformación del Estado (leyes 23.696 y 23.697), en el marco del cual se han transferido al sector privado las prestaciones o explotaciones de servicios públicos esenciales, y las actividades de interés general vinculadas con éstos, como por ejemplo la generación de

energía eléctrica y producción de gas en relación con los servicios públicos de transporte y distribución de gas natural, o la prestación de los servicios diferenciados del básico, como la telefonía celular, etcétera, importa un destacable realzamiento del papel controlador del Estado.

Esta circunstancia no ha sido ajena a la reforma constitucional sino que ha sido receptada en su artículo 42, consagratorio de una serie de derechos y garantías referidos a la relación de consumo, salud, seguridad e interés económico de los usuarios, al imponer en forma expresa, como deber del Estado, el efectivo control y regulación de los mismos.

El sistema de control de la explotación privada de los servicios públicos, constituye un pilar fundamental para la obtención de resultados favorables en lo que al proceso de transformación respecta, si tomamos en cuenta que la finalidad de la transferencia de las prestaciones al sector privado ha sido principalmente optimizar el funcionamiento de los servicios.

Abandonar un modelo intervencionista de Estado implica colocar al mismo en una posición distinta, pero no menos importante frente a la comunidad, cual es: dejar de ser prestador para cumplir una función netamente controladora, en resguardo del interés público y promoción del bienestar general.

Cabe resaltar que la situación descrita importa un real desamparo en relación con los usuarios, cuyos intereses particulares actuales y potenciales no estarán ya resguardados ínsitamente, como se entiende en las actividades prestadas tradicionalmente por el Estado respecto de sus administrados. En las circunstancias actuales, dichos intereses se verían en pugna con los objetivos de rentabilidad económica perseguidos por las empresas privadas que detentan las concesiones de los diversos servicios públicos.

Precisamente, en este sentido se manifiesta el artículo 42 de la Constitución cuando dota de jerarquía constitucional a los siguientes deberes de la autoridad pública:

- a) Protección de los usuarios.
- b) Establecimiento de marcos regulatorios.
- c) Defensa de la competencia y control de monopolios.
- d) Promoción de la participación de los usuarios en los organismos de control.

El nuevo concepto de servicio público, expresado en el texto constitucional requiere, en este contexto, la regulación y control de los mismos, exigencia ésta que deriva de su particular incidencia en la satisfacción de las necesidades básicas que hacen a la calidad de vida y al desarrollo social pleno, objetivos que campean en prácticamente la totalidad de la normativa constitucional.

Por lo tanto no es apropiado atribuir la necesidad de regulación y control a un único fundamento, sino que deben considerarse todos aquellos que hagan a la protección de los derechos de los usuarios, el estímulo de inversiones, la confiabilidad, accesibilidad y eficiencia del servicio, a asegurar su regularidad, continuidad, igualdad y generalidad, y a la expansión del sistema, la calidad y continuidad de las prestaciones, la protección de la salud pública, los recursos hídricos y el medio ambiente, y en todos los casos con tarifas justas y razonables .

Tampoco, no obstante la preocupación que origina, el carácter monopolístico de la prestación de servicios públicos puede ser un exclusivo motivo de regulación, puesto que existiendo competencia, ésta por sí misma no implica la eficiencia y razonabilidad, menos la prestación en lugares donde presenta baja rentabilidad. Volveremos sobre esta cuestión al tratar la noción de Estado social.

En síntesis, el Estado debe poner énfasis en la regulación, en cumplimiento de su tradicional papel de garantizador de la satisfacción del bien común, manifestado como “realidad existencial que se expresa a través de una multiplicidad de condiciones, políticas, culturales, económicas, sociales, etcétera, que permiten al hombre realizarse verdaderamente como tal” .

Queda comprendido, así, el deber de prevenir tanto las consecuencias económicas producto del carácter monopolístico de la prestación del servicio como de la desigual e insuficiente información aportada a los usuarios, y a cualquier otra consecuencia que afecte perjudicialmente a terceros no involucrados en la relación de consumo.

Estas últimas consecuencias se denominan “externalidades” y han sido definidas como “costos o beneficios que inciden sobre terceros no directamente involucrados en el intercambio jurídico o económico de que se trate”; en este caso, la regulación tiende a evitar las externalidades negativas, como aquellas producidas por el uso abusivo de los bienes comunes que podrían afectar el medio ambiente. En términos económicos se adopta un siste-

ma de regulación de prevención y control tendiente a evitar abusos de posición por parte del prestador del servicio.

La regulación y control, no obstante otros sistemas que los han considerado como instrumentos escindibles, son etapas de un mismo proceso, que se inicia con el establecimiento de reglas que rijan la actividad en cuestión, y se complementan con el debido control en el cumplimiento de dichas reglas durante el desarrollo de la actividad', a través de un esquema institucional de control interno-externo, cuya estructura comprende diversos organismos dotados de facultades, que deben procurar coordinarse a fin de evitar superposiciones, en detrimento de la eficiencia y rapidez en el logro de las objetivos.

Recordemos que actualmente intervienen en el sistema de regulación y control de los servicios públicos los denominados entes reguladores vinculados institucionalmente a distintas secretarías de la administración central. Desde el punto de vista del control interno, las Unidades Auditoras Internas (UAI) de cada organismo de la administración pública, coordinadas por la Sindicatura General de la Nación, también intervienen en asuntos relativos a los servicios sujetos a control. El control externo de estos organismos está a cargo de la Auditoría General de la Nación (AGN), institución de rango constitucional en el ámbito del Poder Legislativo, a la cual se le ha atribuido específicamente el control de los entes reguladores de servicios públicos, y los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones emergentes de sus contratos. Interviene también el Defensor del Pueblo de la Nación conforme a lo dispuesto por la Constitución Nacional.

Los aspectos a complementar no sólo incluyen las funciones de los organismos en cuestión, sino también los referidos a la organización y estructura de los entes reguladores, el establecimiento de procedimientos para la solución y prevención de conflictos, el sistema de información, la atención al usuario, los mecanismos para efectuar los reclamos y los instrumentos que permitan la operatividad plena del derecho de los usuarios a participar en los organismos de control a través de las asociaciones que los agrupan.

Actualmente en nuestro país los instrumentos de regulación y control con que cuenta el Estado son:

1. El ente regulador;
2. El control de precios, y
3. La habilitación para prestar el servicio.

En el marco del proceso de privatización, y con el propósito de mantenerse al margen de las influencias políticas y económicas directas, fueron creados entes para regular y controlar la prestación de los diversos servicios.

Con carácter autárquico, recursos propios y la facultad de percibir una contribución de los usuarios del sistema, se hallan a cargo de un órgano colegiado (directorio) cuyas decisiones serán recurribles por vía de la alzada. Asimismo su personal está sujeto al régimen del contrato de trabajo.

Entre las atribuciones del órgano descentralizado de control, descontando las netamente técnicas, destacamos las llamadas “jurisdiccionales” en cuanto resuelven controversias relacionadas el servicio, entre particulares (actores y usuarios), sea en forma obligatoria para los actores (ENRE, ENARGAS) u optativa (CNT, ETOSS). Dichas funciones no modifican su carácter administrativo.

Son principios generales en materia tarifaria:

- Primordialmente el aseguramiento de tarifas justas y razonables;
- la prohibición de efectuar diferencias entre ellas, salvo las autorizadas por el ente regulador, referidas a distintas localizaciones o tipo de servicio.
- El precio debe expresar el uso racional y eficiente de los servicios y de los recursos necesarios para su prestación.
- El precio debe reflejar el costo económico del servicio, incluyendo la utilidad del prestador y las inversiones de los planes de expansión.
- El aseguramiento del mínimo costo para los usuarios, compatible con la seguridad en la prestación.
- La Ley 23.696 de Reforma del Estado ha establecido como formas de materialización de las privatizaciones: la concesión, licencia o permiso.

En leyes posteriores a la citada, referidas a los diversos servicios, se han especificado las condiciones, modos y plazos en que se efectuarían las privatizaciones estipuladas, cuyo cumplimiento estricto es requisito de legalidad de las mismas.

X. REFORMA CONSTITUCIONAL Y MODELO ESTATAL

Pero, más allá de estas especificidades, a nuestro entender y en virtud del mencionado principio de unidad interpretadora, el gran límite al posible reconocimiento de la capacidad autoreglativa del propio mercado es la noción de justicia social (artículo 75, inciso 19). El presupuesto liberal queda así constreñido a un marco de respeto de la condición humana y del desarrollo humano. No cualquier consecuencia del mercado como tal tiene que ser admitida y protegida por el Estado. Y así, por encima de la competencia, parece regir un presupuesto de control cuyo fundamento se encuentra en las condiciones anteriormente esbozadas.

El mercado por ser tal genera ciertos beneficios, pero puede también producir terribles desigualdades sociales que afecten al desarrollo humano. La cuestión entonces se constriñe a delimitar cierta noción de “justicia social” que permita identificar los aspectos limitadores del mercado.

Dentro del proceso constitucional que la Argentina vivió en 1994, se incorporó, al texto constitucional vigente, el concepto de “justicia social”.

Para comenzar, la incorporación de dicho concepto debe interpretarse como la intención del constituyente de evolucionar hacia un concepto diferente de Estado: evolucionar más allá del abtencionismo estatal pero sin caer en el intervencionismo. La visión del mercado como elemento natural de la interrelación limitado por los presupuestos que hacen a la conservación de ciertas condiciones de desarrollo humano.

La noción de “justicia social” surge de la fusión de dos ideologías; por un lado, las demoliberales y, por el otro, las ideologías de corte social. La idea radica en tomar ciertos elementos calificados de relevantes en una concepción de Estado demoliberal, tales como el respeto de las libertades individuales, la libertad de mercado, la preponderancia de la igualdad, la libertad de contratación, etcétera, y deshacerse de todos aquellos que, bajo la justificación de la libertad de mercado, condicionen al hombre, de lleno, a la oferta y la demanda.

Respecto del constitucionalismo social se da cuenta solamente de aquellos elementos que permitan crear un ámbito de indisponibilidad, a fin de garantizar al hombre un piso mínimo de derechos y beneficios. La emancipación de las funciones de control elementales del Estado; la igualdad de oportunidades, etcétera, forman el núcleo de ese “coto vedado”, según la terminología de Garzón Valdés. Claro está, todo esto sin caer en el in-

tervencionismo, que en última instancia también atenta contra el hombre dada la restricción a las libertades que genera y la frustración de sus expectativas de desarrollo.

Hablar de justicia social, es cambiar el prisma del análisis, para ubicar al hombre, en su carácter de ser social, en un plano de mayor preponderancia y abandonar aquella postura que considera al hombre como un simple elemento del mercado o un instrumento de consumo o trabajo. Intentar ir más allá de las viejas ideologías, concibiendo un nuevo papel para un nuevo Estado, es aquello que puede revelarse en el fondo del nuevo concepto, que se ha denominado justicia social. En definitiva hablar de “justicia social” es concebir un sistema capitalista que reconozca al hombre como protagonista.

Pero si esto es así, cabe entonces preguntarse: ¿cuál es el papel que debe tener el Estado en un sistema capitalista que tenga como protagonista al hombre? El papel debe ser el de un Estado subsidiario, es decir, un Estado que no realice aquellas funciones que pueden ser prestadas por los particulares, pero que a su vez debe brindar a cada uno de los integrantes de la comunidad un sistema de control y garantías mínimas que contribuyan a garantizar dicho protagonismo y que realice todas aquellas tareas que son indelegables a los particulares. Definiéndose así, aquello que los juristas definen como “modelo de competencia”.

El porqué de que conceptos como “justicia social” deben aparecer dentro del texto constitucional es contestado de manera simple pero certera por Miguel Herrero de Miñón. Al respecto dice:

Las Constituciones se configuran como zonas de seguridad; se introduce en la Constitución lo que se quiere garantizar frente a terceros. La segunda es la utilización de la Constitución para afirmar los programas de reforma social, es decir, las metas y métodos para transformar la economía. Y la tercera es la tendencia de llegar a un compromiso entre las dos anteriores y afirmar retóricamente lo que no se piensa hacer.

En definitiva, hablar de “justicia social” dentro del sistema capitalista es hablar de una nueva manera de concebir el mercado. Los conceptos de justicia y equidad en la distribución de los beneficios, tan ajenos al discurso liberal, así como el deber de soportar los imprevistos de éste. Todas estas nociones adquieren su culminación en referencia al concepto de “bien común”.

Ya León XIII (*Rerum novarum*, 23) destacó que el Estado debe velar por el “bien común” como propia misión suya. Bajo esa concepción expresaba: “Más, aunque todos los ciudadanos, sin excepción alguna, deban contribuir necesariamente a la totalidad del bien común del cual deriva una parte no pequeña a los individuos, no todos sin embargo, pueden aportar lo mismo ni en igual cantidad...” (*Rerum novarum*, 25). “El fin establecido para la sociedad civil alcanza a todos, en cuanto persigue el bien común, del cual es justo que participen todos y cada uno según la proporción debida” (*Rerum novarum*, 35).

Pío XI (*Divini Mius Magistri*, 44) definió al “bien común” en el orden temporal como consistente en la paz y seguridad de que las familias y los individuos puedan gozar del ejercicio de sus derechos, y a la vez en el mayor bienestar espiritual y material que sea posible en la vida presente, mediante la unión y coordinación de la actividad de todos.

En cuanto a lo que se ha denominado “zona de indisponibilidad”, se debe entender como un cúmulo de derecho pertenecientes a los individuos, que deben ser prestados por el Estado a los particulares, o en caso de no prestación por parte del Estado el aseguramiento de las vías apropiadas para exigir dicha prestación.

Dentro de dicha zona de indisponibilidad, encontramos a: 1) La igualdad de oportunidades, 2) El principio para que una clase excluya a la otra en la distribución de los beneficios, 3) La libertad de mercado, 4) El principio de equidad, 5) El principio de solidaridad, 6) El principio de igualdad, 7) La actividad de control del Estado sobre las actividades expresamente delegadas a los particulares, 8) Todo otro derecho o libertad que se reconozca expresamente en nuestra Constitución.

En última instancia, en nuestra sociedad, la zona de indisponibilidad, teóricamente, está dada por el texto constitucional. El origen de este evolucionado concepto de “justicia social” puede rastrearse en la encíclica de *Rerum novarum*, es ahí donde se deja entrever por primera vez de manera incisiva la idea de “justicia social y función social de la propiedad”. Esta circunstancia no es casual sino que, para algunos autores, es producto del pensamiento católico tradicional. Específicamente, para vislumbrar la evolución del concepto en nuestra historia, debemos partir de la ideología demo liberal, con ingredientes cristianos, donde la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad aparecen como principios rectores fundamentales, que formalmente presentaba la Constitución de 1853-1860.

Muchos adjudican este fenómeno a los efectos posteriores propios de las grandes revoluciones; no por idealismo católico, sino por la preponderancia de las libertades individuales. Es así que esa estructura demo liberal se mantuvo vigente hasta que fue sacudida en sus bases por la aparición y tipificación de los conceptos pertenecientes al denominado constitucionalismo social en la estructura constitucional; en nuestro caso, a partir de la reforma constitucional del 57, y con anterioridad en la “fallida” reforma de 1949.

Sin embargo, para algunos autores, el origen del Estado social es anterior a la incorporación del artículo 14 bis, situándose a partir de, por un lado, la vasta incorporación de leyes sociales y, por el otro lado, el sacrificio de ciertos derechos individuales en pro del interés general. Pero ha sido la aparición de nuevos criterios, o mejor dicho, la mala interpretación de los mismos, la que ha generado el sobre-dimensionamiento del Estado, transformándose en un Estado de corte netamente intervencionista y culminando con la crisis de la que todos fuimos testigos.

Por lo tanto, en poco más de una centuria, el Estado argentino pasó de una posición liberal abstencionista a un Estado intervencionista, todo ello bajo el régimen legal de una misma y única Constitución Nacional. Ahora bien, la única manera de explicar el camino que transitó nuestra carta magna es a través de los vuelcos de interpretación ideológica que se le dio al texto.

Con posterioridad, en 1994, se decidió encarar una nueva reforma constitucional vía convención constituyente. En el acuerdo político marco del que surgió la necesidad y acuerdo sobre el alcance de la reforma se decidió mantener intacta la parte dogmática de la Constitución Nacional.

Aun cuando suele creerse que, por encontrarse limitada la reforma a la parte orgánica de nuestra ley fundamental, el objeto de la misma se iba a dirigir únicamente a introducir modificaciones al funcionamiento de los poderes del Estado; sin embargo, en una lectura más profunda, la reforma puede darnos la estructura, sentar las bases para la sociedad argentina del siglo XXI.

Muchos autores, cuya opinión compartimos, han definido a la Constitución Nacional luego de la reforma de 1994 como una ley en blanco, toda vez que incorporó, por un lado, un número significativo de derechos, estructuras y conceptos ideológicos que, o bien aún no han sido reglamentados para su ejercicio, o bien no se han dictado las correspon-

dientes leyes orgánicas, y por otro lado, se incorporaron conceptos vagos que impiden descifrar la intención por la cual han sido considerados.

Como producto de dicha reforma, se incorporó en el artículo 75 inciso 19, de la Constitución Nacional, texto vigente según la última reforma de 1994, el destacado concepto de “justicia social”.

Textualmente, en su primer párrafo el artículo de referencia prescribe: “Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento...”.

Pero cabe recordar una vez más que no hay “justicia social” sin “bien común”, sin distribución equitativa de los beneficios, sin seguridad social para los individuos, sin equidad, sin libertad, sin igualdad ante la ley. Y que sin “justicia social” el hombre deja de ser el protagonista del mercado y lo sitúa al libre arbitrio de la eficiencia de sus relaciones en este contexto.

La “mano invisible” que rige el mercado adquiere en el contexto del Estado social una estructura orgánica aglutinada bajo la noción de Estado.

XI. EL LENGUAJE NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN REFORMADA

La reforma constitucional de 1994 ha sido muy rica en la incorporación de principios ideológicos. El catálogo de derechos declarados y de garantías se ha ampliado apuntando al valor de la “solidaridad”. La “participación” es otro de los valores afirmados, haciendo a la Constitución más democrática. Ha afirmado también el constituyente un concepto más social y material de la igualdad, que viene a completar el concepto de igualdad formal del artículo 16 con un nuevo criterio interpretativo, cual es el de la “igualdad de oportunidades” que aparece repetido en distintas partes del texto y en la consagración de “acciones positivas” que tendrá a su cargo el Estado para combatir toda forma de discriminación (artículo 75, inciso 23).

El “tono” general de la reforma, en lo ideológico, se ha corrido más hacia la afirmación de principios del Estado social que del constitucionalismo liberal. El ingreso de una cantidad de principios que no estaban ex-

presamente consagrados en el texto se da por cantidad de tratados internacionales que pasan a tener “jerarquía constitucional” (artículo 75, inciso 22) y que, por la época en que dichos tratados fueron suscriptos, se enmarcan claramente en la etapa del constitucionalismo social de posguerra y anterior a la crisis mundial del petróleo que trajo también aparejada la crisis del Estado social de derecho.

Resulta también paradójico que estos principios hayan sido afirmados por el constituyente el pleno tiempo de “ajuste” hacia un pretendido modelo de Estado “neoliberal”. No hay, en cambio, en la reforma reciente, ningún artículo que proclame la libertad económica, ni la economía de mercado.

No aparece un “programa constitucional” como exhibió la Constitución histórica, no aparece el “telos” ni el “modelo” del texto constitucional; por el contrario, y como dijimos al principio, hay muchos aspectos fundamentales que quedaron sin definirse y con el riesgo, potencial o real, de lo que pueda ocurrir.

Los dos principios incorporados que tienen más importancia en materia económica son el derecho al medio ambiente (artículo 41) y la integración económica latinoamericana (artículo 75, inciso 24), por su inevitable repercusión, tanto en los derechos económicos como en los principios orientadores de la política económica.

De estos principios, y de otros que consagran los derechos de usuarios y consumidores (artículo 42) así como la posibilidad de ejercitar la acción de amparo contra los titulares de servicios públicos privatizados (artículo 43), se desprende —aunque no esté claramente dicho— que se propugna un modelo de competencia, dentro del cual cabe al Estado un papel regulador para que el mercado funcione.

Pero el “núcleo” ideológico de la reforma está en el inciso 19, del artículo 75, ubicado a continuación de la “cláusula del progreso” (ex artículo 67, inciso 16). La nueva norma se ha dado en llamar “cláusula del nuevo progreso” o “cláusula del progreso económico y social” donde se establecen como valores fundamentales a “Proveer por la legislación: ... al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento...” (párrafo primero).

El término “desarrollo humano” aparece repetido en otros artículos y debe vincularse como la interpretación dada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en tanto se toma al denominado índice de desarrollo humano (IDH) para medir el grado de avance de los países, con parámetros que no sólo contemplan el crecimiento económico, sino también los niveles de educación, de ocupación, de vivienda, de cultura, etc. En ese mismo sentido, el término “progreso económico” se diferencia del mero crecimiento económico en tanto aquél marca simplemente diferencias en el producto bruto, en tanto el “progreso” denota una idea de avance en una dirección ética predeterminada.

El segundo párrafo plantea el objetivo del equilibrio territorial en los siguientes términos “...Proveer al crecimiento armónico de la nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas el Senado será Cámara de origen...”.

En materia de educación se establece:

...Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna, y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública y estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales... (párrafo tercero).

Y finalmente: “...Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor y el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales...”.

Es de destacar, también, que la reforma se ha basado en antecedentes diferentes a los que tuvo por vista la “Constitución histórica”. Resulta obvio señalar que el constituyente no tuvo por base documentos similares a las “Bases” ni al proyecto de la Constitución de Juan Bautista Alberdi; la reforma de 1994 tuvo principalmente en cuenta, entre otros documentos, a los “dictámenes” del denominado Consejo para la Consolidación de la Democracia y a la “reforma provisoria de 1972” impulsada por un gobierno “de facto” que pusieron el acento en la atenuación del

“hiperpresidencialismo”, el primero, y en la agilización de las funciones del Congreso, el segundo; entre otros importantes aspectos.

Pero el dato más importante a destacar en este sentido es que la Constitución histórica recibió en su interpretación la influencia del constitucionalismo estadounidense por la jurisprudencia de la “Supreme Court” y por los escritos doctrinarios, especialmente los recopilados en “El Federalista” por Madison, Hamilton y Jay. No pocas veces se ha afirmado que la Constitución argentina ha sido “vacuada” sobre los moldes de la norteamericana, tema que fue objeto de una aguda polémica entre Alberdi y Sarmiento. La influencia de la jurisprudencia norteamericana sobre nuestra Corte Suprema ha sido muy importante y, en muchos temas, han seguido líneas paralelas, como ha ocurrido, por ejemplo con la doctrina del “poder de policía”.

La reforma de 1994 estuvo, en cambio, muy influida por el constitucionalismo europeo en el diseño de las nuevas instituciones propuestas (por ejemplo: Defensor del Pueblo, Nuevas Garantías, etcétera) y entre éstas, ha tenido una marcada influencia la Constitución Española de 1978, que ha servido de base y modelo para la redacción de distintos artículos. En ese sentido, mientras la Constitución histórica adscribe al liberalismo individualista, la Constitución Española, una de las más recientes de Europa, proclama un Estado social y democrático de derecho (artículo 1.1).

No sólo se reformó una cantidad importante de artículos y se agregaron nuevas disposiciones, sino que también se ha modificado el “lenguaje”; el estilo claro y abierto que caracterizaba a la norma fundamental que habían redactado Benjamín Gorostiaga y Juan María Gutiérrez, principalmente. Estas razones han hecho frecuente el uso de la expresión “nueva Constitución” y nos lleva a plantearnos si se trata de una Constitución nueva o reformada. Para nosotros está claro que debe hablarse de la “Constitución reformada”, no solamente porque se trató de un caso de ejercicio de poder constituyente derivado (artículo 30, Constitución Nacional) sino porque expresamente fue jurada la Constitución Nacional de 1853, con las reformas de 1860; 1866; 1898; 1957 y 1994, legitimándose la reforma de 1957 y excluyendo la de 1949.

Para nosotros no se trata solamente de una cuestión terminológica. En efecto, según se trate de una u otra cosa, cambiará la interpretación de la misma. Si se trata de una Constitución “nueva”, debiera centrarse la in-

interpretación en los nuevos principios incorporados, en tanto que tratándose, como es el caso, de la Constitución histórica reformada, los nuevos principios deben interpretarse a la luz de los primeros y buscando el sentido que los complementa y adapta, sin perder la dirección original. Esta otra razón nos reafirma, aún más, en el criterio de interpretar que estamos ante una norma reformada y no ante una norma nueva.

Dicho todo esto, y tomando como premisa el carácter “liberal” de la Constitución de 1853, con algún ingrediente “social” proveniente de la reforma constitucional de 1957 y una influencia “católica tradicional”, si aceptamos la posición de Sagüés de acuerdo con lo ya analizado, corresponde ahora determinar cuál es la ideología predominante en nuestra Constitución Nacional después del paso del constituyente de 1994, con su impronta aún más social, afirmadora del concepto de “desarrollo humano”, de la “justicia social” y de la “igualdad real de oportunidades”, al tiempo que consagra un derecho constitucional al “ambiente sano y equilibrado para las generaciones actuales y futuras” (artículo 41), determina una componente ecológica que no sólo es obligación del Estado sino también, y fundamentalmente, una postura ética. El pensamiento católico tradicional, por su parte, parece haber sufrido un retraimiento al eliminarse el requisito confesional para ser presidente de la nación y al haberse desarrollado una “moral pública”, no necesariamente identificada con el cristianismo.

¿Cuál es entonces actualmente el ideario constitucional argentino?, cabe preguntarse. ¿Cuáles son los principios dominantes entre tanta confluencia de ideas?

Creemos que, si bien la respuesta debe buscarse en los principios expresados en el texto constitucional, ellos no deben independizarse de una realidad circundante, de carácter sociológico, según gusta decir Bidart Campos, y que abarca la experiencia histórica, las preferencias sociales y el sentimiento colectivo. Por todas las razones expuestas, bien puede concluirse, a nuestro juicio, que el “constitucionalismo social” resalta en la Constitución argentina.

Pero es de advertir que el término no debe interpretarse bajo el estigma de izquierdas o derechas, superadas por la historia y las mismas realidades, como bien lo enseñara Norberto Bobbio. Por el contrario, en la Constitución argentina, el constitucionalismo social sólo se entiende dentro, y no fuera, de la economía de mercado, como una continuidad “racional” del Estado liberal, reiterando lo expresado por Vanossi. De

ese modo, el contitucionalismo social argentino es una síntesis del pensamiento constitucional que no contradice ni desecha los principios liberales, sino que los afirma en el sentido del Nuevo Estado: el modelo de competencia.

Pocas dudas pueden haber sobre la afirmación en cuanto a que el constitucionalismo se encuentra ligado con el sistema capitalista. No sólo por sus orígenes, sino también porque el muro de Berlín ha caído, y con él también las utopías que pretendieron alejar al desarrollo económico de su intrínseca relación con el Estado de derecho. Ya Maurice Duverger había señalado, años atrás, que era la economía de mercado la que se correspondía con el sistema democrático al priorizar, ambos, la libertad. La experiencia también demuestra que los niveles más altos de desarrollo se dan en aquellos países que guardan una adecuada correlación entre libertad económica y libertad política, como se desprende de los informes del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), donde se afirma:

Es claro, al menos, que en la actualidad, los países que registran un mejor desempeño económico (medido de acuerdo por el PBI o el IDH) son también aquellos con una mayor dosis de libertad. E inclusive en países en donde el desarrollo económico y la libertad no han ido a la par durante algunos periodos (como el europeo oriental y el norte de Asia), ahora uno y otra se están acercando...

Hoy la opción se da dentro del sistema capitalista, para determinar qué tipo de capitalismo queremos, uno que tenga al hombre como protagonista u otro que someta todo a la decisión del mercado.

Esta opción ha sido planteada con gran lucidez por Michel Albert en su difundida obra “Capitalismo contra capitalismo”, donde se plantea este debate. De ese modo el “neoliberalismo” es entendido como una revalorización de la economía de mercado que recoge los aportes del Estado social de derecho en orden a corregir las deformaciones y desigualdades que el mercado produce y a realizar una sociedad más justa y equitativa. En la *Teoría de la justicia*, de John Rawls, se desarrolla y fundamenta esta importante cuestión. Es en este marco ideológico donde se aboga por una relación adecuada entre “transformación económica y seguridad jurídica”, que coordine el principio económico de la eficacia con un Estado eficiente para asegurar los valores sociales porque, como bien señalara Octavio Paz, “el mercado sirve para fijar precios, pero no valores sociales”.

Es por eso que el ideario constitucional argentino no se ha modificado sino que se ha completado a la luz de los aportes doctrinarios y de la necesidad de los tiempos, sin perder el norte libertario abierto en la gesta de Mayo y grabado en el texto constitucional de 1853 en favor de la libertad y la iniciativa individual. Hoy, la preocupación por el desarrollo humano pone su impronta definitoria en el texto para elegir un capitalismo con rostro humano frente al economicismo del ajuste por el ajuste mismo. En esa línea también aparece el nuevo pensamiento de la doctrina de la Iglesia católica que, a partir de la encíclica “Centessimus Annus”, de Juan Pablo II, reivindica el papel de la iniciativa individual en el desarrollo económico.

Finalizamos citando nuevamente a Octavio Paz:

...Hoy vivimos el alba de la libertad... ¿Cómo construir la casa universal de la libertad? Algunos nos dicen: ¿No olvidan ustedes a la justicia? Respondo: la libertad, para realizarse plenamente, es inseparable de la justicia. La libertad sin justicia degenera en anarquía y termina en despotismo. Pero asimismo: sin libertad no hay verdadera justicia.

XII. EL ESTADO POSBENEFADOR Y LA SOCIEDAD POSINDUSTRIAL

En el capítulo anterior se describió cómo sobrevino la denominada “crisis del Estado de bienestar” ante la imposibilidad de hacer frente a las innumerables demandas sociales en razón de las restricciones económicas surgidas a partir de la crisis. El nuevo modelo estatal prevaleciente en Occidente combinó los principios neoliberales en una síntesis entre el capitalismo clásico y la idea de justicia social o solidaridad proveniente de la etapa del “Estado benefactor”. Pero el nuevo modelo toma como base el sistema de economía de mercado y pone su punto de atención en el equilibrio fiscal: no se pueden gastar los recursos que no se tienen.

El Estado social de derecho se fundó en cambios en la concepción del gasto público motorizador de la economía, según lo formulara el inglés John M. Keynes, conforme la política aplicada en el “Welfare State”; que en los Estados Unidos encontrara su propia versión en el “New Deal” propuesto por el presidente Franklin Delano Roosevelt en la década de los treinta.

Pero en la década de los setenta se inicia la crisis del “Welfare State” y en los ochenta cae el muro de Berlín, culminando la Guerra Fría y las

tensiones entre los distintos modelos: el capitalismo y las economías centralizadas.

El capitalismo triunfante se enmarca en una nueva era que ha sido denominada de manera diversa por distintos autores que coinciden, en cambio, en cuanto a la similitud de sus características.

Alvin Toffler, en *La tercera ola*, escrita en los años setenta, realizaba una visión futurista de la sociedad posindustrial caracterizada por el fin de la fabricación masiva en reemplazo por la “empresa flexible”, un crecimiento de la economía por el sector de los servicios, un gran desarrollo en el área electrónica y de comunicaciones y un desconcierto de la relación entre productores y consumidores, otrora diferenciados; sin pretender exactitudes indispensables en estos casos, puede afirmarse que Toffler acertó bastante en las predicciones sobre una organización social que va dejando los hábitos impuestos por un modelo de producción inoperante en el siglo XXI. El cambio no es solamente el de la chimenea por la computadora, sino también el de una organización social y económica donde no sólo interesa la producción sino también, y en especial modo, la protección de los consumidores. Todos somos en definitiva consumidores en la democracia capitalista.

A estos aspectos se ha referido también con agudeza Daniel Bell al escribir sobre la estructura de la sociedad posindustrial, donde el Estado no aparece ya en un papel hegemónico sino arbitrando y canalizando el conflicto. Planteos similares sobre el papel del Estado en el buen capitalismo son los realizados por Anthony De Jassay en su obra “El Estado” y por parte de la doctrina alemana.

En su obra *Para una política económica democrática*, Bruno S. Frey va al fondo de esta cuestión al interpretar el importante papel que juegan las tendencias y preferencias de los consumidores en la decisión de la política económica.

No es extraño por ese motivo que el nuevo Estado ponga énfasis en la defensa del medio ambiente y de los consumidores.

En su obra *Capitalismo vs. capitalismo*, M. Albert coloca la discusión en su punto planteando la opción entre un capitalismo meramente mercantilista a un capitalismo con sentido social, contemplando al hombre no como objeto sino como sujeto y actor fundamental de toda actividad social, cultural, económica y política.

Subyace la idea de Kant: el hombre es un fin en sí mismo y no un medio para otros fines.

XIII. EPÍLOGO SOBRE LA CRISIS RECIENTE

La crisis económica reciente que tanto nos conmueve, da lugar a reflexiones sobre el papel

del Estado en la economía y, en consecuencia, a la vinculación del derecho constitucional en tal problema.

Hace ya muchos años que Juan Bautista Alberdi explicara la naturaleza de las crisis en sus *Escritos económicos*: “Las crisis son un mal moderno nacidas y coetáneas del crédito...”.

Nacen del pánico y del escepticismo, más que de la destrucción de capital efectivo. Se curan naturalmente por el renacimiento de la confianza, es decir de la creencia, del crédito. Desde que el pueblo cree, ya tiene fondos y recursos.

Las crisis no se explican por las estadísticas y los números, sino en sus efectos, que son reales, aunque sus causas no lo sean, son como las enfermedades, desórdenes de la vida, que no tienen cuerpo ni existencia apreciable ni propia, como las enfermedades imaginarias, que no por ser irreales dejan de ser capaces de dar muerte. Vienen muchas veces por sí mismas, y se van por sus propias leyes naturales o excepcionales.

“Una crisis es el estado anormal de un mercado que, como un solo mercader, cae todo entero en apuros de dinero, suspende sus pagos, quiebra, se liquida, se arruina, por mala conducta, malos cálculos, malas empresas o malos tiempos naturales o políticos”.

En nuestros días, el gobierno de Estados Unidos ha implementado un colosal operativo de “salvataje” a través de medidas intervencionistas aprobadas por el Congreso que incluyen la privatización de bancos como el City Group e inclusive, la inyección de dinero del Estado para sostener a la banca privada.

En el ámbito de la Unión Europea se han impulsado medidas de estímulo, aun cuando se advierten diferencias sobre el alcance que deben tener tales ayudas. El gobierno además, por un lado, se ha manifestado en contra de extender la ayuda a los países del Este con el fin de no debilitar los fondos del Banco Central Europeo.

El centro del debate ha sido ocupado por John Maynard Keynes y su teoría recomienda la acción de Estado como motorizador de la economía en tiempo de depresión o de crisis para reactivar el ciclo económico. También el “New Deal” de Franklin D. Roosevelt después de la gran depresión

en Estados Unidos durante la década de los treinta del siglo pasado ha sido materia de especial análisis al igual que el “Plan Marshall” para Europa después de la Segunda Guerra Mundial, como ejemplo de intervención, o “ayuda externa” para fortalecer el funcionamiento de la democracia y de la economía de mercado como cara de la libertad política.

En un momento, la influencia keynesiana, alimento el denominado “constitucionalismo social” si bien intervinieron otros partidos políticos como fue la necesidad del Estado liberal de derecho de dar respuesta a las demandas igualitarias impulsadas por el comunismo (desde la izquierda) y el fascismo (desde la derecha).

Bajo el influjo de tales corrientes, las constituciones ampliaron, sus cláusulas no solamente para incorporar catálogos de nuevos derechos sino también para definir el papel promotor de los órganos del Estado y crear los mecanismos de control.

Ha destacado Vanossi que el tránsito del constitucionalismo liberal al constitucionalismo social se verifica por el cumplimiento de dos principios: 1) El presupuesto racional del estado de derecho. 2) El cumplimiento de la regla conforme a la cual, a todo acrecentamiento del poder corresponder un consecuente reforzamiento de los controles, de las garantías y de las responsabilidades.

En muchas cosas, el constitucionalismo social fue acompañado de normas constitucionales reguladoras de los derechos económicos, como así también de normas de atribución y de reparto de competencias enfocada en el reordenamiento de la economía, dando lugar a la llamada “Constitución económica” como parte de la Constitución Política del Estado y realizando así también la importancia de lo económico.

De este modo, fueron materia de tratamiento constitucional la propiedad, el mercado, los organismos de control, el sector público de la economía, el presupuesto y el control del gasto público y en algunos casos, inclusive, las constituciones han definido el modelo económico; sea de economía libre o planificada o mixta.

La crisis de los años setenta del siglo pasado, vinculada con el petróleo puso en cuestión al modelo del Estado benefactor, originando la llamada “crisis del fisco” y cuestionando severamente la inclusión de cláusulas en las constituciones que requerían de un difícil compromiso por parte de los Estados para su cumplimiento, generando la consecuente pérdida de credibilidad y, también, de legitimidad.

Frente a esto, el neoliberalismo no solamente propicio, en reiteradas ocasiones, un mayor vigor que también sostuvo la necesidad de adecuar la acción estatal al superávit fiscal, combatiendo el déficit y el endeudamiento público como males a superar.

En los Estados Unidos comenzó a cobrar importancia el llamado análisis económico del derecho (AED) movimiento iniciado en la Escuela de Derecho de Chicago y de Yale, a través de distintas versiones que de manera sintética podría caracterizarse como un “enfoque” que recomendaba a los “operadores jurídicos” (jueces y abogados) aplicar en sus juicios y razonamientos las metodologías propias de la ciencia económica.

En un importante trabajo presentado en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de la República Argentina, el Académico Jorge Reinaldo A. Vanossi se previene del peligro que el AED pretenda imponer la econometría por encima del derecho, admitiendo asimismo que, en ese caso, anular disciplinas saldrían devaluadas.

Por eso es que se encarga de señalar en el trabajo antes citado, que el AED no es una “teoría”, ni puede pretender las ambiciones de una “doctrina”, tampoco reúne las potencialidades de una “metodología”. ¿Qué es?, es una herramienta o instrumento para obtener un “enfoque”, o si se quiere, un nuevo y más amplio enfoque de los fenómenos sociales, a cuyo ámbito pertenecen tanto la economía como el derecho, y muchos otros más de la actividad humana.

Al respecto, el denominado ADE ha adquirido un desenvolvimiento y una gravitación en el ámbito jurídico y demás disciplinas de las ciencias sociales, que obliga a una consideración ponderada de sus méritos, pero también de sus límites.

Ello así, por cuanto se observa una proclividad a encararlo desde dos extremos opuestos: por un lado, la adhesión incondicional, sometiendo el derecho a la primacía absoluta de la economía, lo que se traduce en forjar una suerte de “fundamentalismo”, con todas las secuelas y connotaciones que ello implica, y por otra parte, el rechazo *in limine* o la demostración lisa y llana del factor económico en la escrutación de los problemas jurídicos, lo que conlleva a una perspectiva incompleta, a veces errónea, o por lo menos vulnerable de los *issues* que tienen origen, sustentación y resolución en los planos normativos y hermenéuticos.

La postura de este autor responde a una inquietud de equilibrio y objetividad, partiendo de la interdependencia de las “ciencias sociales” y si-

tuando por ello a los estudios de “*Law & Economics*” como un valioso enfoque del tema, sin perjuicio de subrayar las vertientes de doctrina que lo impulsaron y de la ya inocultable variedad de matices y de orientaciones que han surgido alrededor de una escuela que no está y no tiene por qué estar “unificada” en su pensamiento, ni tiene — tampoco — el don de la infalibilidad en la formulación concreta de sus enunciados.

Varios años atrás, los estudios de Anthony Downs en su *Teoría económica de la democracia* pretendían explicar el comportamiento racional colectivo frente al voto, tema que ha sido materia predilecta de muchos analistas y, más recientemente, como el Premio Nobel Gary Becker, basan el comportamiento humano individual y colectivo en reglas de razonamiento lógicas, similares a las del mercado. No se han reducido esas corrientes de pensamiento al mercado electoral y al de la representación partidaria, sino también se han internado en la propia justificación del Estado y de sus funciones, proponiendo limitarlas al mínimo, y aun, suprimirlo.

No voy a abundar en todas las tesis y posiciones que han demostrado la inexistencia de una racionalidad colectiva en sí misma y que llevaron al propio Rousseau a recurrir a una premisa meramente idealista como la idea de la voluntad general, y al análisis de los distintos métodos y técnicas utilizables en una democracia, como la “regla de la mayoría”, que tampoco coincide plenamente con el ideal democrático, ni se puede explicar en términos puros de la tan pretendida, buscada e inalcanzable racionalidad colectiva.

Esa pretensión, ha dado lugar a la aparición ocasional de algunos “intérpretes” de la voluntad popular, bajo cuyo auspicio y albergue han tenido cabida los más oscuros designios. De allí resulta con toda evidencia lo acertado de la apreciación de Norberto Bobbio: considerar la democracia como un conjunto de reglas de procedimiento consideradas valiosas en sí mismas. Revalorando la máxima kantiana, se trata de un problema de medios y no de fines; por ese camino renace la fe en el futuro de la democracia.

El reduccionismo economicista también ha procurado explicar los fundamentos mismos de la justificación del Estado, de sus funciones, de la obligación política y de la legitimidad. No parecen haber dudas de que en esa visión ha influido una fuerte impronta ideológica oculta bajo un pretendido ropaje científico, sostenedora del denominado “neoliberalismo”,

que ha impulsado con especial fervor las corrientes del análisis económico en la ciencia política y en el derecho. Autores como Buchanan y Tullock han contribuido a la reformulación de las funciones del Estado y hasta en la reformulación del mismo derecho de propiedad.

El Estado ideal sería una versión renovada del “Estado gendarme”, denominado ahora “Estado mínimo” o “ultra mínimo” en términos de Robert Nozick. La conducta humana estaría guiada por el “auto interés”, generando reglas de comportamiento colectivo que favorecerían la organización social a través de la competencia en el mercado. La función del Estado y la función de los jueces es sólo la de asegurar la competencia, tratando de que el mercado funcione por sí mismo. La intervención y alteración de ese principio sólo se justificaría ante la presencia de “externalidades” (concepto económico).

Llevada a extremos simplificados, las corrientes de la *Public Choice* y del *Law and Economics* reeditan la fe en la “mano invisible” de Adam Smith. Sobre ella no hay tampoco explicaciones racionales que justifiquen su funcionamiento y, especialmente, las distorsiones que genera en términos de monopolios y desigualdades en la distribución de bienes y en la acumulación de capital.

Los liberales insisten en la validez de la receta y afirman que nunca se ha tenido la oportunidad de ver funcionar libremente la economía de mercado, permitiendo que ella misma, a la larga, corrija sus propias distorsiones. Llevado a términos absolutos, el reino total del mercado implicaría la desaparición del Estado o su reemplazo por aquél.

En el fondo, la cuestión es tan utópica como lo fue la pretensión marxista de abolir el Estado una vez que el materialismo dialéctico determinara inexorablemente que la “dictadura del proletariado” hubiese concluido su ciclo histórico. En verdad, la historia, que es el gran laboratorio de las ciencias sociales, ha enseñado que, guste o no guste, el Estado es cuando menos, un mal necesario, imprescindible para que sea posible la organización social.

Qué tipo de Estado se prefiere es ya una cuestión ideológica. Vanossi ha presentado una larga lista de ejemplos: Estado gendarme, liberal, burgués, social, benefactor, de bienestar, empresario, intervencionista, regulador, burocrático-autoritario, aristocrático, etcétera; pero de lo que no se ha podido nunca prescindir es de su necesidad y existencia como arbitro

de las relaciones sociales y asegurador del orden en el territorio, como promotor de las reglas de juego, como garante de las libertades, etcétera.

Por eso es que esta crisis presenta un desafío mayor al hablarse del “fin de la historia”, el “fin del Estado” y vislumbrar, incluso, una globalización de contenidos informáticos, electrónicos y financieros, para poder imaginar una realidad virtual de empresas multinacionales rigiendo nuestros destinos.

La pregunta que uno podría formularse es ¿qué nos llevo a esta crisis de la crisis del Estado? ¿Qué justifica y da fundamento a las nuevas teorías? ¿Sobrevivirá el Estado? ¿Cuál será el destino de las constituciones y del derecho constitucional?

Por más importantes e inimaginables que fuesen todas las transformaciones e innovaciones técnicas, no estamos viviendo cambios en la naturaleza humana, que también cambia en alguna medida, evoluciona, pero no de forma vertiginosa ni subrepticia.

El Estado se encuentra ubicado en el plano de la fenomenología, existe porque el hombre existe y porque es, por naturaleza, un ser social. Seguirá existiendo, por principio, más allá de las consideraciones particulares sobre sus características.

Tengo la misma apreciación con respecto a la Constitución y al derecho constitucional, ya que si bien existe una diferencia importante en cuanto a su existencia en la historia del hombre (reducida a los apenas algo más de doscientos años desde las grandes revoluciones, la norteamericana y la francesa, en ese orden, según muy bien lo ha demostrado Annah Arendt en su ensayo sobre la revolución) y reducida a un universo cultural propio y definido formado por los países que denominamos “occidentales”, ya sea que respondan a la cultura jurídica anglosajona o al denominado “derecho continental” europeo, subyace una raíz romanista común que los identifica.

Pero concedida esa válida salvedad en cuanto al escaso tiempo del constitucionalismo en la historia del hombre, circunstancia que no nos permite calificarlo como un epifenómeno perenne —como el Estado— sino como una creación de la cultura; no obsta ello a observar que en todo caso es un avance en el desarrollo de la civilización que significa una incorporación al patrimonio cultural.

Así también puede señalarse desde un punto de vista antropológico, que si bien el Estado como fenómeno es antiquísimo, su concepción

científica, ligada al racionalismo, se encuentra a finales de la Edad Media y en las puertas de la modernidad; es decir, algo más antigua que el constitucionalismo en términos históricos, toda vez que el constitucionalismo descansa sobre ideales democráticos y sobre fundamentos racionalistas originados en el iluminismo y aún no superados, como por ejemplo, las tesis contractualistas o pactistas que fundamentan la legitimidad de la obligación política.

La Constitución, como una creación cultural, ha evolucionado con la civilización, a tal punto que hoy existe una asimilación conceptual muy cercana entre la teoría de la Constitución y la teoría de la democracia, de manera que la primera viene a ser el sostén formal —normativo— de aquella. El tema será desarrollado posteriormente, pero basta señalar que en nuestros días, cualquier ejercicio de poder constituyente que no respete los derechos humanos, no sería considerado legítimo.

No se trata aquí de hacer predicciones ni futurología, tema siempre fácil toda vez que los contemporáneos no tienen la posibilidad de juzgar el futuro —como también tienen mucha dificultad para comprender su propia contemporaneidad— sino, apenas, de tener la certeza sobre el pasado que brinda el conocimiento de la historia, auxiliar indispensable en el ámbito de nuestra especialidad.

Nuestro interés es el análisis intelectual de un verdadero problema de ingeniería constitucional —parafraseando a Sartori—, no se trata de una pretensión fundacional sino de acercar aportes, reflexiones y puntos de vista a un debate fundamental que, dadas las circunstancias, bien puede considerarse el último gran debate del siglo.

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL POR EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL*

Marcelo FIGUEIREDO**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El Supremo Tribunal Federal y la Constitución brasileña de 1988*.

I. INTRODUCCIÓN

Con el presente artículo, tenemos por objetivo responder a la cuestión propuesta en este seminario:¹

¿La interpretación, en cualquiera de sus modalidades, en particular la interpretación judicial constitucional, ha contribuido a la democratización? ¿Qué decisiones o casos relevantes han sido cruciales para impulsar la democratización?

Evidentemente, para responder estas cuestiones necesitamos circunscribir en el tiempo y en el espacio un periodo determinado, y enfocar nuestra atención en algunos casos que elegimos como los más significativos.

Como sabemos, el Supremo Tribunal Federal (STF) en Brasil es el órgano de cúpula del Poder Judicial, y también la última palabra jurisdiccional en materia de interpretación constitucional.

* Respecto a la evolución político constitucional de América del Sur en el periodo de 1976-2005", consultar la obra "La evolución político-constitucional de América del Sur 1976-2005" coordinada por Humberto Nogueira Alcalá, con presentación de Jorge Carpizo, Chile, Editora Librotecnia, 2009, en especial nuestro trabajo, en la misma obra, titulado, *La evolución político-constitucional de Brasil*, pp. 151-203.

** Abogado y profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica de San Pablo.

1 Ribeiro Bastos, Celso, *Hermenéutica e interpretación constitucional*, 3a. ed.

Brasil adopta un sistema amplio de control de constitucionalidad, donde las personas tienen innumerables posibilidades de acceso a la jurisdicción constitucional. Pueden alegar la materia constitucional ante cualquier juez del país, ya sea en el polo activo, o en el polo pasivo (control difuso), y hay también el control concentrado (abstracto).

Por intermedio de él, determinadas organizaciones como partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, el Consejo Federal del Orden de los Abogados de Brasil, el Presidente de la República, el Procurador General de la República, Gobernadores de Estado y confederaciones sindicales o entidades de clase de ámbito nacional pueden directamente provocar al Supremo Tribunal Federal, llevando una cuestión a su análisis.

Retornando a la cuestión inicial, enunciarnos cual sea el criterio o metodología utilizada para identificar tales decisiones del Supremo Tribunal Federal. Básicamente, fueron dos. El primero, temporal. Seleccionamos decisiones de 1988 hasta hoy, porque la Constitución marco del proceso de democratización en Brasil fue exactamente la Constitución de 1988. Así, salvo una única excepción, no analizamos la jurisprudencia anterior a 1988.

El segundo criterio fue pragmático. Escogimos decisiones que en la óptica del propio Supremo Tribunal Federal afectan, de un modo o de otro, el proceso democrático que la Constitución brasileña trata de defender y perfeccionar.²

² La Constitución brasileña de 1988, a ejemplo de los modelos portugués y español, enuncia en su artículo 1o. que la República Federativa de Brasil se constituye en Estado *democrático* de derecho y tiene como fundamentos la soberanía, la *ciudadanía* y la *dignidad* de la persona humana.

Así, es comprensible que existan decisiones judiciales que traten de combatir las violaciones al proceso democrático, resaltando y protegiendo los derechos fundamentales, la ciudadanía y la dignidad de la persona humana.

Es decir, violaciones de los derechos fundamentales de la persona humana en último análisis comprometen el ambiente y el *proceso democrático* delineado por la Constitución.

No parece ser el caso de enunciar, en detalles, cómo la *doctrina brasileña* enfrenta el tema de la *interpretación constitucional*, ya que el foco es la jurisprudencia. Sin embargo, para situar al lector, no podemos dejar de hacer breves consideraciones a ese respecto, o por lo menos referir cuáles son los métodos más citados en la doctrina brasileña, en el ítem referente a la interpretación constitucional.

Por fin, no es por casualidad que las decisiones seleccionadas, en su mayoría, conciernen a la aplicación, eficacia y posibilidad de ejecución de derechos fundamentales.

En relación con los métodos, hay mucha popularidad en Brasil de los métodos enumerados por Bockenforde: método hermenéutico clásico, método tópico-problemático, método científico-realista, método hermenéutico-concretizador. Véase, por todos, Paulo Benavides.³

De los portugueses, resaltamos siempre la gran influencia de Canotilho y Jorge Miranda;⁴ entre los alemanes, registramos la influencia de Hesse⁵ y Peter Haberle,⁶ Muller y Alexy.⁷

Tan importante como los métodos es la forma por la cual están siendo aplicados en Brasil, lo que llevó a Virgilio Afonso da Silva a criticar lo que llama “sincretismo metodológico”, característico de la actual fase de la discusión sobre interpretación constitucional, impidiendo que se avance en la discusión sobre el tema el hecho de que esos métodos sean apenas resumidamente explicados —no raramente con base apenas en la obra de Canotilho— sin que se llegue a ninguna conclusión sobre la rela-

Los autores contemporáneos brasileños insieren la interpretación constitucional como una especie del género interpretación jurídica. Ven en la interpretación constitucional una forma de concretar la propia voluntad constitucional.

La mayoría de los autores recuerda los llamados postulados o axiomas presentes en la interpretación constitucional. Son ellos: a) la supremacía de la constitución; b) la unidad de la constitución; c) el principio de la mayor efectividad posible; d) armonización.

³ *Curso de derecho constitucional*, 22a. ed., Sao Paulo, 2008. Malheiros Editores, Bonavides cita: a) el método tópico de interpretación constitucional, b) el método racionalista de concretización creado por la teoría material de la Constitución; c) el método concretista de inspiración tópica entre otros métodos y técnicas de control de la constitucionalidad.

⁴ Canotilho, J. J., *Derecho constitucional y teoría de la Constitución*, 5a. ed., Almedina, Coimbra y Miranda, Jorge, *Manual de derecho constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 6 vols.

⁵ *La fuerza normativa de la Constitución*, trad. de Gilmar Mendes, Porto Alegre, SAFE, 1991.

⁶ *Hermenéutica constitucional, La sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución*, trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

⁷ Teoría de los derechos fundamentales, trad. de Virgilio Afonso da Silva, Malheiros Editores, 2008, véase también de Silva Virgilio, Afonso da, “Interpretación constitucional y sincretismo metodológico”, *Interpretación constitucional*, San Pablo, Malheiros Editores, 2005.

ción entre los diversos métodos, su aplicabilidad y, principalmente, sobre la compatibilidad entre sí.

Queda aquí apenas el registro de la existencia de los diversos cánones, axiomas, métodos y postulados, en su gran mayoría defendiendo la especificidad de la interpretación y aplicación de las normas y principios de derecho constitucional.

Parece haber una gran abertura a las lecciones de esos autores extranjeros, y de muchos otros, aunque no haya una proporcional cautelosa y prudente aproximación y adaptación a la realidad constitucional *brasileña* de sus lecciones.

Existen también autores que refuerzan la importancia de los principios y reglas constitucionales en un movimiento denominado “post-positivismo”, trayendo a colación autores norteamericanos y alemanes, como Ronald Dworkin, Ralws Alexy y Atienza.⁸

Como dijimos como “método” para responder a la cuestión inicialmente propuesta, fue pragmático. Destacamos las decisiones que, en la visión del propio Supremo Tribunal Federal, cuidan de vigilar, promover e implementar el ideal democrático en Brasil.

⁸ En ese sentido, véase Barroso, Luís Roberto, “Interpretación y Aplicación de la Constitución”, 6a. ed., San Pablo, Editora Saraiva, 2004 y Barcellos, Ana Paula de, *Ponderación, racionalidad y actividad jurisdiccional*, Río de Janeiro, Editora Renovar, 2005.

El profesor universitario de Economía de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Católica de Pernambuco distribuyó entre veintiséis alumnos, que habían asistido a clase para dar exámenes, un manifiesto contrario a la situación política vigente, sin incitación a la práctica de procesos violentos para la subversión del orden político, ni a la desobediencia colectiva o al cumplimiento de la ley.

Por eso fue preso y recibió denuncia por crímenes definidos en la ley de seguridad nacional, una legislación abiertamente favorable a la entonces dictadura militar.

Inconformado, ingresó con Hábeas-Corpus (40.910-PE) ante el Supremo Tribunal Federal, para impedir la acción penal, pues la denuncia narraría hechos que no constituían crímenes. La denuncia afirmaba que el profesor, en el ejercicio de su función, distribuyó a sus alumnos un manifiesto, con el fin de hacer propaganda de procesos violentos para la subversión del orden y propaganda de odio de clase, conducta que estaría en consonancia con las ideas comunistas del profesor, quien escribió en un pedazo de papel leyendas subversivas, “VIVA EL P.C.” (Partido Comunista).

II. EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Y LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA DE 1988

1. *Un caso anterior a 1988. Libertad de cátedra*

No se trata de retroceder en el tiempo y analizar decisiones anteriores a 1988, pues el escenario político varió enormemente con el transcurso del tiempo y con él, el propio Tribunal.

Nos gustaría apenas destacar —del periodo anterior— una única simple decisión que nos parece relevante, no sólo para destacar momentos de coraje del Supremo Tribunal Federal ante la entonces dictadura militar.

Corría 1964, como sabemos, año del golpe militar que en último análisis prolongó sus efectos por casi veinte años. Regía una legislación de excepción con normas protectivas del violento régimen político instalado.

Quien fuera contrario al régimen, o apenas su crítico, corría graves riesgos de ser procesado por la “ley de seguridad nacional”, preso, o hasta ejecutado, como ocurrió con muchos desaparecidos.

En el documento, el profesor hace crítica desfavorable a la situación política del país (1964), acentuando, al final, que a los estudiantes “les cabe una responsabilidad, una parcela de decisión de los destinos de la sociedad, y para esto tienen que optar entre “gorilizarse”,⁹ o permanecer

⁹ La expresión alude a la figura del “gorila” (animal), nombre peyorativo dado a los militares defensores o jefes del régimen de excepción que regía en aquella época en casi toda Latinoamérica.

La esperanza de un eventual progreso habría desaparecido. Más que eso, sería profundamente aburrido”.

Más adelante: “Una universidad es una especie de continua conversación socrática, al más alto nivel, con las mejores personas que se pueda imaginar y reunir, sobre las cuestiones más importantes, y se debe hacer lo posible para garantizar a tales hombres la libertad de pensar y de expresarse”.

Por su parte, el ministro Víctor Nunes Leal, en el mismo juicio, recordó el caso *Sweezy vs. New Hampshire*. El profesor Paul Sweezy, que se declaró socialista, pero no comunista, adversario de los procesos violentos de alteración del orden social y político, fue sometido a una investigación autorizada por la legislatura estadual, y de la que había quedado encargado el Ministerio Público del Estado.

En el curso de dicha investigación, fue interrogado, entre otras cosas, sobre conferencias que había proferido en el ámbito universitario. Negó que hubiera predicado la subversión del orden, pero se negó, por una cuestión de principios, a dar mayores explicaciones sobre el ejercicio de su magisterio.

seres humanos. A éstos les cabe la honra de defender la democracia y la libertad.

Fue concebido el hábeas corpus. Los siguientes extractos de los votos deben ser recordados. El Ministro Evandro Lins e Silva, recordó William O. Douglas, en la obra *The Right of the People*, combatiendo la ausencia de libertad de expresión en la Rusia Soviética y en China Comunista.

Mi tesis es que no hay libertad de expresión, en el sentido exacto del término, a menos que haya libertad para oponerse a los postulados esenciales en los que se asienta el régimen existente. El gobierno no puede privar a los ciudadanos de cualquier ramo de conocimiento, ni impedir cualquier camino para la pesquisa, ni prohibir cualquier tipo de debate. La prohibición se extiende a los debates particulares entre los ciudadanos, a los pronunciamientos públicos a través de cualquier medio de comunicación, o a la enseñanza en los salones de clases.

El espíritu de la libre pesquisa debe dominar en las escuelas y universidades.

A los profesores se les debe permitir la búsqueda de las ideas en todos los dominios.

No debe haber límites para tal discusión.

Y citando a Chafee: “Las universidades no deben ser transformadas, como en la Alemania nazista, en repetidoras de los hombres que detienen en poder político”.

Citando a Hutchins:

La civilización para la cual trabajo y estoy seguro de que trabajamos todos los americanos puede ser llamada la civilización del diálogo donde, en vez de disparar uno contra el otro cuando divergimos, debatimos los problemas, juntos. En este diálogo, no se puede tener la seguridad de que todos pensarán de la misma manera. Sería un atraso, si eso sucediera.

Al defenderse de la pena que le fue impuesta por *contempt of court*, declaró que no se valía de la cláusula de no incriminar, porque en la opinión pública norteamericana, por una distorsión explicable, quien se socorría de ese derecho quedaba inmediatamente bajo sospecha. Lo que él impugnaba, por lo tanto, era la propia ilegitimidad de la investigación oficial sobre la manera como se eximía de los deberes de la cátedra universitaria.

La crítica era desfavorable, pero no criminal. Teniendo en vista la libertad de cátedra, asegurada en la Constitución entonces vigente, se concedió la orden de hábeas-corpus por falta de justa causa para el procedimiento penal.

Decisiones como la arriba presentada desafiaban el régimen político y se constituían en una voz importante del Poder Judicial contra el Ejecutivo despótico, reafirmando la necesidad de un ambiente libre y democrático.

2. Los casos en el Supremo Tribunal Federal después de 1988

a) Libertad de manifestación del pensamiento, de creación, de expresión y de información. Imposibilidad de Restricción (ADI 869-2-DF, juzgada el 4 de agosto de 1999).

A pedido de la Asociación Nacional de Periódicos, el Procurador General de la República inició acción directa de inconstitucionalidad contra la parte final del § 2 del artículo 247 del Estatuto del Niño y del Adolescente, teniendo por objeto la expresión: “o la suspensión de la programación de la emisora hasta por dos días, así como de la publicación del periódico hasta por dos números”.

El artículo 247 disponía: “divulgar total o parcialmente, sin autorización debida, por cualquier medio de comunicación, nombre, acto o documento de procedimiento policial, administrativo o judicial relativo al niño o adolescente al que se atribuya acto de infracción:

Penal: multa de tres a veinte salarios de referencia, aplicándose el doble en caso de reincidencia.

§ 1 Incurrir en la misma pena quien exhibe, total o parcialmente, fotografía de niño o adolescente participante en acto de infracción, o cualquier ilustración a su respecto o que se refiera a actos que le sean atribuidos, de forma a permitir su identificación, directa o indirectamente.

§ 2. Si el hecho es practicado por órgano de la prensa o emisora de radio o televisión, además de la pena prevista en este artículo, la autoridad judicial podrá determinar la aprehensión de la publicación o la suspensión de la programación de la emisora hasta por dos días, así como de la publicación del periódico hasta por dos números”.

Se mantuvo que la Constitución de 1988 dispone en su artículo 5o. IX, que “es libre la expresión de las actividades intelectual, artística, científica y de comunicación, independientemente de censura o licencia”, desautorizando, expresamente, al legislador ordinario a oponer límites al prin-

cipio de la libre manifestación del pensamiento, inscribiendo, en el artículo 220, § 1, que “ninguna ley contendrá dispositivo que pueda constituir obstáculo a la plena libertad de información periodística en cualquier vehículo de comunicación social, observado lo dispuesto en el artículo 5o., IV, V, X, XIII y XIV, y todavía, al vedar en el § 2 “toda y cualquier censura de naturaleza política, ideológica y artística”.

Se afirma también que la propia ley de la prensa define detalladamente la responsabilidad penal por la práctica de ilícitos cometidos por los órganos de comunicación, la cual recae, siempre, en personas físicas, y no en un ente jurídico.

De ese modo, la aprehensión del periódico o la suspensión de su publicación son sanciones que no punen al “autor del escrito” o al responsable por la materia periodística incriminada. Punen, sí, tanto a los lectores (que se valen del periódico como un instrumento de información) como a la empresa propietaria del vehículo de comunicación.

Se afirma también que ofendido estaría el texto del artículo 5o. Inciso XLV, de la Constitución, según el cual ninguna pena pasará de la persona del condenado, y los principios de lo contradictorio, de la amplia defensa y del debido proceso legal estarían también violados con la norma impugnada.

El voto del ministro Ilmar Galvao acogió el pedido del procurador general de la República, juzgando inconstitucional la norma en cuestión (texto arriba en caracteres negritos) por entender que: a) la suspensión de la programación de radio y televisión por dos días, así como la de dos ediciones del periódico, no tiene fundamento en el interés social de garantizarle al niño y al adolescente el derecho a la dignidad y al respeto, o de ponerlos a salvo de explotación patrocinada por los medios, y b) introduce restricción previa a la libertad de prensa más grave que la censura de naturaleza política, ideológica y artística, expresamente vedada por el artículo 220, § 2 de la Constitución.

Es nítida la función social que desempeñan los órganos de comunicación social, incluso la prensa, constituyendo una poderosa defensa popular contra excesos del poder, denunciando con responsabilidad toda la información disponible para análisis de la opinión pública. Así, la decisión parece reforzar el papel de la prensa en Brasil y así consecuentemente, el proceso democrático.

b) Libertad de reunión y de manifestación pública. Limitaciones. La prohibición del uso de equipamientos de sonido en manifestaciones públicas, a título de mantener la tranquilidad durante la actividad laboral de los funcionarios públicos, lesiona o no el derecho de reunión previsto en el artículo 5o. inciso XVI, de la CF? (“todos pueden reunirse, pacíficamente, sin armas, en locales abiertos al público, independientemente de autorización, siempre y cuando no frustren otra reunión anteriormente convocada para el mismo local, siendo apenas exigido previo aviso a autoridad competente”) (acción directa de inconstitucionalidad 1969-Medida Cautelar, relator ministro Marco Aurélio, decisión del 24 de marzo de 1999).

Tres confederaciones nacionales de trabajadores y el Partido de los Trabajadores iniciaron acción directa de inconstitucionalidad contra el Decreto 20.098/99, emitido por el gobernador del Distrito Federal, que vedaba la realización de manifestaciones públicas con la utilización de autos, aparatos y objetos sonoros en el área gubernamental de Brasilia, y en las vías adyacentes.

La acción (cautelar) fue juzgada procedente para suspender, hasta decisión final, la ejecución y la aplicabilidad del Decreto 20.098/99, al argumento de que la norma del artículo 5o., inciso XVI es autoaplicable, independe de reglamentación.

Argumentó el Relator que el derecho de reunión está asociado inseparablemente a otro, de la mayor importancia en sociedades que se dicen democráticas, o vinculado a la manifestación del pensamiento. La reunión prevista en el precepto constitucional no está limitada a aquellas que se muestran silenciosas. Al contrario, la razón de ser del precepto está en la transmisión de ideas, poco importando digan ellas respecto a aspectos religiosos, culturales o políticos.

Recordó todavía Hugo Lafayette Black la Primera Enmienda en EUA, trayendo lección de Aba Fortas:

Nuestra Constitución protege, dentro de límites muy amplios, el derecho de protestar y discordar. Generosamente protege el derecho de las personas a organizarse para protestar y discordar. Ampliamente protege el derecho de reunión, de picket, de manifestaciones o demostraciones de masa popular, siempre que tales actividades sean pacíficas y que los manifestantes cumplan los justos reglamentos exigidos para la protección del público en general.

...Así, el ciudadano tiene protegido por la constitución el derecho de crítica, aunque descomedida; de protesta, aunque violento, de traer a otros a su causa y, en conjunto, de reunirse pacíficamente. El Estado debe no sólo respetar estos derechos, sino también abstenerse de punir su ejercicio. El Estado está obligado, si fuere necesario, a enviar tropas policiales o militares para proteger la manifestación...

c) Alcance de la expresión —“crimen de racismo”— ¿Los judíos son, o no, una raza, al considerar el crimen de discriminación por medio del cual el acusado fue condenado como delito de racismo? HC 82424, juzgado el 17 de setiembre de 2003. Libertad de expresión.

El acusado, escritor y socio de editora, fue condenado por el crimen de discriminación contra los judíos por editar, distribuir y vender exclusivamente obras antisemitas. Absuelto en primera instancia, la condena del acusado sólo fue posible por haber sido impedida la prescripción del crimen con fundamento en el artículo 5o., XLII, de la Constitución Federal, que determina que: “La práctica del racismo constituye crimen no afianzable e imprescriptible, sujeto a la pena de reclusión, en los términos de la ley”.

La denuncia que dio origen a la acción penal se calcó en la imputación al paciente del crimen de racismo, artículo 20 de la Ley 8.081/90: “Practicar, inducir o incitar, por los medios de comunicación social o por publicación de cualquier naturaleza, la discriminación o prejuicio de raza, por religión, etnia o procedencia nacional”.

De ella consta la edición y distribución de obras de autores brasileños y extranjeros con mensajes antisemitas, visando incitar e inducir la discriminación racial, sembrando en los lectores sentimientos de odio, desprecio y prejuicio contra el pueblo de origen judaico.

En primera instancia, el pedido formulado por el Ministerio Público fue juzgado improcedente, consignándose, en sentencia, el ejercicio de la libertad de expresión.

El Tribunal de Justicia del Estado de Río Grande do Sul proveyó el recurso del Ministerio Público, condenando al paciente a la pena de reclusión de dos años, con sursis por cuatro años y a la destrucción del material aprehendido. La decisión quedó así enmendada:

Racismo. Edición y venta de libros haciendo apología de ideas prejuiciosas y discriminatorias. Artículo 20 de la Ley 7.716/89. Límites constitucio-

nales de la libertad de expresión. Crimen imprescriptible. Sentencia absolutoria reformada.

En el Superior Tribunal de Justicia, vencido el ministro Edson Vidigal, la impetración del hábeas-corpus no fructificó. Entendió el Tribunal que la condenación fue correcta por crimen contra la comunidad judaica y que el argumento según el cual los judíos no serían una raza, no podría ser aceptado para conceder el hábeas corpus.

Inconformado, el paciente fue al Supremo Tribunal Federal, sustentando que fue condenado por el crimen de discriminación contra judíos, tipificado en la Ley 7.716/89, con la redacción de la Ley 8.081/90, y no por el de racismo, este sí, imprescriptible, de acuerdo con el artículo 5o., inciso XLII, de la CF. Alega que no revelando los judíos la existencia de una “raza”, al paciente le fue erróneamente imputado el crimen de “racismo”.

El relator, ministro Moreira Alves, votó en el sentido de la procedencia de los argumentos traídos por los impetrantes, asentando no formar los judíos una raza, quedando descartada, así, la hipótesis constitucional de la imprescriptibilidad. Mencionó conferencia proferida el 15 de febrero de 1998 por el rabino Henry I. Sobel:

Existen judíos de toda especie: blancos y negros, orientales y occidentales, hablando una infinidad de idiomas diferentes.

No obstante, los judíos se consideran verdaderos hermanos, unidos por fuertes lazos de afinidad, lazos estos tal vez más místicos que racionales. Los historiadores y sociólogos nunca lograron encuadrar a los judíos en ninguna de las categorías convencionales. Los judíos obviamente no constituyen una raza, pues raza es una designación biológica; tampoco son apenas adeptos de una misma religión, aunque ciertamente profesen la religión judía; tampoco se puede describirlos únicamente como “nación”, aunque la identidad judaica tiene indudablemente un componente de carácter nacional. El problema generalmente se resuelve a través del término “pueblo”.

Entendió el relator que, encuadrado el crimen como discriminación contra el pueblo judío, y no como racismo, la prescripción de la pretensión punitiva ya habría sucedido.

El ministro Carlos Britto, que al considerar el principio de la libertad de expresión y los parámetros de la impetración afirmó que no es crimen tejer una ideología, pero el hecho es que tal convicción (de rever la histo-

ria), y consecuente militancia, tiene a respaldarla a la propia Constitución Federal. Ya sea porque ella hace referencia al pluralismo político, uno de los fundamentos de la República Federativa de Brasil (inciso V del artículo 1o.), o porque impide la privación de derechos por motivo, justamente, de convicción política o filosófica (inciso VIII del artículo 5o.).

El ministro Marco Aurélio repasa las principales constituciones históricas (de Virginia, 1776, Francia, 1787), además de innumerables documentos internacionales, hasta llegar al Pacto de San José de Costa Rica, con la Convención Americana de Derechos Humanos, para resaltar la libertad de pensamiento y de expresión. Esta comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideraciones ni fronteras.

Recordó la Inquisición y el Papa Paulo III (Contra-Reforma), movimiento en el cual se adoptaba una serie de medidas con el objetivo de contener el progreso del protestantismo, como la congregación del Index, cuya finalidad era la comunicación de lista de los libros contrarios a la doctrina católica —*In dex livrorum prohibitorum*— y, por consiguiente, prohibidos para los cristianos, para evitar que ideas heréticas corrompiesen el espíritu de los fieles.

Recordó que tamaña violencia no fue apenas intelectual, sino que resbaló a la física: a los escritores considerados herejes, cabría el juicio por el Tribunal de la Inquisición y, condenados, morirían quemados en las hogueras.

Entendió que la cuestión, en síntesis, se resumía al intrincado problema de la colisión entre los principios de la libertad de expresión y de la protección a la dignidad del pueblo judío.

Y que los derechos fundamentales se localizan en la estructura de apoyo y de eficacia del principio democrático. En ese contexto, el específico derecho fundamental de la libertad de expresión ejerce un papel de externa relevancia, irremplazable, en sus más variadas facetas: derecho de discurso, derecho de opinión, derecho de prensa, derecho a la información y a la prohibición de censura.

Y es por medio de ese derecho que ocurre la participación democrática, la posibilidad de que las más diferentes e inusitadas opiniones sean externadas en forma abierta, sin el temor de que, con ello, se contrarie la opinión del propio Estado, o hasta la opinión de la mayoría. Es así que se

construye una sociedad libre y plural, con diversas corrientes de ideas, ideologías, pensamientos y opiniones políticas.

Citó también diversos precedentes de la Suprema Corte Americana, en hipótesis evidenciantes de verdaderas colisiones de derechos fundamentales, habiendo aquella Corte optado por la primacía de la libertad de expresión, aun cuando resultara en provocación a los valores culturales vigentes (por ejemplo, pornografía, en el caso “Miller vs. California”), o en falta de respeto a la imagen de autoridades y personas públicas, como en el caso “Falwell vs. Hustler Magazine”.

Afirmó que estaría configurado el crimen de racismo si el paciente, en vez de publicar un libro en el cual, expuestas sus ideas acerca de la relación entre los judíos y los alemanes en la Segunda Guerra Mundial, como en la especie, distribuyera panfletos en las calles con leyendas del tipo “muerte a los judíos”, “vamos a expulsar a estos judíos del País”, “empuñen armas y vamos a exterminarlos”. Pero nada de eso sucedió, el paciente se restringió a escribir y a difundir la versión de la historia vista con los propios ojos. Y lo hizo a partir de una pesquisa científica con los elementos peculiares, tales como método, objeto, hipótesis, justificativa teórica, fotografías, documentos de los más diversos órdenes, citaciones.

Cita todavía diversos precedentes de cortes europeas para al final, conceder la orden y asentar la inexistencia del crimen de racismo, acogiendo la prescripción, como hicieron los ministros Moreira Alves y Carlos Britto.

Por su parte, el ministro Mauricio Correa, en su voto-*vista*, afirmó que no se puede prestar aisladamente el significado usual de raza como expresión simplemente biológica, debiéndose llevar en consideración las diversas acepciones y que el término se somete, incluyéndose ahí la antropológica y la sociológica. Además, la experiencia genética ha venido señalando que el concepto tradicional de raza —negros, blancos y amarillos— no puede más ser considerado. Subrayó también que la discusión de si los judíos se constituyen, o no, una raza, pierde sentido, en la medida en que quien discrimina lo está haciendo como una raza, promoviendo e incitando la segregación. Así se configura más relevante el concepto antropológico, que el científico. La existencia de diversas razas resulta de mera concepción histórica, política y social, siendo ella a ser considerada en la aplicación del derecho.

Entendió, por lo tanto, el ministro Mauricio Correa, que el antisemitismo constituye forma de racismo y, en consecuencia, crimen imprescriptible, ya sea porque el concepto de raza no puede ser resumido a la semejanza de meras características físicas, o porque tal movimiento ve a los judíos como una raza, aunque esta concepción sea bajo la óptica social y política. En la misma línea, afirmó el ministro Celso de Mello.

El ministro Gilmar Ferreira Mendes recuerda a Norberto Bobbio y la fenomenología del racismo (Elogio de la Serenidad), cita precedente de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América (*Shaare Tefila Congregation vs. Cobb*, US 615), y de la Cámara de los Lords en Inglaterra (*Mandla y Dowell Lee*), para afirmar que el racismo, tal como fenómeno social e histórico complejo, no puede tener su contenido jurídico delineado a partir del referencial “raza”. Se cuida aquí un concepto pseudo-científico notoriamente superado. No están superadas, sin embargo, las manifestaciones racistas aquí entendidas como aquellas manifestaciones discriminatorias asentadas en referencias de índole racial (color, religión, aspectos étnicos, nacionalidad, etcétera).

Recordó a Kevin Boyle (*Hate Speech*) y a los países europeos que adoptaron diferentes modelos de legislación para considerar crimen la banalización o la negación de los hechos históricos del holocausto, o la justificación del genocidio nacional-socialista, y que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no da protección a la práctica de racismo al argumento de protección del derecho de la libertad de expresión.

Por fin, entiende que la condenación del acusado es medida que atiende plenamente el principio de la proporcionalidad.

El ministro Carlos Velloso, después de hacer una larga exposición acerca de los derechos humanos y el constitucionalismo en el mundo contemporáneo, afirma que una de las formas más odiosas de falta de respeto a los derechos de la persona humana es aquella que se basa en el prejuicio relativamente a las minorías, y que se revela en el practicar o incitar a la práctica de actos y sentimientos hostiles en relación a los negros, a los indios, a los judíos, a los árabes, a los gitanos, etcétera.

Recuerda que el secuenciamiento del genoma humano demuestra que no hay que hablar de raza en términos biológicos, puesto que hay apenas una raza, la del *homo sapiens*, la raza humana. Sin embargo, el hecho no excluye el derecho a la diversidad de individuos y grupos. El racismo está situado exactamente en las ideologías y actitudes prejuiciosas, en el

comportamiento discriminatorio que lleva a la desigualdad racial, siendo el caso de los autos.

Por fin, afirma que la incitación al odio público contra el pueblo judío no está protegida por la cláusula constitucional que asegura la libertad de expresión, por dos razones. La una, porque las publicaciones no se comportan en el campo estrictamente científico, sino que adquieren carácter panfletario, estimulando la intolerancia. La dos, porque si hay conflicto aparente de derechos fundamentales, la cuestión se resuelve por la prevalencia del derecho que mejor realiza el sistema de protección de los derechos y garantías inscritos en la Ley Mayor.

El Tribunal por mayoría decidió que el racismo es, antes de todo, una realidad social y política, condenado el acusado, denegando el orden de hábeas corpus.

Se ve en ese caso que la utilización de jurisprudencia de la doctrina y legislación extranjeras fueron decisivas para el entendimiento final de la Corte.

d) Tributario, expresiones y vocablos. Sentido. Necesidad de que el texto se adapte a las necesidades históricas de la evolución socioeconómica, según vocación de abertura permanente (RE 390.840-5).

Se cuida juicio que tiene por objeto la cuestión de la constitucionalidad del aumento de una contribución social (tributo). La recurrente alega que tal aumento ampliaría indebidamente la noción del substantivo “facturación”, presente en el artículo 195, I, § 4o., que exige ley complementaria, así como hipótesis de incidencia y base de cálculo diversas de las previstas en la Constitución y que sean no acumulativas.

La cuestión tributaria no es el foco de nuestra preocupación. Lo que entendemos interesante y para ello llamamos la atención del lector, es exactamente la conclusión del juicio donde se deja clara la necesidad de abertura del texto constitucional para el intérprete.

Afirma el relator, ministro Marco Aurélio:

La Constitución Federal no explicita el sentido ni el alcance de la palabra *facturación*, como tampoco lo hace en relación a “tributo”, “propiedad”, “familia”, “libertad”, “vida”, “crimen”, “ciudadano”, “sufragio”, etcétera, O sea, no hay, en el texto constitucional, predefinición o conceptualización formal de los términos allí usados, ni sería conveniente que lo hubiera en todos los casos, pues el texto debe adaptarse a las necesidades históricas de la evolución socioeconómica, según so vocación de abertura permanente.

Dice todavía: De esa flexibilidad constitucional ante las mutaciones culturales, es célebre el ejemplo de los conceptos jurídicos de “ciudadano” y “propiedad”, en los Estados Unidos de América. En el famoso caso *Dred Scott vs. Sandford* (1857), la Suprema Corte americana decidió que el autor no era “ciudadano” por ser “esclavo”. Como esclavo, era objeto de propiedad y, por lo tanto, no era titular de ninguno de los derechos reconocidos a los ciudadanos americanos, entre los cuales el de acceso al Poder Judicial. A pesar de la subsistencia léxica del texto constitucional americano, tal decisión sería hoy inadmisibles, si no inconcebible según el espíritu del tiempo.

Recuerdo el ministro Marco Aurélio Saussure al decir que nadie puede dudar que el término (signo lingüístico) no resulta de la naturaleza del objeto (significado), sino que es estipulado arbitrariamente por los usuarios del lenguaje, mediante consenso construido a lo largo de la historia, en torno de un código implícito de uso.

Las palabras (signos), así en el lenguaje natural, como en el técnico, de ambos los cuales se vale el derecho positivo para la construcción del tejido normativo, son potencialmente vacías, esto es, tienen un campo de referencia indefinido consistente en un foco o zona central y una nebulosa de incertidumbre. Pero eso también significa que, por mayores que sean tales imprecisiones, hay siempre un límite de resistencia, un contenido semántico mínimo reconocible a cada vocablo, para más allá del cual, parafraseando a ECO, el intérprete no está “autorizado a decir que el mensaje puede significar alguna cosa. Puede significar muchas cosas, pero hay sentidos que sería despropositado sugerir”.

Trajimos a colación la decisión, para mostrar también la abertura del Supremo Tribunal Federal a la teoría del lenguaje en la interpretación constitucional.

e) El artículo 2o., §1 de la Ley 8.072/90, que determina que la pena de crimen hediondo será cumplida integralmente en régimen cerrado, ¿hiere o no el derecho a la individualización de la pena previsto en el artículo 5o., inciso XLVI, de la Constitución Federal? (HC 82.959-7).

El acusado fue condenado a pena de doce años y tres meses de reclusión por la práctica de crimen hediondo por haber molestado sexualmente a tres niños, pena a ser cumplida íntegramente en régimen cerrado con base en la Ley 8.072/90.

Argumentó el condenado que el crimen por el cual había sido condenado no podría ser considerado hediondo, ya que de él no había resultado lesión corporal grave e ni muerte. Afirmó también la inconstitucionalidad del artículo 2o., § 1 de la Ley 8.072/90, que veda la progresión de régimen, agregando, en alternativa, que tal norma había sido revocada por la Ley 9.455/97.

La cuestión fue muy bien resumida por el ministro Gilmar Mendes, para quien es preciso saber si se está delante de un derecho fundamental a la individualización de la pena, y no de una mera orientación general al legislador —hasta porque para eso impropia sería la inclusión del dispositivo en el elenco de los derechos fundamentales— entonces hay que pensar sobre el límite a la acción del legislador en la especie.

En otras palabras, hay que indagar si el legislador podría, teniendo en vista la naturaleza del delito, prescribir, como lo hizo en la especie, que la pena privativa de libertad sería cumplida integralmente en régimen cerrado, o sea, si en la autorización para intervención en el ámbito de protección de ese derecho, está implícita la posibilidad de eliminar cualquier progresividad en la ejecución de la pena.

Esa indagación nos remite a discusión de otro tema sensible de la dogmática de los derechos fundamentales, que es el de la identificación de un núcleo esencial como límite del límite para el legislador.

El ministro Gilmar Mendes, cuya formación intelectual sufre gran influencia germánica, trae así a colación la doctrina de aquel país (Herbert, Richard Thomas, Marin, Wolff, Carl Schmitt, Triepel, Hesse, entre otros), para su decisión.

Afirma que existen diferentes posiciones dogmáticas sobre la protección del núcleo esencial, a saber:

1. Los adeptos de la llamada teoría absoluta entienden que el núcleo esencial de los derechos fundamentales como unidad sustancial autónoma que, independientemente de cualquier situación concreta estaría a salvo de eventual decisión legislativa. Esa concepción adopta una interpretación material, según la cual existe un espacio interior libre de cualquier intervención estadual. Habría un espacio que sería susceptible de limitación por parte del legislador; otro sería no-susceptible de limitación. En ese caso, además de la exigencia de justificación, imprescindible en cualquier hipótesis, se tendría un “límite del límite” a la propia acción legislativa, consistente en la identificación de un espacio no-susceptible de regulación;

2. Los adeptos de la llamada teoría relativa entienden que el núcleo esencial ha de ser definido para cada caso, teniendo en vista el objetivo perseguido por la norma de carácter restrictivo. El núcleo esencial sería determinado mediante la utilización de un proceso de ponderación entre medios y fines, con base en el principio de la proporcionalidad. El núcleo esencial sería aquel mínimo no-susceptible de restricción o reducción con base en ese proceso de ponderación. Según esa concepción, la protección del núcleo esencial tendría significado marcadamente declaratorio.

Tanto una teoría como la otra pretenden asegurar una mayor protección de los derechos fundamentales, en la medida en que buscan preservar los derechos fundamentales contra una acción legislativa desrazonable.

Después de hacer observaciones críticas acerca de ambas teorías y sus dificultades de aplicación, entiende que el modelo adoptado por la Ley 8.072/90 hace tabula rasa del derecho a la individualización, en lo que concierne a los llamados crímenes hediondos, dejando de lado el principio de la proporcionalidad en la acepción de la (in)necesidad de la medida, en tanto que instrumento de combate a la criminalidad.

El tribunal, por mayoría, declaró la inconstitucionalidad del artículo 2o., § 1 de la Ley 8.072/90, por entender que la prohibición de progresión del régimen no permite que sean consideradas las particularidades de cada persona, su capacidad de reintegración social y los esfuerzos realizados con la finalidad de su resocialización, lo que tornaría inocuo el dispositivo constitucional de la individualización de la pena. Tuvieron cinco votos disidentes que entendían que la norma analizada era constitucional.

f) Posición de los Tratados de Derechos Humanos en el Ordenamiento Jurídico Brasileño. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos–Pacto de San José de Costa Rica, ratificados, sin reserva, por Brasil, en el año de 1992. Nueva Orientación del Supremo Tribunal Federal. Tales diplomas internacionales de derechos internacionales están debajo de la Constitución, pero arriba de la legislación interna (HC 95967).

El presente hábeas corpus cubre la temática de la in(admisibilidad) de la prisión civil del depositario infiel en el ordenamiento jurídico brasileño en el periodo posterior al ingreso del Pacto de San José de Costa Rica en el derecho nacional.

En el juicio colegiado del HC, en el Superior Tribunal de Justicia (STJ), se consideró admisible la prisión civil del depositario judicial, siendo que el

foco de la discusión se resumió en la naturaleza del vínculo contractual existente (si contrato de depósito o contrato de mutuo).

Ocurre que el Supremo Tribunal Federal (STF) en lo que respecta a la temática de la prisión civil del depositario infiel, se afilió a orientación acerca de la inexistencia de sustentación jurídica para prisión civil del depositario infiel.

En el voto del Relator se destacó el carácter especial del Pacto Internacional de los Derechos Civiles Políticos (artículo 11) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos–Pacto de San José de Costa Rica (artículo 7o., 7), bien que a esos diplomas internacionales sobre derechos humanos esté reservado el lugar específico en el ordenamiento jurídico, estando debajo de la Constitución, pero arriba de la legislación interna. Concluyó, así, que el status normativo supralegal de los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Brasil torna inaplicable la legislación infraconstitucional con él en conflicto, sea ella anterior o posterior al acto de ratificación.

Este caso reveló una importante disposición del Supremo Tribunal Federal a establecer un diálogo constitucional con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, comprendiendo que la protección internacional de los derechos humanos debe ser acogida por cualquier Tribunal, evitando conflictos entre los diversos órdenes jurídicos en cuestión.

g) Fiscalización tributaria. Aprehensión de libros contables y documentos fiscales realizada en oficina de contabilidad, por agentes de la Hacienda y policías federales sin mandato judicial. Inadmisibilidad. Espacio Privado, no abierto al Público, sujeto a la protección constitucional de la inviolabilidad domiciliar (artículo 5o., XI). Subsunción del concepto normativo de “casa”. Necesidad de orden judicial. Administración pública y fiscalización tributaria, deber de observancia de los límites jurídicos constitucionales. Imposibilidad de utilización, por el Ministerio Público, de prueba obtenida con transgresión a la garantía de la Inviolabilidad domiciliar-prueba ilícita-inidoneidad jurídica. Hábeas corpus deferido (JC 93.050-6).

Entre otros aspectos, nos interesa destacar en este juicio especialmente la cuestión de la utilización de la doctrina de los frutos del árbol envenenado (“Fruits of the Poisonous Tree”). La cuestión de la ilicitud por derivación.

Decidió el Supremo Tribunal Federal en este caso que nadie puede ser investigado, denunciado ni condenado con base, únicamente, en pruebas ilícitas, ya sea que se trate de ilicitud originaria, o que se cuide de ilicitud por derivación. Cualquier nuevo dato probatorio, aunque producido, de modo válido, en momento subsecuente, no puede apoyarse, no puede tener fundamento causal ni derivar de prueba comprometida por la mácula de ilicitud originaria.

Apoyó su decisión en la “teoría de los frutos del árbol envenenado”, como sabemos desarrollada en los Estados Unidos de América. La cuestión de la fuente autónoma de prueba (“an independent source”) y su desvinculación causal de la prueba ilícitamente obtenida tiene como fundamento los casos “*Silversthorne Luber Co vs. United States* (1920), *Segura vs. United States* (1984), *Nix vs. Williaams* (1984); *Murray vs. United States* (1988).

Hay noticia de que la Suprema Corte Norteamericana habría recientemente alterado ese entendimiento en el caso *Herring vs. United States* del 14 de enero de 2009, así redactado:

When police mistakes leading to an unlawful search are the result of isolated negligence attenuated from the search, rather than systemic error or reckless disregard of constitutional requirements, the exclusionary rule does not apply. The fact that a search or arrest was unreasonable does not necessarily mean that the exclusionary rule applies.

h) Medida cautelar en acción directa de inconstitucionalidad. Competencia normativa—Comercio de producto (Amianto). Ley Estadual Prohibiendo la comercialización, producción, transporte de amianto en el Estado de Sao Paulo. Cuestión Federativa. Ley Federal Permitiendo la Comercialización. Aparente Conflicto. Liminar Concedida por el Relator para suspender la Ley Estadual. Plenario que niega referendo a la liminar (MC en ADI 3.937-7).

Existían en el Supremo Tribunal Federal diversas acciones directas de inconstitucionalidad contra leyes estatales que tratan de la comercialización del amianto. Gran parte de las variedades del amianto ya está prohibida en Brasil. Hay, no obstante, una ley federal que autoriza el uso de una especie de amianto llamada “crisotila”, en todo el territorio nacional (artículo 2o. de la Ley 9.055/95).

Hay diversas cuestiones jurídicas envueltas en este juicio. La primera dice respecto al tema de las competencias. En la ADIN 2.656, el Tribunal juzgó procedente la acción, al fundamento de que el amianto haría parte del rol de competencias exclusivas de la Unión, y que habría ausencia de cualquier interés local a fundamentar la legislación estadual.

Se alegó todavía en este juicio (3937), que los estados de la federación han legislado de forma contraria a la Constitución. El Min. Joaquim Barbosa no cree que las normas estaduais sean inconstitucionales porque: *a)* la Convención 162, de la OIT, promulgada por el Decreto 126, del 22 de mayo de 1991, determina que Brasil debe desarrollar e implementar medidas para proteger al trabajador expuesto al amianto; *b)* la Convención es una norma protectora de derechos fundamentales, en especial el derecho a la salud y el derecho al medio ambiente equilibrado. También busca el principio de la dignidad de la persona humana y del orden económico fundado en la valorización del trabajo humano, justicia social y defensa del medio ambiente.

Es decir, se puede analizar el contenido de la competencia legislativa de los estados, a la luz del contenido de la Convención, que tiene status de norma supralegal e infraconstitucional. Si Brasil asumió, en el plano internacional, el compromiso de substituir progresivamente la utilización del amianto crisotila, ese compromiso debe ser ejecutado también en el plano interno, por todos y cada uno de los miembros de la Federación.

No tendría sentido de que la Unión asumiera compromisos internacionales que no tuvieran eficacia para los estados (miembros) y municipios. Al actuar en el plano internacional, Brasil estaría comprometido con los tratados de derechos humanos. En el plano interno, enfrente a los estados y municipios, estaría libre de esos compromisos, lo que sería inadmisibile.

Recordó asimismo el ministro Joaquim Barbosa, lo decidido por la Corte Europea de Derechos Humanos en la decisión *Vermeira v Bélgica* (1991), en la que se rechazó el argumento del gobierno belga de que la adecuación del orden jurídico interno a una decisión de la Corte apenas podría ser realizada por medio de la aprobación de una ley por el Parlamento. Se trataba, en el caso, de la revisión del Código Civil belga para extender el derecho de suceder a los hijos nacidos fuera del vínculo matrimonial. En sus conclusiones, la Corte indicó que la “libertad” de acción concedida a los Estados para promover la adecuación del orden jurídico interno a un tratado de derechos humanos (Convención Europea de

los Derechos Humanos) no podría significar la suspensión de la aplicación de la convención, mientras espera que tal reforma sea completada”.

Citó todavía el ministro como razón de decidir precedentes norteamericanos (*City of Philadelphia vs. New Jersey*, 437 US 617, juzgado el 23 de junio de 1978), donde la Suprema Corte de los EUA consideró inválida una ley estadual que había prohibido la entrada, en el estado de New Jersey, de deyectos líquidos o sólidos provenientes de otros estados. Posteriormente, sin embargo, la Suprema Corte cedió al argumento de la validez de la prohibición fundada en razones de salud pública, al apreciar la legislación del Maine, que prohibía el comercio de determinadas especies de peces de agua dulce en el territorio estadual (*Maine v. Taylor*, 477, U.S. 131, juzgado el 23 de junio de 1986). En aquel caso, la Suprema Corte norteamericana entendió que el estado había conseguido demostrar que la prohibición atendía un interés local legítimo y que este interés no podría ser atendido por ninguna otra especie de medida no discriminatoria.

El ministro se negó a referendar la cautelar de su colega Relator, manteniendo la ley estadual íntegra.

El ministro Eros Roberto Grau entendió que la ley federal era inconstitucional ante el artículo 196 de la CF, al autorizar el uso del amianto.

El ministro Ricardo Lewandowski entendió que la competencia en la materia es concurrente a la luz del artículo 24, incisos VI y XII de la CF, indefiniendo la medida cautelar.

El ministro Carlos Ayres Britto acompañó al Ministro Joaquim Barbosa, al afirmar que la legislación estadual estaba más próxima de los designios constitucionales, negando referendo a la cautelar.

Regístrese asimismo la importante participación de diversos *Amicus curiae* como La Asociación Brasileña de los Expuestos al Amianto, Abrea, y la Asociación Brasileña de las Industrias y Distribuidores de Productos de Fibrocemento, Abifibro.

i) Estatuto del Desarmamiento–Ley Federal 10.826/03 (ADI 3.112-1, del 2/5/2007). Reconocimiento de Inconstitucionalidad alusivo a dos puntos. 1) La prohibición de establecimiento de fianza para los delitos de “porte ilegal de arma de fuego de uso permitido” y de “disparo de arma de fuego”, se muestra desrazonable, por cuanto son crímenes de mera conducta, que no se equiparan a los crímenes que acarrear lesión o amenaza de lesión a la vida o a la libertad. 2) No-susceptibilidad de libertad

provisoria cuanto a los delitos enumerados en los artículos 16, 17 y 18. Inconstitucionalidad reconocida, visto que el texto magno no autoriza la prisión *ex lege*, ante los principios de la presunción de la inocencia y de la obligatoriedad de fundamentación de las órdenes de prisión por la autoridad judicial competente.

El ministro Ricardo Lewandowski, relator del caso, recordó que la edición del Estatuto del Desarme, que resultó de la conjugación de la voluntad política del Ejecutivo con la del Legislativo, representó una respuesta del Estado y de la sociedad civil a la situación de extrema gravedad por la cual pasaba —y aún pasa— el país, en lo tocante al asustador aumento de la violencia y de la criminalidad, sobre todo en relación al dramático incremento del número de muertes por armas de fuego entre los jóvenes.

Recordó que la preocupación con el tema tan importante encuentra repercusión también en el ámbito de la comunidad internacional, pues la Organización de las Naciones Unidas, después de conferencia realizada en Nueva York, entre el 9 y el 20 de julio de 2001, lanzó el “Programa de Acción para Prevenir, Combatir y Erradicar el Comercio Ilícito de Armas de Pequeño Porte y Armamentos Leves en todos sus Aspectos”. Brasil ha colaborado con los esfuerzos de la ONU en ese campo, recordándose que el Congreso Nacional aprobó, en fecha reciente, por medio del Decreto Legislativo 36, de 2006, el texto del “Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, complementando la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional, adoptado por la Asamblea General el 31 de mayo de 2001, y firmado por Brasil el 11 de julio de 2001”.

Rechazó la alegación de la inconstitucionalidad que sustentaba ofensa al derecho de propiedad cuanto a la obligación de renovarse periódicamente el registro de las armas de fuego, en los términos del artículo 5o., §§ 2 y 3, así como en lo tocante al pago de la tasa correspondiente, instituida en el artículo 11. Se agrega al argumento, que el “Estado acabaría determinando quien puede o no ejercer la legítima defensa, que, por el caput del artículo 5o. de la Constitución Federal, es de todos los ciudadanos”.

Invocó la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Alemania, para el cual el derecho de propiedad corresponde a una “libertad acuñada normativamente”, poseyendo los bienes privados en faz jurídico-objeti-

va, consubstanciada en la garantía de su institución, y una dimensión jurídico-subjetiva, caracterizada por una garantía de subsistencia de la propiedad.

Pero es justamente porque se reconoce al Poder Público —tal como se da en nuestro ordenamiento jurídico— la posibilidad de intervenir en la esfera dominial privada, que aquella Corte entiende que la garantía de subsistencia de la propiedad, en determinadas circunstancias, puede transformarse en garantía del valor de la propiedad.

Es decir, todas las veces en que la regencia normativa del derecho de propiedad permita la invasión de la esfera dominial privada por el Estado, frente al interés público, ese derecho se resumirá a la percepción de justa y adecuada indemnización por el propietario. Como ese derecho se encuentra expresamente previsto en el artículo 31 del Estatuto del Desarme, no hay que pensar en violación del artículo 5o., XXII, de la Constitución Federal.

Se entendió que la prisión obligatoria (*ex lege*), prevista en el Estatuto del Desarme, hiere los principios constitucionales de la amplia defensa y de lo contradictorio que abrigan un conjunto de derechos y facultades, los cuales pueden ser ejercidos en todas las instancias jurisdiccionales, hasta su agotamiento.

El magistrado puede, fundamentalmente, decretar la prisión cautelar, antes del tránsito en juicio de la condenación, si presentes los presupuestos autorizadores, que son básicamente los de la prisión preventiva, previstos en el artículo 312 del Código de Proceso Penal. Es decir, cumple que el juez demuestre, como en toda cautelar, la presencia del *fumus boni jûris*, y del *periculum in mora* o, en el caso, del *periculum libertatis*.

El ministro Gilmar Mendes, después de citar doctrina y jurisprudencia alemana, afirma que la tarea del Supremo es la de fiscalizar la legitimidad constitucional de la actividad legislativa en materia penal, apoyado en el principio de la proporcionalidad, siguiendo, de esa forma, la siguiente máxima: cuanto más intensa sea la intervención legislativa penal en un derecho fundamental, más intenso debe ser el control de su constitucionalidad realizado por el Tribunal Constitucional.

Ésas son las premisas para la construcción de un modelo exigente de control de constitucionalidad de las leyes en materia penal, basado en niveles de intensidad.

Afirmó que frente al artículo 5o., inciso LVII, el que consagra el principio de la presunción de inocencia, la prohibición total de libertad provisoria prescrita por el artículo 21 del Estatuto del Desarme es patentemente inconstitucional.

Además, y por consecuencia, la norma del artículo 21 del Estatuto invierte la regla constitucional que exige la fundamentación para todo y cualquier tipo de prisión (artículo 5o., inciso LXI), en la medida en que directamente impone la prisión preventiva (en verdad, establece una presunción de necesidad de la prisión), alejando la intermediación valorativa del aplicador.

Por fin, no es demás enfatizar la desproporcionalidad de esa regla general de la prohibición de libertad provisoria en los crímenes de posesión o porte de armas. Comparado con el homicidio doloso simple, esa desproporción es evidente. De acuerdo con la legislación actual, el individuo que practica el crimen de homicidio doloso simple podrá responder al proceso en libertad, no estando presentes los requisitos del artículo 133 del CPP; por otro lado, la prisión será obligatoria para el ciudadano que simplemente porta un arma. Se trata, por consiguiente, de una violación al principio de la proporcionalidad como prohibición de exceso.

j) Argumentación de incumplimiento de precepto fundamental. Medida cautelar. Ley 5.250, del 9 de febrero de 1967 —Ley de Prensa— Liminar Concedida por el Relator— Referendo del Tribunal Pleno (MC en ADPF 130-7).

El relator, ministro Carlos Britto en su voto afirmó que el principio constitucional de mayor densidad axiológica y más elevada estatura sistémica, la Democracia, predomina como síntesis de los fundamentos de la República Federativa brasileña. Democracia que, según la Constitución Federal, se apoya en dos de los más vistosos pilares: *a)* el de la información en plenitud y de máxima calidad; *b)* el de la transparencia o visibilidad del Poder, sea él político, o económico, o religioso (artículo 220 de la CF/88).

La Ley 5250/67 no parece sirvienta del padrón de Democracia y de Prensa que salió de las tablas de la Asamblea Constituyente de 1987/88. Sin embargo, la suspensión total de su eficacia acarrea perjuicios a la propia libertad de prensa. Necesidad, por lo tanto, de lectura individualizada de todos sus dispositivos.

Se suspendieron así diversos artículos de la ley de prensa, aplicándose a los procesos en ellos fundamentados, las normas de la legislación común, notadamente el Código Civil, el Código Penal, el Código de Proceso Civil y el Código de Proceso Penal.

El ministro Celso de Mello reconoció que con la Constitución de 1988, se intensificó la libertad de información y la manifestación del pensamiento, y que el ejercicio concreto, por los profesionales de la prensa, de la libertad de expresión, cuyo fundamento residen en el propio texto de la CF, asegura al periodista el derecho de expender crítica, aunque desfavorable, y en tono contundente, contra cualesquiera personas o autoridades.

Afirmó que la libertad de prensa, en tanto que proyección de la libertad de manifestación de pensamiento y de comunicación, se reviste de contenido comprensivo, por comprender entre otras prerrogativas relevantes que le son inherentes *a)* el derecho de informar; *b)* el derecho de buscar la información; *c)* el derecho de opinar, y *d)* el derecho de criticar.

La crítica periodística de ese modo traduce derecho impregnado de calificación constitucional, plenamente oponible a los que ejercen cualquier parcela de autoridad en el ámbito del Estado, pues el interés social, fundado en la necesidad de preservación de los límites ético-jurídicos que deben pautar la práctica de la función pública, se sobrepone a eventuales susceptibilidades que puedan revelar los detentores del poder.

Después de citar precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos Handyside y Lingens), afirma que el Estado no dispone de poder alguno sobre la palabra, sobre las ideas y sobre las convicciones manifestadas por los profesionales de los medios de comunicación social, y que esa garantía básica de la libertad de expresión del pensamiento representa, en su propio y esencial significado, uno de los fundamentos en que reposa el orden democrático.

Ninguna autoridad puede prescribir lo que será ortodoxo en política, ni en otras cuestiones que envuelvan temas de naturaleza filosófica, ideológica o confesional, ni establecer padrones de conducta cuya observancia implique restricción a los medios de divulgación del pensamiento. Eso, porque “el derecho de pensar, hablar y escribir libremente, sin censura, sin restricciones o sin interferencia gubernamental” representa, como advierte Hugo Lafayette Black, que integró la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, el más precioso privilegio de los ciudadanos.

Y que según el régimen brasileño, la Constitución, aunque garantizando el ejercicio de la libertad de información periodística, legitima la intervención normativa del Poder Legislativo, permitiéndole —observados determinados parámetros referidos en el § 1o. del artículo 220 de la Ley Fundamental— la emanación de reglas concernientes a la protección de los derechos a la integridad moral y a la preservación de la intimidad, de la vida privada y de la imagen de las personas.

La persona injustamente lesionada tiene la posibilidad de, a posteriori, recibir indemnización por daño material, daño moral o a la imagen.

Que la libertad de prensa no traduce apenas una cuestión meramente técnica, al contrario, representa materia impregnada del mayor relieve político y social, porque concierne a todos y a cada uno de los ciudadanos de la República.

Se sometió a referendo la liminar del relator para suspender diversos dispositivos de la antigua ley de prensa por incompatibilidad constitucional.

Esos los casos que, en nuestro juicio, ofrecen un buen panorama de cómo el Supremo Tribunal Federal en Brasil ejercita el control del poder y contribuye para fomentar el ideal democrático, protegiendo los derechos en mayor o menor intensidad.

Cumple todavía registrar el importante papel que el instituto del *amicus curiae* ha venido desempeñando ante el Supremo Tribunal Federal. La Ley 9.868/99 pasó a permitir que el relator, considerando la relevancia de la materia y la representatividad de los postulantes, pueda, por despacho inapelable, admitir la manifestación de otros órganos o entidades ante el STF.

Esa importante innovación pasó a consagrar, en el control abstracto de constitucionalidad brasileño, esta figura del *amicus curiae*, cuya función principal es juntar a los autos importantes informaciones o pareceres con el objetivo de traer al Supremo Tribunal consideraciones sobre la materia de derecho a ser allí discutida, bien como a respecto de los eventuales reflejos de la decisión sobre la inconstitucionalidad de la especie normativa impugnada.

Esa pluralización del debate constitucional, abriéndolo a varias entidades de la sociedad, sin duda alguna ha traído al Tribunal diferentes perspectivas y visiones acerca de la materia objeto del juicio, democratizando su papel en el contexto del ordenamiento jurídico brasileño.

Tenemos consciencia de que en los casos jurídicos de naturaleza constitucional son discutidas situaciones en las que *diversos órdenes están envueltos simultáneamente*, aunque no sea perceptible al intérprete, en una primera mirada, esta condición.

Por fin, no ignoramos que no es tarea simple realizar interpretación en una sociedad moderna tan compleja como la actual. En una sociedad mundial en que están presentes diversos órdenes jurídicos,¹⁰ el intérprete debe tener la sensibilidad y la mente abierta para captar el momento histórico y traducir fielmente el lenguaje constitucional, transitando de un nivel a otro, buscando en forma abierta y creativa aclarar y construir significados.

Tratando de responder objetiva y sintéticamente la respuesta propuesta. Sí entendemos que la jurisdicción constitucional, en lo que toca a los derechos fundamentales, ha ejercido un control positivo y correctivo de las barreras a la democratización. Sin embargo, se nota un debilitamiento y desprestigio del Poder Legislativo en sus nobles funciones de crear normas y fiscalizar al Ejecutivo por su omisión y un dominio operativo mayor del Poder Ejecutivo en el juego entre los poderes de la República.

Un orden jurídico con alto carácter programático y dirigente, como el brasileño, y con normas genéricas y que carecen de una posterior delimitación, acaba acarreado una continua actividad de construcción de sentido a los principios y normas.

Esa actividad de dar sentido a los principios y normas, en tanto sea de todos los cuantos viven la Constitución, desembocan especialmente en el Poder Judicial y en los tribunales constitucionales en particular.

Las sociedades contemporáneas son pluralistas en términos valorativos y en ellas, diversos grupos y estratos sociales participan del derecho, con demandas y perspectivas muy diversas entre sí. Se afirma, con razón,

¹⁰ Estamos con Marcelo Neves, para quien: “la sociedad mundial se constituye como una conexión *unitaria* de una *pluralidad* de ámbitos de comunicación en relaciones de competencia y, simultáneamente, de complementariedad. Se trata de una *unitas multiplex*. No se confunde con el orden internacional, pues ése se relaciona fundamentalmente con las relaciones entre Estados. El orden internacional es apenas una de las dimensiones de la sociedad mundial”. Y más adelante afirma: “Antes lo que ha ocurrido es un entrelazamiento de órdenes estatales, internacionales, supranacionales, transnacionales y locales, en el ámbito de un sistema jurídico mundial de niveles múltiples, a partir del cual se ha desarrollado el transconstitucionalismo de la sociedad mundial”. Tesis inédita del autor titulada *Transconstitucionalismo*.

que la homogeneidad liberal da lugar a la heterogeneidad del Estado social, caracterizado por una ampliación de la democracia y por la búsqueda de padrones de igualdad material.

Nunca la argumentación jurídica fue tan importante, para que las decisiones públicas que deben estar motivadas, sean sometidas a constantes controles sociales.

LA INCIDENCIA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN LOS PROCESOS DE DEMOCRATIZACIÓN EN AMÉRICA LATINA

Jorge SILVERO SALGUEIRO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Características de la evolución de la interpretación constitucional*. III. *Reformas estructurales en el medio ambiente político-institucional*. IV. *Incidencias de la interpretación constitucional en los sistemas político-democráticos*.

I. INTRODUCCIÓN

El debate académico del presente Seminario Internacional parte de un documento conceptual preparado por los organizadores. En dicho material se motiva a los expositores a analizar las tendencias del constitucionalismo latinoamericano en el contexto de las transiciones a la democracia que experimentaron nuestros países en las últimas décadas (1980-2009). No se trata, como bien insisten los organizadores, en describir los meros cambios de las normas constitucionales utilizando un discurso formalista sin apego a la realidad, sino de explicar las interacciones entre las transformaciones normativas y el proceso político que den cuenta de los dilemas y desafíos del cambio democrático.

El panel de esta tarde tiene la tarea de reflexionar sobre “la incidencia de la interpretación constitucional en la democratización”. Los organizadores plantearon el siguiente problema de análisis: “¿La interpretación, en cualquiera de sus tipos, en particular la interpretación judicial constitucional, ha incidido en la democratización? ¿Qué pasajes o casos rele-

vantes han sido cruciales para impulsar la democratización? ¿Cuál es la agenda pendiente? ¿Cuál es el estado de la discusión?”

A fin de abordar dicha problemática, el primer paso a seguir será dilucidar qué cambios han surgido en la evolución de la interpretación constitucional en América Latina. En la medida en que se encuentren evidencias de que la especie “interpretación constitucional” ha logrado fortalecerse y se conozca el modo en cómo lo ha logrado, entonces estaremos a la puerta de entender su capacidad para incidir en un nuevo ambiente político. El segundo paso, consistirá en explorar los procesos de transición democrática en su condición de medio ambiente a fin de identificar las reformas estructurales que se produjeron. La pretensión es comprobar si dichas reformas han contribuido al surgimiento y desarrollo de la especie interpretación constitucional.

Conviene aclarar que más que esclarecer qué fue primero: cambios en la interpretación jurídica o cambios en el proceso político, lo primordial es entender lo siguiente: especie y medio ambiente interactúan mutuamente en un proceso evolutivo. En tanto que de ésta relación dialéctica surjan contribuciones para lograr instituciones más sólidas, procesos políticos más pluralistas, y mayor respeto a los derechos de los ciudadanos y las ciudadanas, entonces, es que podremos concluir con una evaluación positiva de la evolución de la interpretación constitucional.

El tercer paso, tratará las incidencias propiamente dichas de la interpretación constitucional en los sistemas políticos democráticos. Para ello, nos referiremos a experiencias particulares y cambios de paradigmas a nivel general que gradualmente están impactando en la región.

II. CARACTERÍSTICAS DE LA EVOLUCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

En 1993, Domingo García Belaúnde en una conferencia organizada por la Universidad Externado de Colombia expuso sobre la interpretación constitucional haciendo un proficuo estudio sobre la aparición del tema en América Latina y su “novísimo” carácter en la región. García Belaúnde entendía que los estudios sobre interpretación jurídica habían sido monopolizados por los cultores del derecho civil y de la filosofía del derecho, aunque expresaba “hoy se es consciente de que la interpretación constitucional existe y es necesaria, pero no está del todo aceptado que

sea realmente un problema [de estudio particular]”.¹ A pesar de lo señalado, el autor peruano se adentraba a un estudio pormenorizado de las características de la interpretación constitucional. Entre sus principales conclusiones figuraba de que la idea que había predominado en el pasado de un único y autorizado intérprete de la ley y de la Constitución, que recaía en la figura del legislador como representante del pueblo y que ejercía dicha labor en carácter de interpretación auténtica cedía en la actualidad ante la corriente que propugnaba la existencia de una pluralidad de intérpretes institucionales de la Constitución previstas en las propios documentos constitucionales. Este hecho, reconocía García Belaúnde, podía llevar, sin embargo, a interpretaciones contradictorias de la Constitución. Por tanto, en caso de conflicto —colegia— alguien debería decidir en última instancia. En los países que cuentan con Tribunales Constitucionales dicha tarea le correspondería a esta instancia jurisdiccional como órgano final.

Al respecto de la interpretación judicial, García Belaúnde reconocía que siempre tiene algo de creadora y no descubridora de algo preexistente, que la tarea de interpretación actual es “asignar un significado a la norma, esto es, admitiendo que la norma no es muy precisa”.²

En 1999, los maestros Fix-Zamudio y Valencia Carmona en su obra *Derecho constitucional mexicano y comparado* expresaron que en el pasado y a pesar de algunos aportes de valía la doctrina jurídica latinoamericana no se había preocupado de manera suficiente del estudio de los métodos de interpretación constitucional.³

Los citados autores entendían que la interpretación jurídica había experimentado una larga y cambiante evolución. Desde la visión del juez autómatas como figura central del derecho forjada en la clásica obra de Montesquieu *Del espíritu de las leyes* que expresaba: “los jueces de la Nación, no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma”. En consecuencia, de los tres poderes del Estado, “el juz-

¹ García Belaúnde, Domingo, “La interpretación constitucional como problema”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, 2005, t. I, p. 599.

² *Ibidem*, p. 609.

³ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2001, pp. 139 y p. 157.

gar es casi nulo”. De esta visión mecánica de la aplicación de la ley —decían los autores citados— se ha pasado a un “reconocimiento de la función dinámica y creativa de la interpretación jurídica y con un elevado contenido axiológico especialmente por lo que respecta a las normas de naturaleza constitucional o fundamental”,⁴ con lo cual coincidían en sus apreciaciones con García Belaúnde.

Sobre la naturaleza de la interpretación constitucional Fix-Zamudio y Valencia consideraron que la misma es una especie particular dentro del campo genérico de la interpretación jurídica, con autonomía doctrinal y carácter práctico. Estos matices de la interpretación constitucional provenían de las propias peculiaridades de las normas fundamentales, como ser: una mayor abstracción o generalidad que la que corresponde a los disposiciones de menor jerarquía; calificación de los preceptos constitucionales como normas de contenido variable, cuyo contenido deberá ser construido por los intérpretes de acuerdo con la realidad social de una época determinada.⁵

Fix-Zamudio y Valencia también instaban a que era preciso “despertar entre los juristas de nuestra región un interés mayor por esta institución [de la interpretación constitucional]”.⁶ Diez años después de dichas afirmaciones, se puede comprobar que los trabajos sobre interpretación constitucional se han extendido en Latinoamérica siguiendo en gran medida los lineamientos del debate europeo sobre el tema. Lo cual se explica por la amplia difusión que han tenido primero en Europa y luego en Latinoamérica la instauración de jurisdicciones constitucionales y las consecuentes creaciones de tribunales constitucionales o en su caso salas constitucionales.

Por lo expresado, no es casual que los magníficos dos tomos sobre Interpretación constitucional compilados por Eduardo Ferrer Mac-Gregor en 2005 con lo mejor de la doctrina latinoamericana y europea sobre la materia estuviera dedicado a los jueces constitucionales.⁷

Néstor Pedro Sagüés planteaba un problema que tendrían los jueces constitucionales a la hora de interpretar. El instaba a ponerse de acuerdo

⁴ *Ibidem*, p. 139.

⁵ *Ibidem*, p. 161.

⁶ *Ibidem*, p. 140.

⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, 2005, 2 ts.

sobre lo que hay que interpretar en la interpretación constitucional. Obviamente, —señalaba— se trata de la Constitución, pero lo que entra a debate es el concepto mismo de “Constitución a interpretar”. El entendía en su obra *Teoría de la Constitución* (2001) que era cuestionada la idea de que el intérprete constitucional actúe como un albacea o fiel ejecutor, sumiso a la letra y al espíritu del redactor de la constitución, o sea, la voluntad del Constituyente histórico. La Constitución entendida como un testamento o estatua a preservar sin modificaciones era una cosa del pasado y que la misma debía adaptarse a las diferentes crisis de los asuntos humanos como ya lo había sostenido el Chief Justice Marshall en *McCulloch vs. Maryland* (1819). Estos cuestionamientos daban pie a entender la Constitución como un “instrumento vivo de gobierno”, como una “Constitución viviente” (living Constitution).⁸

En 1996, Jorge Carmona Tinoco llamaba la atención sobre la trascendencia que la interpretación constitucional había adquirido en esos años, en especial, la tarea que realizaban los jueces en su carácter de garantes de la Constitución.⁹ Carmona daba cuenta de tesis jurisprudenciales de 1989 sobre las diferencias entre interpretación de normas constitucionales y normas legales, sustentadas por Tribunales Colegiados de Circuito en México, a saber:

El exacto cumplimiento de la Constitución sólo puede lograrse si su intérprete...entiende que su función no se agota en la mera subsunción automática del supuesto del hecho al texto normativo...sino que comprende básicamente una labor de creación del Derecho en la búsqueda de la efectiva realización de los valores supremos de la justicia. Es precisamente en el campo de las normas constitucionales, las que difieren esencialmente de las restantes que conforman un sistema jurídico determinado, en razón no únicamente de su jerarquía suprema, sino de sus contenidos...¹⁰

Asimismo, Carmona afirmaba que la interpretación judicial constitucional goza de preeminencia respecto de la que pudieran realizar de manera implícita o explícita las autoridades pertenecientes al ámbito de los

⁸ Sagüés, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2001, pp. 147 y 148.

⁹ Carmona, Jorge, “Algunos aspectos sobresalientes de la interpretación judicial constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *op. cit.*, nota 7, p. 281.

¹⁰ *Ibidem*, p. 286.

órganos Legislativo y Ejecutivo. Esto se debe porque en la mayoría de los países de la región se ha depositado el control de la constitucionalidad de las leyes en órganos jurisdiccionales y debido a que en los actos relativos a cuestiones políticas existe la tendencia de someterlas al control constitucional de órganos jurisdiccionales. Esto hace que los jueces se hayan convertido en intérpretes oficiales y definitivos de la Constitución, concluía Carmona.¹¹

Para Carla Huerta, y desde una visión de la teoría del derecho, la interpretación constitucional se distingue de otros tipos de interpretación jurídica por varios motivos, entre ellos resalta: la función fundadora de un sistema jurídico. La Constitución

es un sistema jurídico de estructura dinámica, sujeto a cambios en el tiempo, se encuentra en un proceso de constante evolución mediante la creación y derogación de sus normas. La ampliación del sistema jurídico constitucional no se produciría, sin embargo, de manera automática, ni por derivación lógica, sino de manera normativa. Por lo que se puede decir que al sistema jurídico pertenecen, además de las normas válidas, las normas que de éstas se puedan inferir válidamente conforme a las reglas del sistema. De modo que, solamente mediante un acto de autoridad, y conforme a los métodos de integración e interpretación previstos en el sistema jurídico, pueden considerarse las normas inferidas como pertenecientes al sistema. En este sentido, cobra sentido que la interpretación jurídica debe ser considerada auténtica cuando además de ser realizada por los órganos facultados para interpretar la Constitución, su interpretación es obligatoria.¹²

En resumen: los debates sobre la interpretación constitucional demuestran que se trata de una especie fortalecida y que goza de buena salud, aunque bien sigue la discusión en general sobre las modalidades de la interpretación, me refiero a los cánones o criterios de interpretación.

¹¹ *Ibidem*, pp. 297 y 298.

¹² Huerta Ochoa, Carla, *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*, México, UNAM, 2009, pp. 269 y ss.

III. REFORMAS ESTRUCTURALES EN EL MEDIO AMBIENTE POLÍTICO-INSTITUCIONAL

Los procesos políticos de democratización en América Latina de los últimos 30 años tienen algo en común: las reformas constitucionales. Las opciones fueron: el cambio total de una Constitución por otra como en Colombia (1991) y Paraguay (1992), o las reformas parciales para adecuarla a los nuevos tiempos políticos como en Chile (2005) o México (reformas sucesivas).

En líneas generales, las reformas constitucionales totales o parciales han afianzado democráticamente los procesos políticos más allá de que si han representado algún tipo de beneficio político para los gobiernos de turno.¹³ Carlos Nino¹⁴ llegó a comentar que si bien las constituciones emanadas de los procesos constituyentes probablemente no fueron “erigidas en una catedral gótica”, en alusión a la figura de Hegel¹⁵ sobre las constituciones como catedrales góticas, “el ideal a construir”, sin embargo, constituyen un resultado de esfuerzos colectivos, que representan un nivel óptimo de lo políticamente posible en cada país.¹⁶ Reformas constitucionales controvertidas son las operadas en Bolivia (2008-2009), Ecuador (2008) y Venezuela (1999), que aunque han contado con cierto respaldo popular no pueden definirse como reformas institucionales que garantizan ampliamente la construcción del Estado de derecho con plena vigencia del principio de división de poderes.¹⁷

Ahora bien, las reformas constitucionales que tuvieron lugar en procesos de transición política o consolidación de la democracia, con excepción de aquéllas ya citadas dieron como resultado en común una renovación de la

¹³ Gargarella, Roberto, “Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación”, *Desarrollo Económico*, vol. 36, núm. 144, enero-marzo de 1997, pp. 971-990.

¹⁴ Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, 2002, pp. 63-66.

¹⁵ Al respecto, véase: Hegel, Georg W. Friedrich, *Filosofía de la historia*, Buenos Aires, 2005.

¹⁶ Silvero Salgueiro, Jorge, “Controles constitucionales sobre el Poder Ejecutivo”, SELA 2006, *Poder Ejecutivo*, Buenos Aires, 2007, pp. 279-292.

¹⁷ Al respecto, véase: Serna de la Garza, José María (ed.), *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina: tendencias y perspectivas* (Seminario internacional 2008), con exposiciones y comentarios sobre los procesos constituyentes en Bolivia, Ecuador y Venezuela, México, UNAM, 2009, de próxima aparición.

jurisdicción constitucional que se extendió en dos ámbitos: en términos estructurales, se modificó el diseño institucional del Estado a fin de fortalecer al actual titular de la jurisdicción constitucional como ser la Corte Suprema o en su caso crearon un nuevo actor institucional, una sala constitucional o un tribunal constitucional;¹⁸ en términos materiales, se ampliaron las atribuciones del titular de la jurisdicción con nuevos o renovados procesos constitucionales que favorecieron un control más intenso de constitucionalidad de las leyes y fijaron mejores mecanismos para salvaguardar la defensa de los derechos humanos.

Independientemente de la solución particular, de tipo estructural y material, que adoptó cada país se observa que en algunos, por ejemplo Chile, México y Perú se introdujo un control abstracto de normas, que permite a un juez constitucional pronunciarse sobre la validez de una norma dictada por el Poder Legislativo y, en su caso, por el Poder Ejecutivo.

A partir de esta comprobación en la jurisdicción constitucional, los jueces ya no son más “la boca de la ley” en el sentido expresado por Montesquieu, que aplican la ley sin mayores cuestionamientos como se señaló anteriormente, sino que juzgan a la ley en sí misma en relación con una norma suprema y sin tener un caso concreto. Formas usuales de tomar una decisión judicial, como el típico silogismo jurídico de subsumir el hecho a la norma, pierden vigencia en situaciones como éstas y son de poca ayuda a la hora de resolver “casos abstractos”. Ante esta situación, indudablemente, los jueces y demás operadores del sistema judicial, se preguntan por nuevas formas de tomar decisiones. Es ahí, donde la interpretación constitucional y por qué no decirlo la teoría de la argumentación constitucional son de un valor extremo y auxilian la labor del juez.

Asimismo, las referidas reformas estructurales son diferentes a cualquier otra porque cambian el lugar que corresponde al juez constitucional en el sistema de división de poderes y, no pocas veces, producen una crisis sobre la posición de las Cortes y Tribunales Constitucionales en la es-

¹⁸ Jorge Carpizo en la conferencia inaugural de este Seminario ya hizo mención acerca de la expansión de la jurisdicción constitucional en América Latina. Por su parte, el maestro Fix-Zamudio ha escrito innumerables trabajos sobre el tema, a los cuales me remito, por ejemplo: Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, UNAM, 1980. Más recientemente: Fix-Zamudio, Héctor, “Los tribunales y salas constitucionales en América Latina”, en varios autores, *Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM, 1995, pp. 59-74.

estructura de poder del Estado. ¿Son parte de la trilogía? ¿Están afuera de la misma? En sus relacionamientos con los otros poderes se cuestiona si el poder jurisdiccional de derogar normas legales sitúa a los jueces constitucionales por encima de los demás poderes y, por tanto, si la clásica idea de equilibrios entre los poderes está superada. Ante un mundo cambiado, y con un sentido pragmático, las Cortes y Tribunales entienden que deben andar con cuidado en la reflexión sobre estos temas, pues las contra reformas constitucionales podrían estar a la vuelta de la esquina.

Por otro lado, los jueces constitucionales si bien tienen la atribución de, según el caso, derogar o inaplicar una norma legal, no lo hacen a raja tabla, sino que ejercen dicha atribución en función a salvaguardar un derecho fundamental, a impedir un abuso de poder, o finalmente para resguardar la supremacía constitucional. Los jueces deciden con base en el derecho, lo que es o no derecho.

Desde esta visión de reformas estructurales aquí expuestas, cabe señalar que el medio ambiente ha creado las condiciones institucionales necesarias para que surja y se desarrolle la especie interpretación constitucional. Entonces, el desarrollo analítico hasta aquí expuesto, permite expresar a priori y de manera provisional que la interpretación constitucional, como especie fortalecida en un medio ambiente institucional adecuado sí tiene posibilidades de incidir en la construcción de un régimen político más democrático, capaz de salvaguardar los derechos fundamentales en el sentido dispuesto por la Constitución de cada país.

IV. INCIDENCIAS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN LOS SISTEMAS POLÍTICO-DEMOCRÁTICOS

En Guatemala, en 1993 el entonces presidente de la República Jorge Serrano Elías intentó un autogolpe de Estado al estilo Fujimori. Mediante decreto que difundió por los medios de prensa resolvió disolver el parlamento, y destituir a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte de Constitucionalidad. Ese mismo día sesionó la Corte y declaró, de oficio, nulo *ipso iure* el decreto del gobierno. La Corte quedó enfrentada al presidente golpista y asumió la función de “Guardián de la Constitución y de la institucionalidad democrática”. Luego de días de negociación las Fuerzas Armadas decidieron acatar el fallo de la Corte y el presidente abandonó el país. Fue la primera vez, que en América Latina

se restableció el orden constitucional por medio de una sentencia de un Tribunal Constitucional.¹⁹

En Perú, se presentó en 2005 un Proyecto de Ley para garantizar el principio de separación de poderes y la seguridad jurídica en los procesos de inconstitucionalidad. En la exposición de motivos se aducía que: “el Tribunal Constitucional se ha convertido en legislador positivo, modificando y manipulando las normas legales, invadiendo de ese modo el ámbito de competencias que la Constitución ha reservado a otros órganos constitucionales vulnerando el principio de separación de poderes”. Ante esta presentación reaccionó críticamente el magistrado del Tribunal Constitucional de Perú César Landa quien publicó un artículo intitulado: “Quiebre y superación de la concepción del Tribunal Constitucional como legislador negativo”. Landa contestó los argumentos de la exposición de motivos expresando:

Evidentemente, se basa en una concepción del principio de división de poderes con un contenido anticuado e inexistente en la actualidad; lo cual supone negar abiertamente décadas de desarrollo y avance, a través de la doctrina y jurisprudencia, del derecho constitucional. Tal concepción es peligrosa para nuestro Estado constitucional, en la medida que pretende anquilosar la evolución de las instituciones jurídicas, lo cual genera, inevitablemente, un desfase entre la realidad —normalidad— y la normatividad —la Constitución—. ²⁰

Para Landa, el Tribunal Constitucional es un órgano constitucional, jurisdiccional y político (vocero del poder constituyente; sus decisiones tienen efectos políticos y asume el control de las cuestiones políticas). En virtud de este status complejo no hay consideración para tratar al tribunal como un simple legislador negativo que reduce su actividad a juzgar la compatibilidad lógica entre dos normas jurídicas, expulsando del ordenamiento aquellas que son contrarias a la Constitución. Además la Constitución incorpora valores que requieren ser desarrollados, como democra-

¹⁹ Lösing, Norbert, “El guardián de la Constitución en tiempos de crisis. Logros y límites de la jurisdicción constitucional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, 2000, pp. 139-160.

²⁰ Landa Arroyo, César, “Quiebre y superación de la Concepción del Tribunal Constitucional como legislador negativo”, *idem*, Lima, Constitución y Fuentes del Derecho, Palestra, 2006, p. 414.

cia, justicia, igualdad, pluralismo. De ahí que el Tribunal Constitucional está llamado a desempeñar un rol institucional de balance y control de los poderes políticos y poderes derivados, concluye Landa.

En México, tras las reformas constitucionales que tuvieron lugar en el periodo de transición democrática se ha entendido que nominalmente la estructura institucional del país cuenta con una Suprema Corte de Justicia de la Nación, pero que funcionalmente a dicha Corte le compete además el rol de un Tribunal Constitucional. Para explicitar las implicaciones de esta concepción institucional-funcional la Corte organizó en el 2007 el Simposium sobre El Papel de los Tribunales Constitucionales en la Consolidación de la Democracia, con participación de expositores de América Latina y Europa cuyos trabajos fueron publicados ese mismo año. En la presentación de la citada obra el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Guillermo I. Ortiz Mayagoitia señaló: “En México, se estableció que sería la Suprema Corte de Justicia de la Nación la encargada de realizar dicha función [de garantizar el cumplimiento de la Constitución y su supremacía]. En 1995, a partir de una serie de reformas constitucionales, se reforzaron las facultades de la Corte, ampliándolas para convertirla en un auténtico Tribunal Constitucional”.²¹

Para José Ramón Cossío, ministro de la Suprema Corte de Justicia mexicana, la idea de asumir las tareas de un tribunal constitucional ha implicado ciertas modificaciones en paradigmas hasta ahí vigentes. El ministro Cossío en su artículo “La función constitutiva de los tribunales constitucionales y la división de poderes” observa: “No es posible seguir entendiendo la división de poderes como la entendía Montesquieu, un pensador preconstitucional”.²² Cossío también ve inconvenientes en cierta expresión actualizada de las ideas de Montesquieu de que los jueces constitucionales serían simplemente “la boca que pronuncia la Constitución”. El entiende que los jueces constitucionales han abandonado también la idea kelseniana de legislador negativo y que “los tribunales constitucionales en la medida que interpretan la constitución, y en la medida

²¹ Ortiz Mayagoitia, Guillermo, “Presentación”, *Suprema Corte de Justicia de la Nación, tribunales constitucionales y democracia*, 2a. ed., México, 2008, p. X.

²² Cossío, José Ramón, “La función constitutiva de los tribunales constitucionales y la división de poderes”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2008, México, pp. 103-110.

que abren y cancelan opciones siempre han sido legisladores positivos".²³ Finalmente, Cossío expresa sus ideas centrales señalando:

...el problema central de los Tribunales [constitucionales], desde el momento que están interpretando normas jurídicas y particularmente normas constitucionales es que están generando una condición muy importante de reconstitución social, que es lo que al final de cuentas demandamos de la política en cualquier sociedad mas o menos racionalizada. Me parece que ahí es donde tenemos una primera tensión. Tenemos una representación en la que queremos seguir viéndonos como boca que pronuncia la palabra de la Constitución , cuando en realidad estamos actuando mucho más a fondo: estamos determinando funciones constitutivas o estamos realizando funciones constitutivas del orden jurídico, de la Constitución y por ende de la sociedad.²⁴

A manera de conclusión: las experiencias citadas y las reflexiones mencionadas en el contexto de los procesos de consolidación democrática en la región nos lleva a visualizar cuatro tendencias generales a los fines de presentar como conclusiones para el panel en que nos toca participar, a saber: 1) el desarrollo de una democracia constitucional, 2) las transformaciones funcionales de las instituciones jurisdiccionales, 3) cambios en la teoría de la división de poderes y 4) el fortalecimiento de la interpretación jurisdiccional de la Constitución.

Democracia constitucional. En los últimos 30 años los países de la región han experimentado procesos de transición política. En estos procesos se ha construido una democracia constitucional. Ello significa que mediante la interpretación constitucional se ha dado preeminencia a un concepto de constitución jurídico normativo con implicancias para el ordenamiento político de cada país. Esta Constitución es una Constitución suprema que rige tanto para el derecho público como para el derecho privado. Se trata de una constitución que vincula a los tres poderes del Estado y ha cualquier otro que esté en esa organización estatal. Es una constitución que respeta los derechos fundamentales o humanos y considera a estos derechos como exigibles judicialmente. Con base en estas características se construye la democracia constitucional en nuestros países. La constitución ha dejado de ser una mera carta política con valor reducido

²³ *Ibidem*, p. 107.

²⁴ *Idem*.

para inspirar los ideales del Estado y la sociedad. La Constitución ha asumido la tarea de establecer límites al poder del gobierno y demás instituciones y coloca al ciudadano en condiciones de exigir su respeto, variando este potencial de país en país. El control de constitucionalidad es entendido hoy como una tarea preferentemente jurisdiccional especializada. La permanente tensión entre política y derecho y los conflictos que de ella se deriven quedan sometidos al principio de Estado de derecho.

Transformaciones funcionales de las instituciones. el elemento en común de los procesos en transición fue que se contó con una renovación constitucional que fijó un nuevo diseño estructural del Estado, que pretendió superar la concentración autoritaria del poder. Parte de este proceso, fue el establecer instancias jurisdiccionales encargadas de ejercer el control de constitucionalidad como salas constitucionales, tribunales constitucionales o simplemente las mismas cortes supremas pero con una nueva gama de competencias. A estas instituciones les cupo la tarea de interpretar cuál es su status institucional, cuál es su rol dentro del sistema constitucional y adaptarlo al nuevo proceso político. Entonces, tras un proceso de reformas estructurales se inició un proceso de transformaciones funcionales de los actores jurisdiccionales. Los tribunales constitucionales de la región y sus equivalentes funcionales entienden que deben salvaguardar la supremacía de la Constitución, por un lado, pero por el otro asumen la tarea desarrollar el mismo contenido de la Constitución. Con la interpretación de conceptos abstractos constitucionales, como libertad o igualdad, no ligados a su entendimiento originario la comprensión de qué es la Constitución muta en la argumentación de las sentencias constitucionales relevantes. Los jueces constitucionales evidentemente realizan una función constitutiva de la sociedad, lo cual para nada es aceptado pacíficamente, especialmente, por los actores políticos. Los jueces constitucionales establecen en términos funcionales la misión que tienen dentro del sistema constitucional mediante la interpretación de la Constitución.

Cambios en la teoría de la división de poderes. Se observan cambios que dan por superado el modelo de separación estricta entre los poderes del Estado. En su lugar, encontramos un fortalecimiento de la idea de controles mutuos, del *checks and balances*. Esta idea de la separación estricta favoreció en el pasado o un Ejecutivo fuerte o en su caso un Parlamento fuerte, en detrimento de una relación equilibrada entre poderes.

Hoy en día, se entiende que la división de poderes favorece una nueva organización del Estado dónde se contempla que un poder del Estado sí puede ejercer controles sobre el otro ya sean de tipo político o jurisdiccionales. De esta forma, se construyen democracias con poderes limitados, por lo menos en la concepción constitucional.

También, se considera superado el modelo kelseniano de entender al Tribunal Constitucional como un simple legislador negativo. Los tribunales están no sólo para decidir que norma es expulsada por su incompatibilidad con la norma suprema, sino que los tribunales o sus equivalentes funcionales tienen también la función de concretizar principios generales establecidos en la Constitución. Se hace referencia entonces a una función creadora, una función dinámica de los jueces constitucionales y eso es producto de la interpretación misma.

Fortalecimiento de la jurisdicción constitucional y de su principal instrumento la interpretación de la Constitución. La interpretación ejercida desde los tribunales constitucionales se entiende cómo una interpretación auténtica, preeminente, por encima de los otros poderes en los casos que están resolviendo y como una interpretación de última instancia y obligatoria, según las condiciones para crear jurisprudencia en cada país. Finalmente, vemos que la interpretación constitucional es un instrumento que puede contribuir al desarrollo de las democracias, pero como instrumento su uso también requiere el mayor de los cuidados. Quedaría como una agenda pendiente verificar si la interpretación constitucional ha sido un método eficaz para reparar los derechos humanos violados en los procesos de consolidación de la democracia, o simplemente sirvió asentar nuevos poderes institucionales.

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN COSTA RICA

Rubén HERNÁNDEZ VALLE

SUMARIO: I. *Tipología o criterios de comparación.* II. *Disposiciones relevantes sobre interpretación.* III. *Métodos y casos relevantes de argumentación interpretativa.* IV. *Incidencia de la interpretación de la Sala Constitucional en la democratización.* V. *La agenda pendiente.*

I. TIPOLOGÍA O CRITERIOS DE COMPARACIÓN

1. *Introducción*

El presente trabajo se refiere específicamente a la interpretación constitucional y, en especial, a la realizada por la Sala Constitucional.

Las razones para delimitar el objeto del presente estudio a esta temática se funda en que la abundante jurisprudencia de la Sala Constitucional, en veinte años de existencia, permite realizar un estudio comparativo interesante sobre las diferentes pautas interpretativas utilizadas en sus principales hitos jurisprudenciales.

Los criterios escogidos son los que aplica la Sala Constitucional con mayor frecuencia, por lo que es posible establecer en sus hitos jurisprudenciales cuál método específico ha utilizado.

En términos generales, los métodos utilizados por la Sala Constitucional son los siguientes: *a)* interpretación conforme a Constitución; *b)* interpretación evolutiva; *c)* interpretación sistemática.

En materia de derechos fundamentales, ha aplicado con regularidad los principios *pro homine* y *pro libertatis*, que ha tomado prestados de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. *La interpretación conforme a Constitución*

Este principio deriva del carácter de orden normativo que tiene la Constitución y de su rango supremo dentro del ordenamiento.

Según este principio, los tribunales constitucionales deben abstenerse de hacer declaratorias de nulidad cuando la norma impugnada es susceptible de ser interpretada en armonía con el derecho de la Constitución.

De ahí se derivan dos corolarios importantes: primero, que existe una presunción de constitucionalidad de las leyes, en el sentido de que los jueces constitucionales sólo deben hacer declaratorias de nulidad, absolutas o parciales, cuando exista más de una duda razonable sobre la contradicción de la norma subconstitucional y el derecho de la Constitución, de manera tal que cuando sea posible realizar una interpretación de la norma impugnada que se compagine con la Constitución, el juez debe seguir este camino.

De ahí deriva el uso de las denominadas sentencias interpretativas, las cuales no declaran la nulidad de la norma impugnada, pero sí establecen cómo debe interpretarse la norma subconstitucional para no incurrir en contradicción con el bloque de constitucionalidad.

Esta técnica interpretativa, sin embargo y bajo determinadas circunstancias, podría suplantar al legislador ordinario, puesto que por esta vía los tribunales constitucionales podrían, so pretexto de interpretar la legislación ordinaria conforme a la Constitución, introducir normas ex novo en el ordenamiento jurídico.

Por ello, un jurista alemán ha sugerido una serie de presupuestos y límites del principio de interpretación conforme a la Constitución, que enumeramos de inmediato:

- a) toda interpretación conforme a la Constitución presupone, como algo evidente, que la ley en cuestión es susceptible de interpretación en general. Las leyes con un contenido unívoco son o bien compatibles o incompatibles con la Constitución; en estos casos no se puede llegar a la interpretación conforme a la Constitución que se sitúa entre ambos extremos.
- b) la interpretación conforme a la Constitución “no juega ningún papel, si la decisión depende exclusivamente de la aplicación de la propia Constitución”.

- c) no tiene sentido una interpretación conforme a la Constitución, si una norma la viola en cualquier interpretación imaginable.
- d) las normas constitucionales no deben ser interpretadas según la máxima de que la ley ordinaria tiene que subsistir. Ello supondría una interpretación de la Constitución conforme a la ley (Simon).

En el caso del ordenamiento costarricense, este criterio toma una relevancia especial, pues el artículo 1o. de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que el objeto de esa jurisdicción es, entre otros, “garantizar los principios y normas del derecho internacional o comunitario vigentes en la República, así como su uniforme interpretación y aplicación”. En el artículo 2o., cuando se habla de los procesos constitucionales que regula la ley, se establece que la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad —consulta legislativa de constitucionalidad y consulta judicial de constitucionalidad— tienen como objeto ejercer el control de constitucionalidad sobre las normas de cualquier naturaleza y sobre los actos sujetos al derecho público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el derecho internacional o comunitario.

En consecuencia, el juez constitucional costarricense no sólo aplica el principio interpretativo conforme a la Constitución, sino que en la interpretación de las normas constitucionales y subconstitucionales aplica también el principio conforme al derecho internacional y comunitario vigente en la República.

En el tercer acápite veremos algunos ejemplos concretos de interpretación conforme a la Constitución y conforme a los principios y normas del derecho internacional.

3. *La interpretación evolutiva*

En general, se suele hablar de interpretación evolutiva cuando el operador jurídico busca adecuar el precepto interpretado a las coordenadas de tiempo y espacio.

En alguna medida, la interpretación evolutiva reviste carácter mutativo, pues aunque deja intacto el texto formal de la norma, modifica su contenido, sea agregándole algo (mutación por adición), sea restándole algo (mutación por sustracción). Por tanto, la interpretación evolutiva puede ser *praeter*

constitutionem cuando complementa el texto constitucional, y contra *constitutionem*, cuando lo ataca.

Existe una frontera gris entre la interpretación histórico-evolutiva de la Constitución y la propiamente mutativa. En efecto, cabe preguntarse, ¿hasta dónde y cuándo es legítima una interpretación histórico-evolutiva, es decir, una exégesis que privilegia el espíritu del constituyente por sobre el texto literal de la carta política, y la necesidad de aplicarlo en relación con las circunstancias y realidades del presente?

La interpretación evolutiva parte del supuesto de que el texto constitucional es una especie de cascarón, cuyo contenido normativo puede cambiar en virtud de ciertas exigencias que maneja el intérprete, que suelen ser de naturaleza ideológica.

La justificación que se da para utilizar el método evolutivo es la modernización de la Constitución sin alterar su letra ni su espíritu, ni recurrir al procedimiento de reforma constitucional.

Dentro de este orden de ideas, el denominado “construccionismo amplio norteamericano”, ha construido la doctrina de la *living Constitution*, según la cual la Constitución no es un texto cerrado emitido varias décadas atrás, sino más bien un instrumento de gobierno cuyos conceptos y valores varían cotidianamente.

En el fondo esta teoría, antes de interpretar un texto constitucional, lo que hace es tratar de “construir” respuestas constitucionales para los problemas actuales, sin necesidad de variar el texto original.

Es indudable que la interpretación evolutiva *praeter constitutionem* es legítima, dado que actualiza y desarrolla los principios y valores constitucionales sin atentar contra su letra ni contra la voluntad del constituyente.

La interpretación contra *constitutionem*, por el contrario, tiene dos manifestaciones: la primera, cuando reconoce una mutación constitucional ya operada en la realidad. Es decir, se trata de aquellos casos en que se produce una mutación del texto constitucional por una costumbre inveterada en contrario.

La segunda manifestación, en cambio, se produce cuando la interpretación evolutiva se convierte en promotora de una mutación todavía sin concretar. En este caso, esa interpretación es espuria por cuanto implica una sustitución pura y simple del texto constitucional vigente.

4. *La interpretación sistemática*

En términos generales, la interpretación sistemática hace referencia a la estructura y posición de un determinado instituto jurídico o de un precepto jurídico en el complejo global del ordenamiento.

Se parte del supuesto de que la Constitución es un todo orgánico, por lo que sus disposiciones deben ser aplicadas de manera concertada.

De ello se infieren varios corolarios: *a)* ningún artículo de la Constitución puede interpretarse de manera aislada; *b)* toda cláusula constitucional debe interpretarse ordenándola con las demás; *c)* la interpretación de la Constitución debe cuidar de no alterar el equilibrio de su conjunto; *d)* toda interpretación debe propender hacia algo constructivo.

En síntesis, la interpretación sistemática propone una exégesis de la Constitución coordinada, anticonflictiva, equilibrada y útil de la Constitución.

Sin embargo, el intérprete debe tener claro que toda Constitución suele contener contradicciones y redundancias normativas. En las Constituciones más antiguas existen invariablemente conflictos ideológicos, pues diversas normas fueron emitidas en momentos en que imperaban concepciones ideológicas diferentes.

Verbigracia, el núcleo central de la parte dogmática de la Constitución costarricense data de 1871, cuando imperaba una concepción ideológica de corte liberal, en tanto que el capítulo de Garantías sociales fue introducido en los años cuarenta del siglo pasado, bajo el patrocinio ideológico tanto del marxismo como de la doctrina social de la Iglesia católica. Por ello, existe una contradicción insalvable entre los derechos económicos de corte netamente liberal con las potestades de intervención del Estado en la economía.

Las contradicciones ideológicas pueden resultar graves, pues permiten lecturas diferentes del mismo texto constitucional. En la jurisprudencia de la Sala Constitucional, como veremos luego con mayor detalle, existen momentos en que se impuso una determinada ideología en la interpretación de una determinada norma, concepción que pocos años después varió radicalmente al cambiar la integración del tribunal.

Los ejemplos más claros en este sentido lo tuvimos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos durante la Administración Roosevelt en relación con la legislación promulgada para hacer operativo el de-

nominado “New Deal”. De una concepción netamente liberal de la carta política de los Estados Unidos que consideraba cualquier intervención estatal como violatoria de la Constitución, se pasó a una interpretación que privilegió la intervención del Estado en el ámbito de la economía, sin que esa intervención se considerara como conculcadora del texto constitucional.

Derivada de esta pauta interpretativa, ha surgido el principio de que la interpretación constitucional debe armonizar la relación de tensión existente entre las disposiciones constitucionales.

Para ello se parte de la consideración de que no existen bienes jurídicos superiores a otros en la Constitución, salvo que el propio texto constitucional establezca tal jerarquización. De donde deriva la necesidad de que el intérprete constitucional armonice el texto normativo de las distintas disposiciones constitucionales, equilibrándolas, lo que lógicamente implica un límite para ciertas normas, pero sin cercenarles su eficacia.

Para lograr tal armonización es necesario que “ El establecimiento de límites tiene que ser proporcional en cada caso concreto; no debe ir más lejos de lo que sea necesario, a fin de producir la concordancia entre los dos bienes jurídicos” (Hesse). El problema, entonces, estriba en establecer, en cada caso concreto, la proporcionalidad adecuada y conveniente, pues, al fin y al cabo, la proporcionalidad implica una ponderación de valores o bienes jurídicos.

Aunque tales ponderaciones pueden ser peligrosas por estar sujetas a una carga subjetiva muy amplia del intérprete, lo cierto es que deben ser admitidas si son utilizadas en forma cuidadosa, de manera que la proporcionalidad sea extraída a partir de una interpretación adecuada del texto constitucional. Esta pauta interpretativa nos trae a colación la necesidad de que la interpretación constitucional se vincule a una teoría coherente del derecho de la Constitución. Sólo de esa manera podría lograrse una interpretación objetivada y estrictamente jurídica.

La incorporación de la proporcionalidad como pauta interpretativa de las normas constitucionales plantea, sin embargo, un problema serio: ¿es o no posible que se establezcan principios interpretativos unilaterales, que tengan mayor peso que otros? Por ejemplo, ¿podría válidamente hablarse de que el llamado principio *pro libertatis* desplaza la aplicación de otras pautas hermenéuticas en caso de conflicto entre dos o más normas constitucionales?

La solución no es fácil, puesto si bien es cierto que la Constitución debe interpretarse de manera armoniosa, también existen ciertos principios y valores en ella que fueron evidentemente privilegiados por el constituyente. Dentro de ellos, el principio *pro libertatis* es uno de los cardinales dentro de cualquier ordenamiento constitucional en materia de interpretación de los derechos fundamentales, pues justamente el Estado ha sido creado para proteger la libertad, no para sojuzgarla (Stein).

Dentro de este orden de ideas, la Corte Constitucional de los Estados Unidos ha creado la teoría de la *preferred-freedom doctrine*, la cual ha tenido amplia aplicación en la jurisprudencia de ese país.

Nos parece, sin embargo, que ese principio carece de validez general, pues siempre debe analizarse a la luz de la norma constitucional que se trata de interpretar. Habrá algunos casos en que la armonización de la Constitución deberá ceder ante tal principio, pero también existen otros en los que no podrá aplicarse justamente por exigencias del principio de proporcionalidad, pues la aplicación de la *preferred-freedom doctrine* podría potenciar la defensa de una situación individual en perjuicio del interés general.

5. *La aplicación de las pautas hermenéuticas de interpretación pro homine y pro libertatis en materia de derechos fundamentales*

La jurisprudencia de la Sala Constitucional, siguiendo la de la CIDH, ha utilizado frecuentemente, como pautas interpretativas en materia de derechos fundamentales, los principios *pro homine* y *pro libertatis*.

A. *Principio pro homine*

Conforme a este principio, el derecho fundamental debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano. Este principio deriva de la posición básica que los derechos fundamentales ocupan como elemento estructural del ordenamiento y como valor fundamental del Estado de derecho.

De esa forma el sistema de libertad que garantizan los derechos fundamentales deja fuera del alcance de la acción del Estado, ya sea por medio de la ley, de la actividad administrativa o de los tribunales de justicia, una esfera intangible de libertad, la cual no puede ser tocada por ninguna autoridad,

porque es el hombre, no la sociedad, quien tiene dignidad y, en consecuencia, corresponde a él la titularidad de los derechos fundamentales.

El ser humano es alfa y omega de las normas jurídicas, por lo que éstas y, especialmente las que consagran derechos fundamentales, deben interpretarse en la forma que más le favorezcan.

El citado principio, junto con el de *pro libertatis*, constituyen el meollo de la doctrina de los derechos humanos y significa que el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano.

Los tribunales constitucionales aplican este principio en su jurisprudencia en relación con los derechos humanos contemplados en los instrumentos internacionales sobre esa materia, vigentes en cada país. En efecto, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes, al integrarse al ordenamiento jurídico al más alto nivel, valga decir, al nivel constitucional, lo complementan en lo que favorezca a la persona.

Inclusive la jurisprudencia de la Sala Constitucional sostiene la tesis de que los instrumentos de derechos humanos vigentes tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, privan por sobre ella (Voto 3435-92).

Independientemente de dicho criterio, lo que ocurre en materia de derechos humanos es que, justamente en virtud del principio *pro homine*, el juez constitucional está obligado a aplicar la norma nacional o internacional más beneficiosa para la persona, sin que ello implique, desde el punto de vista jurídico, reconocerle mayor jerarquía normativa a los tratados respecto de la Constitución.

Este principio, conocido como el de preferencia de normas, se encuentra recogido en el artículo 29 inciso b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al señalar que “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido: a)...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”. Este principio cobija también el denominado “principio de primacía de la norma más favorable a la víctima”, que ha tenido una aplicación extensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, cuyo contenido analizaremos más adelante.

Del principio *pro homine* derivan también algunos corolarios, como el principio *pro operario* en materia laboral, el *indubio pro reo* en materia penal y el principio *pro actione* en materia procesal.

a. El principio *pro operario* en materia laboral

En los ordenamientos modernos se reconoce el principio *pro operario* en materia laboral, según el cual en caso de duda debe adoptarse la interpretación más favorable de la norma para el trabajador. De esa forma se trata de tutelar los derechos de la parte más débil de la relación laboral.

La duda sobre cuál norma debe aplicarse puede presentarse en dos hipótesis: cuando más de una norma concurra a regular el caso concreto, o bien cuando una disposición normativa tenga más de una interpretación posible.

b. El principio *in dubio pro reo*

Este principio, como es sabido, postula que en caso de duda sobre las cuestiones de hecho se debe estar a lo más favorable para el imputado. Por ello, para la condena del imputado se necesita la certeza de su culpabilidad, por lo que la simple probabilidad da lugar a una sentencia absolutoria.

Este principio sólo rige en cuanto a la determinación de los hechos acreditados, pero no con respecto a la interpretación de la ley penal o la ley procesal y se aplica al momento de dictarse la sentencia.

c. El principio *pro actione* y el derecho a la tutela judicial efectiva

El derecho a la tutela judicial efectiva se suele definir como “el derecho de todas las personas a tener acceso al sistema judicial y a ejercer, en el seno del proceso, todas sus facultades para que los órganos jurisdiccionales estudien su pretensión y emitan un resolución motivada y conforme a derecho que, acogiendo o desestimando dicha pretensión, establezca la verdad oficial” (García Morillo).

Dentro de sus contenidos esenciales está el principio *pro actione*, el cual se manifiesta fundamentalmente en dos vertientes: primero, el dere-

cho de acceso a la justicia, cuyos requisitos deben ser interpretados de manera restrictiva. De esa forma la ley no puede establecer requisitos que hagan muy difícil o imposible el acceso a los tribunales de justicia o hacer nugatorios los recursos contra las resoluciones que deparen perjuicio a las partes en el proceso.

Íntimamente relacionado con esta primera vertiente está la del principio *pro sententia*, en el sentido de que toda persona tiene derecho a una sentencia justa. Por ello, las normas procesales deben interpretarse a la luz del principio *pro sententia*, es decir, en el sentido de facilitar la administración de justicia y no como obstáculo para alcanzarla. De esa forma, el derecho de acceso a la justicia no puede ser obstaculizado por formalismos enervantes.

Consecuencia de lo anterior, los requisitos de admisibilidad deben interpretarse restrictivamente y sólo son posible a texto expreso de la ley; por el contrario, debe interpretarse extensivamente y sin sujeción a ningún formalismo, todo aquello que conduzca a la decisión de las cuestiones de fondo en sentencia. Además, las infracciones o formalidades procesales sólo pueden dar lugar a nulidades relativas, por lo que siempre son subsanables, mientras no produzcan indefensión a alguna de las partes.

Dentro de este orden de ideas, el Tribunal Constitucional español ha dicho que “no son admisibles aquellos obstáculos que puedan estimarse excesivos, que sean producto de un formalismo y que no se compaginen con el derecho a la justicia, o que no aparezcan como justificados y proporcionados conforme a las finalidades que se establecen, que deben, en todo caso, ser adecuadas a la Constitución” (STC 57 / 85).

En síntesis, los requisitos formales se deben interpretar y aplicar de manera flexible y atendiendo a su finalidad y de que a su incumplimiento no se anuden consecuencias desproporcionadas o excesivamente gravosas.

B. *Principio pro libertatis*

Según este principio, los derechos fundamentales deben interpretarse del modo más amplio posible. Es decir, conforme al principio en examen, debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca la libertad y restrictivamente todo lo que la limite.

En efecto, como ha dicho un jurista alemán “Las libertades fijan límites, le dicen lo que deben dejar de hacer. Las libertades son ante todo no mandatos de acción, sino barreras a la acción pública” (Kirchhof).

Por ello, en caso de duda, siempre se deberá favorecer la cláusula de la libertad, pues los derechos fundamentales han sido consagrados para proteger la libertad, no para limitarla.

El principio *pro libertatis* implica que debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad. De acuerdo con ello, el orden público, la moral y los derechos de terceros que permiten, al menos a la ley, regular las acciones privadas, tienen que interpretarse y aplicarse de tal manera que en el primer caso se trate de amenazas graves al orden público.

Dentro de esta misma óptica, el Tribunal Constitucional español ha dicho que el principio hermenéutico *favor libertatis* postula que los derechos fundamentales deben interpretarse del modo más amplio posible. Siempre dentro de esta misma línea de pensamiento, ha precisado el citado tribunal español que “La legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos” (Voto 17- 85).

Sin embargo, en una resolución posterior precisó que la interpretación más favorable a los derechos fundamentales presupone la existencia de alguna *res dubia*, esto es, de alguna variante en la interpretación de los preceptos legales, ya que de lo contrario no se estaría protegiendo el derecho constitucional, sino confiriendo a las leyes un sentido y alcance que las propias leyes no consienten (Voto 32-89).

De lo anterior se deduce que el intérprete constitucional deberá darle preferencia a la interpretación que despliegue mejor la eficacia jurídica de la norma [Tribunal Constitucional Alemán, BverfGE, 6, 55 (72)].

II. DISPOSICIONES RELEVANTES SOBRE INTERPRETACIÓN

1. *Introducción*

En nuestra legislación existen cuatro normas que hacen referencia directa o indirecta a los métodos interpretativos: el artículo 10 del Código Civil, el numeral 10 de la Ley General de la Administración Pública, el artículo 1o. de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y el artículo 17 del Código de Trabajo.

2. El artículo 10 del Código Civil

El artículo 10 del Código Civil dispone lo siguiente: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas”.

Esta disposición normativa, que es aplicable fundamentalmente en el ámbito del derecho privado, privilegia los métodos gramatical, histórico y la finalidad perseguida por la norma.

No habla del método sistemático y de soslayo se refiere a la pauta evolutiva al disponer que se debe tomar en cuenta la realidad social del momento en que debe aplicarse.

3. El artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública

El artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública dispone que “ 1. La norma administrativa deberá ser interpretada en la mejor forma que garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular. 2. Deberá interpretarse e integrarse tomando en cuenta las otras normas conexas y la naturaleza y valor de la conducta y hechos a que se refiere”.

El redactor de la norma, el profesor Eduardo Ortiz, de grata memoria, la explicaba en los siguientes términos:

de acuerdo con el párrafo 2) (se refiere al artículo 10 de la LGAP) la interpretación se hace tomando en cuenta las otras normas conexas y además la naturaleza de los hechos, el valor de las conductas que están tratando de regularse o armonizarse dentro del caso. Es decir, tomando en cuenta todos esos elementos, naturalmente obligan al administrador y al juez a tener un conocimiento completo de la ley en todo su articulado y de la situación que está tratando de resolver, se llega a la conclusión de que un artículo de la ley y esto ocurre a menudo, contradice el resto o no compagina con la finalidad que los otros persiguen, porque más bien hace imposible que se realice lo que la ley persigue, o dificulta su realización y además desconoce la realidad a la que se tiene que aplicar la ley...yo diría que nuestro principal propósito tal vez es exaltar que en el derecho administrativo la

interpretación tiene que tomar muy en cuenta cuáles son los resultados sociales que la administración debe conseguir cuando actúa.

En consecuencia, la interpretación en el ámbito del derecho administrativo busca dos propósitos fundamentales: garantizar los resultados sociales que la administración debe conseguir cuando actúa, pero simultáneamente respetando los derechos e intereses de los particulares. Para ello se debe utilizar el método sistemático, es decir, las normas que deben aplicarse para un caso concreto se deben interpretar en relación con las otras normas conexas que concurren a regularlo.

4. El artículo 1o. de la Ley de la Jurisdicción Constitucional

El artículo 1o. de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone lo siguiente:

La presente ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del derecho internacional o comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.

Aunque esta norma no prescribe un método interpretativo específico para la jurisdicción constitucional, lo cierto es que lo hace de manera indirecta, al indicar que la finalidad de aquella consiste, entre otras cosas, en “garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del derecho internacional o comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación”.

En efecto, esta norma impone a la jurisdicción constitucional la obligación de interpretar el texto constitucional en armonía con los principios y normas del derecho internacional y comunitario, lo que significa que la Sala Constitucional está obligada a realizar una interpretación sistemática, especialmente en materia de derechos fundamentales, entre el derecho de la Constitución y las disposiciones del derecho internacional y comunitario vigentes en nuestro ordenamiento.

5. *El artículo 17 del Código de Trabajo*

Dispone la norma en cuestión “Para los efectos de interpretar el presente Código, sus Reglamentos y sus leyes conexas, se tomarán en cuenta, fundamentalmente, el interés de los trabajadores y la conveniencia social”.

De esta disposición tanto la jurisprudencia laborales costarricenses ha derivado el principio *pro operario*, que es una manifestación concreta en el ámbito laboral de la pauta hermenéutica en materia de derechos fundamentales del principio *pro homine*, según la cual, en caso de duda, la norma se debe interpretar en favor del trabajador por ser la más débil en la relación.

III. MÉTODOS Y CASOS RELEVANTES DE ARGUMENTACIÓN INTERPRETATIVA

1. *Interpretación conforme a la Constitución*

En la jurisprudencia de la Sala Constitucional encontramos numerosas sentencias en que se ha utilizado el método interpretativo conforme a la Constitución. Para efectos ilustrativos analizaremos dos.

En la primera de ellas, dijo la Sala :

- a) Que la existencia y competencia del Tribunal de Servicio Civil no son contrarias *per se* a la Constitución, siempre que no se les otorgue carácter jurisdiccional sino únicamente administrativo, a efecto de tener por agotada esa vía como previa a la judicial contencioso-administrativa o, en su caso, laboral;
- b) Que es inconstitucional la interpretación o aplicación de las disposiciones relativas al Tribunal de Servicio Civil, en la medida en que con aquélla se atribuya a éste o a sus competencias carácter jurisdiccional, o que se reconozca a sus fallos autoridad de cosa juzgada (Voto 1148-90).

En otros términos, la Sala sostuvo que el Tribunal de Servicio Civil no era inconstitucional, siempre que se interpretara, conforme a las normas constitucionales relativas al Poder Judicial, que ese tribunal no ejerce potestades jurisdiccionales, sino solamente de carácter administrativo.

En otra sentencia posterior, en que se cuestionó la constitucionalidad de algunas normas legales que autorizaban a ciertos funcionarios públicos para inspeccionar documentos privados, la Sala sostuvo que esas dis-

posiciones legales no violaban la garantía constitucional de inviolabilidad de los documentos privados, siempre que se interpretaran en el sentido de que tales facultades de inspección se ejercieran en favor de derechos de terceros, como son los trabajadores y los asegurados de la Caja Costarricense del Seguro Social (Voto 6497-96).

Es decir, las normas impugnadas se interpretaron conforme a la Constitución, pues sólo se consideran constitucionalmente válidas si el ejercicio de las potestades de inspección de documentos privados que autorizan se realiza en favor de derechos de terceros garantizados constitucionalmente. En cambio, si tales facultades de inspección se ejercitan en otros casos en que no estén favorecidos terceros, devienen inconstitucionales.

2. Interpretación evolutiva

A. *Extranjero que case con costarricense puede adoptar la nacionalidad por naturalización*

Existe una sentencia de la Sala Constitucional, mediante la cual interpretó el artículo 14 inciso 4) de la Constitución en el sentido de que cuando la norma dispone que “Son costarricenses por naturalización:... 4) La mujer extranjera que al contraer matrimonio con costarricense pierda su nacionalidad”, la palabra “mujer” debe leerse como “persona”, de manera tal que también cobije a los hombres.

Cuando la norma fue promulgada en 1949 existía una fuerte impronta cultural en nuestra sociedad de que existía una desigualdad entre ambos sexos, por lo que se propendía a proteger a la mujer por considerarse más débil. Sin embargo, esos patrones culturales tuvieron un cambio radical a partir de los años setenta, por lo que hoy día se considera que ambos sexos son titulares de los mismos derechos y obligaciones.

Dijo la Sala sobre el particular

La simple comparación de las normas transcritas con la disposición cuestionada demuestra que el beneficio concedido exclusivamente a la mujer extranjera casada con costarricense, constituye una discriminación en perjuicio del hombre extranjero casado con una ciudadana costarricense, contra quien crea artificialmente una desventaja pues le sustrae beneficios por razones de género, contraviniendo con ello el espíritu constitucional y uni-

versal de igualdad y no discriminación...Adviértase que en la especie la desigualdad que hiere los intereses del recurrente no es una simple diferenciación “razonable y objetiva”, sino un tratamiento evidentemente injustificado, infundado y desproporcionado, producto de condicionamientos sociales, culturales, económicos y políticos felizmente superados, tratamiento que actualmente resulta lesivo para la dignidad humana en lo particular, como derecho subjetivo positivo concreto a la igualdad, y para la unidad familiar como derecho social objetivo, desde el momento en que establece una restricción odiosa que atenta, por discriminación, contra el equilibrio jurídico y espiritual de la familia, también tutelado por la Constitución y por el ordenamiento internacional y por ello patrimonio subjetivo del ofendido...En aras de evitar desigualdades y discriminaciones futuras que pudieran surgir al aplicarse la Carta fundamental y otros instrumentos jurídicos vigentes, y en el ejercicio de la facultades que le otorga la Constitución a esta Sala, se dispone que cuando en la legislación se utilicen los términos “hombre” ó “mujer”, deberán entenderse como sinónimos del vocablo “persona”, y con ello eliminar toda posible discriminación “legal” por razón de género, corrección que deben aplicar todos los funcionarios públicos cuando les sea presentada cualquier gestión cuya resolución requiera aplicar una normativa que emplee los vocablos arriba citados (Voto 3435-92).

Evidentemente estamos en presencia de una interpretación evolutiva, pues en el mundo actual los hombres y las mujeres son titulares de los mismos derechos y obligaciones.

B. La libertad de contratación

Otro ejemplo de interpretación evolutiva la tenemos en la sentencia en que la Sala determinó el contenido esencial de la libertad de contratación y anuló, por ser contraria a esa libertad, el artículo 60. de la Ley de la Moneda, el cual permitía que las obligaciones contraídas en moneda extranjera pudieran ser canceladas en colones al tipo oficial de cambio.

La Sala consideró que efectivamente el deudor podía válidamente descargar sus obligaciones contraídas en moneda extranjera en colones, pero no al tipo de cambio oficial como reza literalmente la norma precitada de la Ley de la Moneda, sino más bien al “tipo de cambio de mercado”, pues de lo contrario se producía un desequilibrio entre las prestaciones

recíprocas entre acreedor y deudor, con un evidente enriquecimiento ilícito en favor del último.

Dijo la Sala sobre el particular lo siguiente: “No obstante, en el párrafo 2 *in fine* de esta última se faculta al deudor para descargar sus obligaciones contraídas en monedas extranjeras, en colones” al tipo de cambio oficial vigente a la fecha de pago; aspecto éste en que la norma así restablecida resulta también inconstitucional, porque vendría a permitir un evidente desequilibrio en perjuicio de los acreedores, con manifiesta violación del artículo 45 constitucional y de los criterios de constitucionalidad aludidos en el Considerando XIII *supra*, en cuanto que este tipo oficial no corresponda —por inferioridad o superioridad— al valor comercial efectivo que, a la fecha del pago, tenga en el mercado la moneda extranjera adeudada. Esto implicaría, por una parte, la expropiación ilegítima, sin indemnización, del patrimonio de aquéllos, y, por la otra, el enriquecimiento sin causa de sus deudores, como ha venido ocurriendo con harta frecuencia en nuestro país. Es más, sería incluso hipotéticamente posible que la norma revirtiera en perjuicio de los propios deudores, en la eventualidad de que el tipo oficial se llegare a fijar en un monto superior al valor real de intercambio. En consecuencia, y en ejercicio de las potestades que le otorga el artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la Sala opta por disponer también la anulación, por conexión o consecuencia, de la referida frase final, como única solución constitucionalmente válida para mantener el equilibrio financiero de los contratos; de manera que el párrafo 2) del artículo 60. de la Ley de la Moneda, cuya vigencia se reestablece en virtud de las inconstitucionalidades declaradas, deberá leerse así: “Sin embargo, podrán celebrarse contratos y contraerse obligaciones en monedas extranjeras pudiendo, a opción del deudor, cancelarse en colones”. Colones que, a su vez, deberán ser calculados conforme al valor comercial efectivo que tenga la moneda extranjera adeudada al momento del pago, es decir, a su valor real de intercambio, el cual debe responder a criterios suficientemente objetivos, comprobables y justos —esto último en cuanto a la justicia propia de la relación contractual, concretamente a la equivalencia en los intercambios y a la proporción en las distribuciones—; valor que, en último término, debe ser prudencialmente apreciado en cada caso por los tribunales de justicia, sin acudir a criterios arbitrarios o meramente subjetivos, como los de una paridad establecida legislativa, gubernativa o administrativamente. En este sentido, lo que debe imperar en todo caso es un tipo o

valor de intercambio del colón, no en función de unidad de medida en relación con la de otras monedas, sino de valor objetivo y real, es decir, de su precio como mercancía, valor para cuya determinación puede acudirse sencillamente al que opera, de hecho, en el llamado mercado libre de divisas” (Voto 3495-92).

Se trata indudablemente de una sentencia que aplica la pauta evolutiva, pues cuando la norma original fue aprobada, el tipo de cambio oficial coincidía con el del mercado. A raíz de la masiva devaluación que sufrió el país a finales de los años setenta e inicios de los ochenta, el tipo de cambio oficial se divorció para siempre de la realidad económica y pasó a ser una ficción jurídica.

3. *Interpretación sistemática*

Posiblemente este sea el sistema hermenéutico más utilizado por la Sala Constitucional en sus principales hitos jurisprudenciales. Veamos algunos ejemplos concretos.

A. La garantía constitucional del debido proceso

La Sala Constitucional, mediante la interpretación armónica de los artículos 39 (principio de legalidad penal) y 41 (garantía de justicia pronta y cumplida), consagró jurisprudencialmente la garantía constitucional del debido proceso, en su vertiente de procedimiento judicial, que es aplicable no sólo a los procesos penales, sino, además a todos los procesos sancionatorios judiciales o administrativos.

La Sala argumentó, en apretada síntesis, que el fundamento constitucional de esa garantía deriva de la interpretación armónica —sistemática— de los artículos 39 y 41 de la Constitución. Por el primero de ellos, se reconoce implícitamente el principio de inviolabilidad de la defensa, ya que para ejercitar la defensa y demostrar la culpabilidad del imputado es necesario que exista un proceso regulado por ley. Por otra parte, la sentencia firme a que se refiere la misma norma constitucional tiene que ser lógicamente el resultado final de un juicio previo.

El artículo 41, por su parte, garantiza que en los procesos judiciales no haya arbitrariedad ni oportunismo, pues los procesos deben ser ágiles y expeditos, lo que implica la regulación previa de la admisibilidad y perti-

nencia de los actos que deben cumplirse, así como la determinación de los poderes y deberes de los sujetos involucrados en aquellos (Voto 1739-92).

La interpretación sistemática de ambas normas permite concluir que ninguna persona puede ser sancionada, si previamente no ha gozado de la posibilidad de una efectiva defensa de los cargos imputados, de manera que su eventual condenatoria se fundamente en pruebas concretas y consideradas válidas por el ordenamiento.

B. *La libertad de contratación*

La jurisprudencia de la Sala Constitucional también ha derivado el derecho fundamental a la libertad de contratación de la interpretación armónica de tres normas constitucionales.

En efecto, dijo la Sala sobre el particular que “Partiendo del reconocimiento constitucional del principio y sistema de la libertad, en general (artículo 28), del derecho a la propiedad privada (artículo 45) y de la libertad de empresa (artículo 46), se inscribe como principio constitucional, *conditio sine qua non* para el ejercicio de ambos, el de libre contratación, cuyo contenido esencial la Sala resume en cuatro elementos, a saber: *a)* La libertad para elegir al co-contratante; *b)* La libertad en la escogencia del objeto mismo del contrato y, por ende, de la prestación principal que lo concreta; *c)* La libertad en la determinación del precio, contenido o valor económico del contrato que se estipula como contraprestación; *d)* El equilibrio de las posiciones de ambas partes y entre sus mutuas prestaciones; equilibrio que reclama, a su vez, el respeto a los principios fundamentales de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, según los cuales la posición de las partes y el contenido y alcances de sus obligaciones recíprocas han de ser razonablemente equivalentes entre sí y, además, proporcionadas a la naturaleza, objeto y fines del contrato (Voto 3495-92).

C. *El principio de irrevocabilidad de los actos propios*

La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha desarrollado el principio constitucional de irrevocabilidad de los actos propios declaratorios de derechos subjetivos en favor de los administrativos, de la interpreta-

ción sistemática de los artículos 11 y 34 de la Constitución Política y del principio constitucional de la buena fe.

Según este principio, la administración está inhibida para anular o dejar sin efecto, total o parcialmente, en sede administrativa, sus actos declaratorios de derechos subjetivos en beneficio de los particulares, salvo los casos de excepción contemplados en la ley y conforme a los procedimientos que ella misma señala al efecto.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional lo ha desarrollado de manera límpida en los siguientes términos:

Finalmente, es necesario resaltar la limitación impuesta al poder público por los artículos 11 y 34 de la Constitución en relación con la posibilidad de anular o revocar unilateralmente sus propios actos declarativos de derechos. En este sentido el principio de los actos propios, en su vertiente de prohibición a la Administración incluso de hacerse justicia por mano propia, excluye de sus atribuciones la de prever aquellos actos mediante los cuales ha otorgado o reconocido derechos subjetivos en favor de los administrados, con el fin de desconocer o anular estos derechos, salvo casos extremos como los de revocación dentro de lo dispuesto en el artículo 155, y los de nulidad absoluta, evidente y manifiesta y previo dictamen de la Procuraduría General de la República, conforme lo disponga el artículo 173, ambos de la Ley General de la Administración Pública. En efecto, es un principio de rango constitucional derivado, entre otros, de los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas consolidadas (Voto 1635-90).

D. El derecho de atención a la salud

El derecho de atención a la salud no se encuentra consagrado expresamente a nivel constitucional en Costa Rica. Sin embargo, una interpretación sistemática de la Sala Constitucional lo derivó del derecho a la vida.

Dijo la Sala lo siguiente:

En cuanto al derecho a la salud ...si bien nuestra Constitución Política no contempla en forma expresa este derecho —aunque si se preocupa de regular expresamente los aspectos con ella relacionados, catalogados como parte de los derechos constitucionales sociales, como el derecho a la seguridad social—, no se puede negar su existencia, por ser derivado directamente del derecho a la vida protegido en el artículo 21 de nuestra Constitución, ya que éste —el derecho a la vida— es la razón de ser y explicación última del de-

recho a la salud. La conexión existente entre ambos es innegable, el derecho a la salud tiene como propósito fundamental hacer efectivo el derecho a la vida, porque éste no protege únicamente la existencia biológica de la persona, sino también los demás aspectos que de ella se derivan. Se dice con razón, que el ser humano es el único ser de la naturaleza con conducta teleológica, porque vive de acuerdo con sus ideas, fines y aspiraciones espirituales, en esa condición de ser cultural radica la explicación sobre la necesaria protección que, en un mundo civilizado, se le debe otorgar a su derecho a la vida en toda su extensión, en consecuencia a una vida sana. Si dentro de las extensiones que tiene este derecho, como se explicó, el derecho a la salud o de atención a la salud, ello incluye el deber del Estado de garantizar la prevención y tratamiento de las enfermedades (Voto 1915-92).

E. El derecho a un ambiente equilibrado y ecológicamente sano

Durante mucho tiempo no existía ninguna norma expresa en la Constitución que garantizara, a nivel de derecho fundamental, el derecho a un ambiente equilibrado y ecológicamente sano.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala lo derivó de la interpretación sistemática de la norma que establece la obligación del Estado de tutelar el paisaje y las bellezas naturales y del derecho a la vida.

Dijo la Sala sobre el particular:

Esta Sala estima que el tema debe ser analizado desde la perspectiva constitucional en aras de garantizar la protección del derecho a un ambiente sano ampliamente reconocido y protegido por esta jurisdicción y expresamente contemplado por el artículo 89 de la Constitución. Por ello, podemos afirmar que del derecho a la vida y de la obligación estatal de “proteger las bellezas naturales” contenidos en los artículos 21 y 89 de la Constitución, surgen otros derechos de obligada protección e igual rango como son los de la salud y a un ambiente sano, en ausencia de los cuales o no sería posible el ejercicio de los primeros, o su disfrute se vería severamente limitado (Voto 6240-93).

F. *La prohibición de las convenciones colectivas en el empleo público*

La Sala Constitucional declaró inconstitucional las normas del Código de Trabajo que autorizaban la suscripción de convenciones colectivas de trabajo en el ámbito del empleo público.

Este es otro buen ejemplo de interpretación sistemática de la Constitución, que vino a resolver un viejo conflicto jurídico: ¿se deben aplicar todas las garantías sociales, incluido el derecho de suscribir convenciones colectivas, a los empleados públicos, a pesar de que la propia Constitución señala que la relación entre el Estado y sus servidores es de carácter estatutario?

Para llegar a esa conclusión, la Sala realizó una interpretación sistemática de los artículos 191 y 192 de la Constitución, así como del Capítulo de Garantías Sociales que consagra una serie de derechos individuales y colectivos en favor de los trabajadores, entre ellos el de suscribir convenciones colectivas con sus patronos.

Dijo la Sala sobre el particular:

XI En opinión de la Sala, entonces, los artículos 191 y 192 de la Constitución Política, fundamentan la existencia, de principio, de un régimen de empleo regido por el derecho público, dentro del sector público, como ha quedado claro del debate en la Asamblea Nacional Constituyente y recoge incipientemente la Ley General de la Administración Pública. Este régimen de empleo público implica, necesariamente, consecuencias derivadas de la naturaleza de esa relación, con principios generales propios, ya no solamente distintos a los del derecho laboral (privado), sino muchas veces contrapuestos a éstos (Voto 1696-92).

4. *Interpretación en materia de derechos fundamentales*

A. *Los derechos de los pueblos aborígenes*

El hecho de pertenecer a una tribu de aborígenes no es considerado por la Constitución costarricense como una de las categorías que otorgan la nacionalidad por nacimiento, como ocurre en otras legislaciones.

Sin embargo, la Sala Constitucional mediante interpretación de la Constitución, el Convenio 169 de la OIT y los principios del derecho in-

ternacional de los derechos humanos —especialmente los principios *pro homine* y *pro libertatis*— llegó a la conclusión de que nuestros aborígenes eran costarricenses por nacimiento (Voto 1786-93).

Por consiguiente, consideró que a tales personas no le eran aplicables las normas relativas a la obtención de la nacionalidad por naturalización, como había sido la praxis del Registro Civil hasta entonces. En criterio de la Sala, los aborígenes, que demuestren esa condición, tienen derecho a inscribirse como costarricense por nacimiento

B. *La prohibición de la colegiatura obligatoria para ejercer el periodismo*

La Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, aprobada en los años setenta del siglo pasado, vino a establecer la colegiatura obligatoria para ejercer la profesión de periodista en el país.

Ante una opinión consultiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo que la colegiatura obligatoria era incompatible con el artículo 13 de la Convención (OC-5-85).

La Sala Constitucional acogió los argumentos de la Corte Interamericana y añadió que la colegiatura obligatoria también debía declararse contraria al derecho de la Constitución en aplicación de los principios hermenéuticos *pro homine* y *pro libertatis* (Voto 2313-95).

C. *La ausencia de licencias municipales para el ejercicio de profesiones liberales*

El ejercicio de cualquier actividad lucrativa requiere la obtención de una patente —licencia— municipal. Por una praxis histórica consolidada, las Municipalidades nunca exigieron la patente comercial a los profesionales liberales. Sin embargo, durante los últimos años algunas corporaciones municipales decidieron hacerlo, lo cual motivó la presentación de algunos recursos de amparo, que la Sala Constitucional falló en favor de los recurrentes.

Argumentó la Sala sobre el particular lo siguiente:

Ahora bien, si a los profesionales, por la naturaleza propia del servicio que prestan y por sus condiciones particulares de ejercicio, se les enmarca dentro de una categoría especial y diferente que al resto de trabajadores, no es posi-

ble permitir que además de estar sujetos a exigencias de tanta relevancia para operar, también se les pretenda sobrecargar con la obligación de tener que contar con una patente para poder ejercer su profesión en un local comercial que se encuentre en determinada jurisdicción municipal. Tal exigencia, como la que se denuncia en el caso concreto, es en criterio de esta Sala, irrazonable y excesiva así como también lesiva de derechos fundamentales como el derecho al trabajo. Debe tenerse en cuenta que la licencia municipal es un permiso que otorga la Municipalidad de la jurisdicción correspondiente para abrir establecimientos dedicados a actividades lucrativas o realizar el comercio. Sin embargo, en el caso de las profesiones liberales, considera la Sala que la Municipalidad no tiene competencia para sobrecargar el ejercicio de las mismas con la obligación de tener que contar, además, con un permiso de este tipo puesto que, a diferencia de los establecimientos comerciales en donde ese permiso les permite operar, como ya se indicó, los profesionales liberales fueron autorizados previamente para ello cuando obtuvieron su título profesional por la Universidad respectiva y posteriormente cuando se incorporaron al Colegio profesional afín a su profesión. En ese sentido, el exigirle a la recurrente como profesional liberal la tenencia de ese permiso, se le está sobreponiendo una carga adicional que en criterio de la Sala es arbitraria y lesiva de sus derechos, motivo por el cual, el recurso debe ser estimado, como en efecto se ordena (Voto 3975-02).

Aunque la sentencia no lo diga expresamente, se trata de la aplicación de la pauta interpretativa *pro homine*, pues la norma de la Ley de Patentes Municipales que exige que toda actividad lucrativa realizada dentro del cantón está sujeta a la obtención de la respectiva patente, fue interpretada en el sentido más favorable a los profesionales liberales. También se utilizó implícitamente el principio *pro libertatis*, dado que la norma impugnada fue interpretada de manera restrictiva, en forma tal de favorecer al recurrente.

IV. INCIDENCIA DE LA INTERPRETACIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN LA DEMOCRATIZACIÓN

Existen algunos hitos jurisprudenciales de la Sala Constitucional que han tenido incidencia directa en la democratización de nuestras instituciones políticas y sociales.

1. *Jurisprudencia que ha democratizado nuestras instituciones políticas*

Mediante el voto 980-91 la Sala Constitucional declaró inconstitucional, por vicios formales y sustanciales, una reforma constitucional aprobada en 1971, mediante la cual se había autorizado el financiamiento previo de las campañas políticas, el cual se otorgaba basado en el número de votos que hubiera obtenido cada partido político en la elección anterior.

Este sistema de financiación estatal permitió que se consolidara un férreo bipartidismo, dado que las nuevas agrupaciones políticas tenían pocas posibilidades de surgir por falta de medios económicos para sufragar sus gastos electorales. Evidentemente esta situación atentaba contra la democratización del régimen político.

La sentencia se fundamenta en que

Al otorgar la financiación del Estado a los partidos políticos nacionales o provinciales que participaron y obtuvieron un determinado resultado en la elección anterior, y solamente a ellos, así se ha violado el derecho de la Constitución, tanto en...como en el 98, en relación con el 33, el primero en cuanto consagra el derecho de todos los ciudadanos a agruparse en partidos políticos, y el segundo en cuanto al reconocer el derecho a todos ser humanos a la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna contraria a su dignidad, consagra, al mismo tiempo, un principio o criterio especial de interpretación y aplicación de todos los demás derechos, fundamentales o no, en cuya virtud también el de constituir, organizar e inscribir partidos y participar en ellos en la política nacional debe entenderse siempre en condiciones de igualdad y sin discriminaciones. En efecto, financiar a los partidos con base en su pasado electoral máxime si se hace con detrimento de los que en el pasado no participaron o no obtuvieron los resultados que la norma legal impone, así como, en todo caso, de los nuevos que se constituyan, equivale a fosilizar las opciones políticas del pueblo costarricense, otorgado a los tradicionales un odioso monopolio y excluyendo a los deseos de una participación igualitaria si es que no de toda viabilidad práctica en la medida en que el crecimiento de la contribución estatal ha venido segando de hecho toda alternativa de financiación.

Asimismo subrayó que

La Sala considera que uno de los pilares del sistema costarricense de partidos, como en general, de los que comparten sus ideales del Estado de derecho de la democracia representativa, participativa y pluralista y de la

dignidad, libertad y derechos fundamentales de la persona humana es precisamente el del “pluralismo”...ninguna ventaja que pudiera derivarse, incluso para la propia democracia, de un sistema bipartidista o de un número reducido de partidos permitiría imponer el primero o limitar legalmente la proliferación, aun si sea inconveniente, de los segundos sin violar gravemente derechos y libertades de las más carra raigambre democrática; de manera que resultaría inconstitucional, no sólo una norma que lo pretendiera, sino incluso una política gubernamental dirigida a lograrlo por medios disuasivos o indirectos, o que pudiese causar ese efecto, aun sin proponérselo.

Finalmente agregó que

el derecho de los ciudadanos a agruparse en partidos políticos es, amén de un derecho de libertad que, como tal, lejos de restringido debe ser estimulado, y que, como también se dijo, por mucho que para algunos sea deseable poner un freno a la proliferación de partidos, no es posible legítimamente imponerlo, porque el pluripartidismo es consustancial con el sistema constitucional, tal como éste se ha concebido y estructurado en Costa Rica, a través de muchos años de tradición democrática.

Este fallo, sin duda alguna, vino a democratizar el sistema político costarricense, pues hizo posible que, a partir de las elecciones de 1994, se instaurara un verdadero régimen pluripartidista que ha venido a enriquecer notablemente nuestro espectro electoral. Ahora el elector dispone de más opciones para escoger a sus gobernantes, lo que redundará en una democracia política más pujante y vigorosa.

Posibilidad de la reelección presidencial alterna

La Sala Constitucional mediante voto 2771 del 4 de abril del 2003 declaró inconstitucional, por un vicio de incompetencia, la reforma constitucional introducida en 1969 al artículo 132 inciso 1 de la Constitución Política, la cual había eliminado la posibilidad de la reelección presidencial alterna que existía desde la Constitución de 1859.

Como resultado directo de esta sentencia, se amplió el abanico de candidatos a la presidencia para el electorado costarricense, lo cual, sin duda alguna, vino a fortalecer nuestro régimen institucional. De esa forma se

terminó con la absurda prohibición de que los expresidentes pudieran aspirar nuevamente a la primera magistratura de la República.

2. *Jurisprudencia que ha democratizado nuestras estructuras sociales*

Existen al menos dos materias en las que la jurisprudencia de la Sala ha coadyuvado a democratizar nuestras estructuras sociales.

La primera de ellas se refiere al reconocimiento de los derechos de los aborígenes que habitaron nuestro territorio y la segunda al reconocimiento de que el derecho a la seguridad social debe cubrir inclusive a quienes no son cotizantes del régimen.

A. *La tutela de los derechos de los habitantes originales de nuestro territorio*

Como indicamos en su oportunidad, el hecho de pertenecer a una tribu de aborígenes no es considerado por la Constitución costarricense como una de las categorías que otorgan la nacionalidad por nacimiento, como ocurre en otras legislaciones.

Sin embargo, la Sala Constitucional mediante interpretación de la Constitución, el Convenio 169 de la OIT y los principios del derecho internacional de los derechos humanos —especialmente los principios *pro homine* y *pro libertatis*— llegó a la conclusión de que nuestros aborígenes eran costarricenses por nacimiento (Voto 1786-93).

Esta sentencia incorporó, como ciudadanos de primera clase, a una cantidad de aborígenes que eran hasta entonces apátridas. La misma sentencia les reconoció el derecho de propiedad originario sobre las tierras que habitan con exclusión de terceros. Esto ha permitido, en la praxis, que estos grupos aborígenes puedan integrarse a la sociedad de consumo, pues al ser legítimos propietarios de sus tierras pueden convertirse en sujetos de crédito.

B. *Los alcances del derecho a la seguridad social*

El sistema de seguridad social en Costa Rica, de conformidad con lo estipulado en el artículo 73 de la Constitución, está estructurado mediante un financiamiento tripartito: contribuciones de los trabajadores, de los patronos y del Estado.

En principio, titulares de este derecho son sólo los que contribuyen a su mantenimiento. Sin embargo, la reiterada jurisprudencia de la Sala Constitucional, invocando el principio de solidaridad en materia de seguridad social, ha establecido que cualquier persona que requiera sus servicios puede obtenerlos, aunque no sea contribuyente.

Esta jurisprudencia, sin embargo, ha tenido un impacto negativo en las finanzas de la CCSS —institución estatal encargada de administrar la seguridad social—, pues la ha hecho incurrir en ingentes gastos para atender a inmigrantes, sobre todo de origen nicaragüense que viven en nuestro país y no cotizan a la seguridad social.

También la jurisprudencia constitucional en nuestro país ha obligado reiteradamente a la CCSS a que pague externamente —en el país o en el extranjero— tratamientos que la institución no está en capacidad de brindar a los asegurados o bien que les suministre medicamentos recetados por el médico tratante, pero que no están incluidos en el cuadro de medicamentos oficial de la institución.

De esa forma, el derecho a la seguridad social se ha democratizado hasta confundirse con el derecho de atención a la salud, pues hoy día la CCSS está en la obligación de atender a cualquier persona, nacional o extranjera, que requiera sus servicios, aunque no sea cotizante del respectivo seguro. Además, se ha visto obligada a proporcionar los procedimientos médicos que requiera el paciente aunque la institución no se encuentre en capacidad técnica de brindarlos, así como de suministrarle cualesquier tipo de medicamento que le receten privadamente al asegurado, aunque ese medicamento no se encuentre dentro del cuadro oficial de medicamentos de la institución o, inclusive, se encuentre en fase de experimentación en otro país.

V. LA AGENDA PENDIENTE

En cuanto a la agenda pendiente de la interpretación realizada por la Sala es posible afirmar que en materia de derechos económicos ha sido muy desafortunada y contraria al propio texto constitucional y a los principios que lo nutren.

En prácticamente todas las sentencias de la Sala que aluden al tema de la libertad de empresa se repite el estribillo que “ la libertad de comercio que existe como garantía fundamental, es el derecho que tiene todo ciudadano para escoger, sin restricciones, la actividad comercial legalmente

permitida que más convenga a sus intereses, de manera que ya en el ejercicio de esa actividad, la persona debe someterse a todas las regulaciones que la ley establece” (votos 143-94, 3499-96 y 7619-99, entre otros).

Tratando de paliar esta posición tan radical en otras sentencias se ha sostenido que “las leyes que restrinjan la libertad empresarial deben ser razonables y proporcionales; es decir, que debe haber proporcionalidad entre el perjuicio que la medida restrictiva genera en el titular de la libertad y el beneficio que se obtiene mediante ésta” (Voto 4848- 96).

Esta tendencia jurisprudencial constituye una interpretación no sólo contraria al texto mismo del artículo 46, sino, fundamentalmente, al contenido esencial de ese derecho garantizado por nuestra carta política vigente.

Lo único cierto de la tendencia jurisprudencial en comentario es que la libertad de escogencia de una determinada actividad lucrativa legalmente válida constituye uno de los contenidos esenciales de la libertad de empresa.

Sin embargo, la libertad de empresa, al igual que el derecho de propiedad, está constituida por un haz de facultades o derechos que integran su contenido esencial, es decir, aquel mínimo de derechos sin los cuales la libertad de empresa no existiría jurídicamente.

Evidentemente la primera facultad que integra la libertad de empresa es el derecho de toda persona para escoger libremente, es decir, sin injerencias de terceros públicos o privados, la actividad económica lícita que desea realizar.

La jurisprudencia constitucional en la materia, sin embargo, reduce todo el rico contenido de la libertad empresarial a un solo contenido, con lo cual, termina por vaciarlo de todo contenido, valga el juego de palabras.

En efecto, si “en el ejercicio de esa actividad, la persona debe someterse a las regulaciones que la ley establece”, es lógico concluir que nuestra jurisprudencia constitucional considera que el contenido esencial del derecho de libertad empresarial es materia reservada a la ley y no al constituyente, con lo cual, de paso, se vulnera groseramente el sistema de las fuentes normativas, dado que se coloca a la ley por encima de la Constitución.

En otros términos, según la jurisprudencia de la Sala será constitucionalmente válida cualesquier limitación que imponga el legislador a la libertad de empresa, siempre que respete los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Sin embargo, la determinación de la proporcionalidad y razonabilidad de la regulación legal, en cuanto conceptos jurídicos in-

determinados, queda al completo arbitrio del legislador bajo el eventual control de la Sala Constitucional.

No obstante, la lógica más elemental nos indica que el control de razonabilidad y proporcionalidad se debe hacer siempre con fundamento en un parámetro de nivel normativo superior a la disposición controlada. Sin embargo, en el caso de la libertad de empresa, tal parámetro no existe pues el contenido esencial de ese derecho lo determina el propio legislador sin sujeción a ninguna disposición normativa superior. Por tanto, el eventual control de proporcionalidad y razonabilidad que realiza la Sala Constitucional para establecer si una disposición legal violenta o no la libertad de empresa resulta completamente inocuo, pues no existe ningún punto de comparación normativo, de rango constitucional, para ejercerlo. En otros términos, si es la propia ley la que establece el contenido esencial de la libertad de empresa, es evidente que cualesquier regulación o limitación que se le introduzca por vía legal respetará siempre los principios de razonabilidad y proporcionalidad, puesto que la razonabilidad y la proporcionalidad de la limitación no pueden establecerse objetivamente por no existir un parámetro normativo superior de comparación.

Ello permite, en la praxis, como lo demuestra abundantemente la jurisprudencia de la propia Sala, que todas las limitaciones que introduce la Asamblea a dicha libertad sean consideradas constitucionalmente válidas bajo el estribillo de fundamentarse en razones de interés público, concepto que, por otra parte, ni siquiera se molestan en definir. Este concepto indeterminado, como se indicó líneas arriba, ha sido tomado de la antigua jurisprudencia de la Corte Plena.

De esa forma queda claro que la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha desconstitucionalizado la libertad de empresa, al punto de que hoy día su contenido esencial lo determina el legislador sujeto a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, los cuales dicha jurisprudencia considera invariablemente cumplidos cada vez que aquél invoque una razón de interés público para justificar la emanación de la legislación en cuestión.

En resumen, según la jurisprudencia de la Sala Constitucional, el contenido esencial del derecho de empresa es el que establezca el legislador, el cual puede limitarlo discrecionalmente siempre que la restricción se fundamente en la cláusula del orden público.

Lo anterior nos conduce a establecer el “contenido esencial” de la libertad de empresa que garantiza el artículo 46 de nuestra carta política.

Subrayo que este es el contenido que razonablemente se puede derivar del texto de la citada norma constitucional y no el que idealmente podría derivarse del derecho comparado y de las nuevas corrientes doctrinarias internacionales en la materia. No es posible, desde el punto de vista jurídico, realizar una nueva lectura del artículo 46 constitucional, que tome en cuenta elementos que no están contenidos en la norma, como lo hacen algunas interpretaciones recientes. Eso sería cualquier cosa menos Ciencia Jurídica. Por tanto tenemos que atenernos estrictamente a lo que dice nuestro texto constitucional.

Para comenzar, digamos que según el artículo 46 de la Constitución, la libertad empresarial protege, al menos, el derecho de sus titulares para emprender (escoger) y desarrollar la actividad económica que deseen. Dentro de este poder de escogencia de la actividad económica que se desea desarrollar, están lógicamente incluidos el poder de organizar la empresa y el de programar sus actividades en la forma más conveniente a sus intereses.

Otro contenido que se deriva del texto constitucional citado es el derecho a la libertad de competencia, el cual se traduce en que los agentes económicos puedan competir en el mercado en igualdad de condiciones. Además y como otro de sus contenidos esenciales, debe reconocerse el derecho del empresario a un lucro razonable en el ejercicio de su actividad, puesto que nadie produce por diversión sino en función de obtener una ganancia razonable por el ejercicio de la actividad emprendida.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala Constitucional nunca ha reconocido tales contenidos esenciales como integrantes de la libertad de empresa, salvo el relativo a la libertad de escogencia como quedó indicado líneas arriba. Mientras dicho reconocimiento no se haga, la libertad económica en nuestro país será simplemente una bella expresión filosófica sin contenido jurídico concreto.

El problema reside, en esencia, en una concepción ideológica de la jurisprudencia de la Sala de corte acentuadamente estatista. En efecto, la mayoría de los integrantes de la Sala está ideológicamente permeada por una cultura pro intervencionista en el campo económico, lo que ha impedido que su jurisprudencia desarrolle el rico contenido del artículo 46 constitucional. La herencia de la Corte Plena cuando actuaba como juez constitucional, en esta materia, es absoluta y no pareciera otearse en el horizonte ninguna posibilidad de cambio positivo.

DIRITTO COSTITUZIONALE E DIRITTO PUBBLICO COMPARATO: UNA CONVIVENZA *MORE UXORIO*

Lucio PEGORARO*

SOMMARIO: I. *Premessa*. II. *Definizione*. III. *Autonomia scientifica del diritto comparato*. IV. *Le scienze ancillari*. V. *Diritto comparato e diritto costituzionale*. VI. *Le frontiere della comparazione*.

I. PREMESSA

Raramente si ravvisa molta chiarezza su cosa si intenda per “diritto pubblico comparato”, su quali siano le caratteristiche che differenziano questa disciplina da altre, che diversità ci sia tra essa e il diritto costituzionale interno.

Mentre in Italia la causa va ascritta *anche* a una certa nociva “ibridazione” tra le cattedre costituzionalistiche e quelle comparatistiche, nel mondo accademico iberico e ibero-americano credo che un motivo di questi fraintendimenti sia da ravvisare *anche* nell’assenza di cattedre comparatistiche; la cosa è in parte imputabile, in Spagna e Portogallo, alla chiusura verso realtà esterne operata dal franchismo e dal salazarismo (le cui influenze si ravvisano tutt’oggi, a distanza di oltre tre decenni dalla fine delle dittature); sia in questi Paesi che in America latina, una concausa è *anche* la stratificazione di posizioni nell’accademia e il conservatorismo che caratterizza, in ogni paese, il mondo universitario quando si tratta di rimaneggiare la didattica e gruppi disciplinari ormai stabilmente dotati di un proprio equilibrio.

* Professore ordinario di Diritto Pubblico Comparato, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Bologna.

È ben noto che la chiusura intellettuale operata dai regimi autoritari non favorisce e tanto meno alimenta le ricerche su ordinamenti liberali,¹ sì da rendere asfittica e provinciale la produzione scientifica, soprattutto se, date le ineluttabili relazioni che si instaurano tra ricerca e didattica, i corsi universitari non prevedono alcun insegnamento comparatistico (il che di solito accade negli ordinamenti in parola). Al letargo culturale, naturalmente, non si pone rimedio col lavoro di pochi giorni, come testimonia, ad esempio, lo stato delle ricerche giuridiche nei Paesi dell'Europa centro-orientale e dell'ex URSS, i cui autori, dopo settant'anni o cinquant'anni di isolamento, guardano talvolta, ancor oggi, ai modelli liberali prebellici, o alle esperienze autoctone pre-comuniste, né sovente sanno liberarsi dai residui del passato regime, restando condizionati dai suoi crittotipi.

Non è questo il caso del Messico, dove la produzione scientifica appare davvero straordinaria dal punto di vista quantitativo e qualitativo, anche quando non si ferma alle strutture giuridiche- costituzionali del Paese. Nondimeno, passato il periodo delle dittature militari, in America latina molte volte gli studiosi per lo più analizzano le altrui esperienze contemporanee non tanto per finalità di conoscenza, ma anche (soprattutto) per offrire il loro contributo alla ri-edificazione di un nuovo ordinamento. In tal modo, la loro produzione assolve soprattutto alle funzioni *sussidiarie* tipiche delle comparazione, come in particolare l'ausilio per la preparazione di testi normativi e l'armonizzazione legislativa.² In altre parole, la dottrina guarda sì all'orto del vicino, ma, spesso, in funzione servente all'analisi del proprio sistema.

Inoltre, lo studio dei diritti stranieri prevale, rispetto all'indagine di diritto comparato in senso stretto. Il primo —pur utilissimo, anzi indispen-

¹ ... salvo sporadiche eccezioni, come quella rappresentata dal poderoso *Derecho constitucional comparado* di M. García Pelayo, Madrid, Alianza Editorial, varie ed., che peraltro resta una silloge di diritti stranieri, più che un'opera di diritto comparato, oppure, in Italia, dal libro di Lucatello G. su *Lo Stato federale*, I, 1939, rist., Padua, Cedam, 1967, che ancor oggi costituisce un caposaldo per lo studio degli ordinamenti decentrati, ma che negli anni trenta ebbe *in più* il pregio di additare al pubblico un modello antitetico a quello di Stato accentrato e autarchico.

² Cfr. ad esempio la *Premessa* di G. de Vergottini al suo *Diritto costituzionale comparato*, 6a ed., Padua, Cedam, 2004, vol. I, pp. 5 y ss.; Pegoraro, L. y Rinella, A., *Introducción al derecho público comparado. Metodología de investigación*, México, UNAM, 2006, pp. 142 y ss.

sabile per affrontare il *vero* diritto comparato—³ non si propone di verificare l'esistenza di ceppi comuni di istituti e discipline, l'esportabilità (e l'importabilità) dei medesimi, la coerenza dei substrati profondi. Per questa ragione, può essere utilizzato strumentalmente, lasciando talora ad altri, non scienziati (ad esempio i politici) trarre le conseguenze che credono. È curioso peraltro che, in Italia come in Spagna e in America latina, si pensi sovente che opere di diritto interno o di diritto straniero, solo in parte incorniciate da riferimenti comparatistici o corredate da qualche nota o appendice di diritto straniero, possano essere magniloquentemente corredate da titoli che si riferiscono al diritto comparato.⁴

Vale allora la pena di chiarire i termini del discorso, utilizzando i canoni dell'indagine analitica.

II. DEFINIZIONE

Un approccio analitico a un'indagine giuridica presuppone l'analisi della domanda alla quale vuole darsi risposta (o, nel nostro caso, del problema cui allude implicitamente il titolo: ovvero, “cos'è il diritto pubblico comparato, e che relazioni intrattiene col diritto costituzionale?”).⁵

Dato per conosciuto quale è l'oggetto del diritto costituzionale (anche se pure su questa definizione ci sarebbe molto da discutere), tentiamo di definire quali siano l'oggetto e le finalità del *diritto comparato* e, più precisamente, del *diritto pubblico comparato*, analizzando le parole che compongono la domanda, nonché gli altri termini esplicitati o impliciti dell'interrogativo.

³ Cfr. Lombardi, G., *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milán, Giuffrè, 1986.

⁴ Riferimenti sulla Spagna in L. Pegoraro, *Diritto comparato ed evoluzione della giuspubblicistica spagnola*, Pegoraro, L., Rinella, A. y Scarciglia R. (a cura di), *I vent'anni della Costituzione spagnola nella giurisprudenza del Tribunale Costituzionale*, 5 dei Quaderni giuridici del Dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli studi di Trieste, Padua, Cedam, 2000, pp. 1 y ss., *Id.*, La “giuspubblicistica spagnola e il diritto comparato a vent'anni dalla Costituzione del 1978”, *Studi in onore di A. Pensavecchio Li Bassi*, 2 vol., Turín, Giappichelli, 2004, pp. 965 y ss.

⁵ V. ad esempio svariate opere di Guastini, R., tra le quali “Teoria e dogmatica delle fonti”, *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milán, Giuffrè, 1998, *passim*.

Sinteticamente, “definire” significa formulare, per mezzo di altri termini, le condizioni di applicazione di un termine.⁶

Quanto alla parola “diritto”, non è certo questa la sede per tentarne una definizione, sempre che essa sia possibile.⁷

“Oggetto”, in questo contesto, vuole dire l’ambito di indagine proprio della disciplina.

“Finalità” significa gli scopi che una ricerca si prefigge: sia quelli principali che quelli secondari, o sussidiari, o pratici.⁸

“Relazioni” è parola che a sua volta si riferisce alle interconnessioni, che possono essere univocamente o biunivocamente orientate, tra due o più oggetti.

Occorre a questo punto chiarire che, dalla prospettiva di una meta-indagine (una indagine di secondo livello, ovvero condotta sul versante delle definizioni dottrinali), con le parole “diritto pubblico comparato” si intendono “cose” diverse.

In una prima (ma impropria) accezione, il significato sembra essere più esteso: come già accennato, molti autori manifestano il fallace convincimento di fare comparazione solo perché studiano uno per uno più ordinamenti, o perché inquadrano l’indagine sul diritto nazionale (di volta in volta, spagnolo, italiano, portoghese, francese, eccetera) in una cornice più ampia, o infine perché raccolgono in un unico volume contributi scientifici relativi a *più* ordinamenti. Ciò senz’altro si riconnette all’imprescindibile esigenza di studiare il diritto costituzionale, o quello amministrativo, o penale, e via dicendo, nell’alveo di argini più estesi, ma ancora non consente di definire “di diritto pubblico comparato” manuali, monografie, saggi, articoli, i quali si limitano ad anteporre o posporre o affiancare allo studio degli istituti giuspubblicistici interni una breve introduzione comparatistica, oppure non elaborano adeguate connessioni tra i vari ordinamenti descritti.

⁶ Cfr. almeno, là dove si richiama a Carnap, U. Scarpelli, *La definizione nel diritto*, *Id.*, *L’etica senza verità*, Bologna, il Mulino, 1982, p. 206, Guastini, R., *ibidem*, pp. 4 y ss.

⁷ V., sulle difficoltà o addirittura l’inermità di ogni tentativo in tal senso, le parole di A. Trabucchi ricordate nella *Prefazione* del volume a cura di Pegoraro, L. Y Reposo, A., *Letture introduttive al diritto pubblico italiano e comparato*, Padua, Cedam, 1995, p. VII.

⁸ Pegoraro, L. y Rinella, A., *Introducción al derecho público comparado... cit.*, pp. 1 y ss., 47 y ss.

Testimoniano l'uso largo delle parole "diritto pubblico comparato", anche a livello di didattica universitaria, i volumi che, nell'illustrare i contenuti dei corsi, attestano l'interesse dei docenti di svariati Paesi per gli ordinamenti stranieri, e tuttavia nell'ambito di insegnamenti rigorosamente denominati "derecho constitucional".⁹ Ma ne sono testimonianza anche tante opere pubblicate in Italia, che si limitano a descrivere il funzionamento di ordinamenti stranieri, o di singoli istituti che li compongono, o comunque si disinteressano di qualsiasi valutazione metodologica, della applicazione o della costruzione di modelli e classi, della circolazione degli istituti, di una esposizione critica delle analogie e delle differenze e via dicendo.¹⁰

Un aspetto eclatante e particolarmente deleterio di questo approccio è la smisurata crescita di "cronache", per lo più affidate a giovani, nelle riviste specializzate, o in "osservatori", di volta in volta cartacei o telematici, che segnalano, —quasi sempre sulla base di informazioni raccolte via internet— episodi istituzionali singoli e frammentati di ordinamenti i più svariati: una sorta di neo-cronachismo che disincentiva lo spirito critico che solo l'approfondimento e il confronto può alimentare.¹¹ Altro segnale del medesimo approccio è rappresentato, a livello didattico, dall'enfasi posta in alcuni dottorati sull'attività di amplificazione di notizie tratte dalle agenzie giornalistiche, non seguite da quell'opera di sistemazione e confronto la quale consentirebbe di trarre dal *convulsum ac dissi-*

⁹ ... o in portoghese, naturalmente, "direito constitucional". Cfr. ad esempio i volumi di Tajadura Tejada, J., *El derecho constitucional y su enseñanza*, Lima, Ed. Jurídica Grijley, 2001, e di Blanco de Morais, C., "Direito constitucional II. Relatório", *Revista da Faculdade de direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, Coimbra Editora, 2001. Utile in proposito anche Sánchez Ferriz, R. y García Pechuán, M. (a cura di), *La enseñanza de las ideas constitucionales en España y Iberoamérica*, Valencia, Ene, 2001. V. altresì, per l'Argentina, A. Gordillo, *El método en Derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*, Madrid, Civitas, 1988, 1999.

¹⁰ V. sul punto le osservazioni di Scarciglia, R., *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Bologna, il Mulino, 2006, specialmente pp. 97 y ss.

¹¹ Cfr., sui rischi che internet rappresenta per la ricerca, Pegoraro, L., "Prólogo" a Fernández Rodríguez, J. J., *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, Madrid, Civitas, 2004, pp. 17 y ss.; *Id.*, "Internet e il diritto costituzionale (comunicazione giuridica, ricerca scientifica, tutela dei diritti)", in Bagni, S. y Pegoraro, L. (a cura di), *Internet, decentramento, diritti*, 26 della Center for Constitutional Studies and Democratic Development Lecture Series, Clueb, Bologna, 2006, pp. 5 y ss.; *Id.*, "Internet y los problemas específicos del derecho constitucional", Pegoraro, L., *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, Mexico, Porrúa, 2006, pp. 333 y ss.

patum (per usare le parole di Cicerone), quella razionalizzazione che —ola, se corredata da originalità— rappresenta la caratteristica di una scienza.

“Diritto pubblico comparato” può allora essere inteso in un secondo senso, più stretto e tecnicamente corretto.

Preliminare al nostro discorso è una precisazione: le basi del moderno diritto comparato *generale*, sulle quali poggiano anche le ricerche e in definitiva la scienza del diritto *pubblico* comparato, sono state poste dai privatisti-comparatisti. Essi hanno evocato il problema della metodologia comparatistica; essi, per lo più, hanno posto le pietre miliari delle classificazioni in famiglie dei vari ordinamenti; essi tutt’oggi continuano a coltivare —in Francia come in Germania o nel Regno Unito o in Italia— studi liberi dalle sudditanze dei rispettivi diritti indigeni.

Anche in Italia l’odierna produzione scientifica orientata alla posizione e soluzione di problemi metodologici è scarsa;¹² negli stessi corsi universitari —insegna l’esperienza— ben pochi docenti prepongono all’insegnamento dei temi sostanziali quell’indispensabile supporto metodologico che costituisce la stessa ragione d’essere della comparazione giuridica; le trattazioni generali —illustrate, tra i privatisti, da lavori talvolta monumentali quali i trattati o i manuali di Sacco, Gorla, Ancel, David, Gutteridge, Zweigert e Kötz, Markesinis, Constantinesco, Arminjon, Nolde, Wolff, e altri ancora,¹³

¹² Eccezioni sono rappresentate dalle premesse ai manuali di Biscaretti di Ruffia, P., *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, 6a. ed. riveduta, Milán, Giuffrè, 1988, e di G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, cit., e dai libri di Lombardi, G., *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, cit., di Bognetti, G., *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Turín, Giappichelli, 1994, e ora di R. Scarciglia, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, cit.

¹³ Ci riferiamo principalmente (anche se non esclusivamente) alle seguenti opere: R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, 5a ed., Turín, Utet, 1992, nel *Trattato di Diritto Comparato* da lui diretto; Gorla, G., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milán, Giuffrè, 1981; Ancel, M., *Utilité et méthodes du droit comparé*, Ides et Calendes, Neuchâtel, 1971, trad. Al italiano, *Utilità e metodi del diritto comparato: elementi d’introduzione generale allo studio comparato dei diritti*, Naples, Jovene, 1978; David, R., *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, Pichon & Durand-Auzias, 1950; David, R y Jauffret-Spinozi, C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, cit.; Gutteridge, H. C., *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, 2a. ed., Cambridge Univeristy Press, Cambridge, 1946, p. 34, 1949, trad. al francés *Le droit comparé. Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l’étude du droit*, Paris, 1953; Zweigert, K. y Kötz, H., *Einführung in die Rechtsvergleichung*. Band 1: *Grundlagen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1984, trad. italiana, *Introduzione al diritto comparato*, vol. I: *Principi*

e continuate dalla generazione successiva—¹⁴ sono assenti, con rare eccezioni,¹⁵ nel settore del diritto pubblico.¹⁶ La causa va ricercata anche in un malinteso approccio al diritto pubblico comparato che ancor oggi si riscontra spesso nell'Università.¹⁷

fondamentali, Milán, Giuffrè, 1998, *passim*, e *Einführung in die Rechtsvergleichung*. Band 2: *Institutionen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1984, trad. it., *Introduzione al diritto comparato*, vol. II: *Istituti*, Giuffrè, Milano, 1995; B. Markesinis, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom. The story of the Last Thirty-Five Years*, Hart Publ., Oxford-Portland Oregon, 2003, trad. it., *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*, Milán, Giuffrè, 2004; Constantinesco, L. J., *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Band I: *Rechtsvergleichung*, Carl Heymanns-Verlag, Köln, 1971, tr. francese, *Introduction au droit comparé*, in *Traité de droit comparé*, Paris, Lgdj, 1972, t. I, trad. it., *Introduzione al diritto comparato*, Turin, Giappichelli, 1996; *Id.*, *Die rechtsvergleichende Methode*, Band II: *Rechtsvergleichung*, Carl Heymanns-Verlag, Köln, 1972, tr. francese, *Le méthode comparative*, in *Traité de droit comparé*, Paris, Lgdj, 1974, t. II, trad. it., *Il metodo comparativo* (a cura di A. Procida Mirabelli di Lauro) Tuin, Giappichelli, 2000; P. Arminjon, B. Nolde, M. Wolff, *Traité de droit comparé*, 3 vol., Paris, Lgdj, 1950-1952; Agostini, E., *Droit comparé*, Paris, PUF, 1988; Hording, A. y Örüçü, E. (eds), *Comparative law in the 21st Century*, Londres, Kluwer Academic Publishers, 2002; Menski, W., *Comparative Law in a Global Context*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

¹⁴ V. ad esempio A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, 2a. ed., Turin, Utet, 2002; Mattei, U. y Monateri, P. G., *Introduzione breve al diritto comparato*, Padua, Cedam, 1997; Ajani, G., *Fonti e modelli nel diritto dell'Europa orientale*, Università di Trento-Dipartimento di scienze giuridiche, Trento, 1993; *Id.*, *Il modello post-socialista*, 2a. ed., Turin, Giappichelli, 1999; Mattei, U., *Il modello di common law*, 2a. ed., Turin, Giappichelli, 2004; Monateri, P. G., *Il modello di civil law*, Turin, Giappichelli, 1997; Guadagni, M., *Il modello pluralista*, Turin, Giappichelli, 1996; Ajani, G., Serafino, A., Timoteo, M., *Diritto dell'Asia orientale*, Turin, Utet Giuridica, 2007.

¹⁵ Il riferimento è ad Pizzorusso, A., *Corso di diritto comparato*, Milán, Giuffrè, 1983; *Id.*, *Sistemi giuridici comparati*, 2a. ed., Milán, Giuffrè, 1998.

¹⁶ Anche altre forme di produzione letteraria (saggi e articoli in particolare) segnalano una più assidua presenza dei privatisti: si vedano, ad esempio, Reitz, J. C., "How to do Comparative Law", *American Journal of Comparative Law*, 1998, pp. 597 y ss.; Kennedy, D., "The Politics and Methods of Comparative Law", Legrand, P. y Munday, R. (eds), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; Schlesinger, R. B., *The Past and Future of Comparative Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 1995, pp. 477 y ss.; Hoecke, M. van y Warrington, M., "Legal Cultures and Legal Paradigms: Towards a New Model of Comparative Law", *International and Comparative Law Quarterly*, 1998, pp. 495 y ss.; Örüçü, E., *Unde Venit*, "Quo Tendit Comparative Law", Harding, A. y Örüçü, E., *Comparative Law in The 21st Century*, *cit.*, pp. 1 y ss.

Nonostante l'Università italiana contempra da decenni l'insegnamento di diritto costituzionale italiano e comparato nelle facoltà di scienze politiche; anche se oggi il diritto pubblico comparato è obbligatorio, in alternativa a diritto privato comparato, nelle facoltà di giurisprudenza; malgrado i numerosi corsi comparatistico-pubblicistici attivati quali discipline opzionali,¹⁸ e le decine e decine di cattedre nel rispettivo raggruppamento disciplinare, permane l'impressione che il diritto privato comparato non solo abbia posto, e si avvalga, di fondamenta metodologiche più solide, ma anche che offra una maggiore uniformità disciplinare.¹⁹

Nel settore pubblicistico, spesso l'insegnamento della disciplina è affidato a costituzionalisti (o pubblicisti) che si improvvisano comparatisti, convinti che il diritto pubblico comparato si risolva nello studio di diritti stranieri, e che la metodologia comparatistica, ben altrimenti arata e coltivata dai privatisti, rappresenti un mero accessorio opzionale. Non si studiano (e insegnano) a sufficienza le tecniche delle recezioni, i rapporti con altre discipline, i presupposti culturali, la logica delle classificazioni, la linguistica applicata alla materia, le ricadute pratiche della comparazione. Ossia, il diritto pubblico comparato nella seconda e più corretta accezione. Né è fondamentale quale sia il metodo prescelto, casistico (come proposto nei celebri e spesso criticati seminari di Cornell o da va-

¹⁸ Tra le quali spicca oggi il diritto amministrativo comparato, sul cui rilievo v. in particolare il volume di Recchia, G., *Consonanze e dissonanze nel diritto pubblico comparato*, Padua, Cedam, 2000, pp. 3 y ss.

¹⁹ Sulla situazione degli insegnamenti comparatistici nelle Facoltà giuridiche italiane (però aggiornata al 1997) v. R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, cit., pp. 168 y ss. Poi *cf.*, Ponthoreau, M. C., "Questions à Alessandro Pizzorusso", *Revue Internationale De Droit Comparé*, 2005, pp. 986 y ss. (e, per il rapporto tra diritto pubblico comparato e diritto privato comparato, pp. 975 y ss.). Per la Spagna, per esempio, l'accostamento al diritto comparato è cosa recente: si rinvia in proposito ai seguenti scritti: oltre agli scritti segnalati nella nota 5, v. L. Pegoraro, *Il diritto comparato e la Costituzione spagnola del 1978: recezioni ed "esportazioni"*, in Fernández Segado, F. (dir.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context—La Constitución Española en el Contexto Constitucional Europeo*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 523 y ss., trad. "El derecho comparado y la Constitución Española de 1978. La recepción y la <<exportación>> de modelos", *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2005, n. 9, pp. 287 y ss., Fernández Segado, F., *Aproximación a la ciencia del derecho constitucional*, Lima, Ed. Jurídicas, 1995, Punset, R., "Los primeros veinte años de la ciencia española del derecho constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, 2000, n. 108, pp. 225 y ss.

ria dottrina),²⁰ o teorico-generale. Purché un metodo ci sia, e, anche tra i pubblicisti-comparatisti, alberghi la consapevolezza delle conseguenze di ciascuna scelta metodologica.

III. AUTONOMIA SCIENTIFICA DEL DIRITTO COMPARATO

Per perseguire le sue finalità —sia quella principale (la conoscenza delle analogie e delle differenze tra sistemi, famiglie, ordinamenti, istituti, se del caso classificandoli e ri-classificandoli), sia quelle accessorie o pratiche— il diritto comparato si vale del metodo giuridico, che ha per oggetto di studio le norme e gli ordinamenti da esse composti; il meta-linguaggio utilizzato è quello dei giuristi, e a esso sono estranei giudizi di valore, che impongano valutazioni etiche, morali, religiose... (Quanto meno, lo scienziato che li esprime dovrebbe denunciare la loro utilizzazione, per consentire al lettore di distinguerli da altro tipo di giudizi.)

Ciò (anche se non solo ciò) concorre a differenziare le ricerche di diritto pubblico comparato da altre.

In primo luogo, anche se la comparazione può essere sia sincronica che diacronica, il diritto comparato non coincide con la storia del diritto. Lo studio storico è fondamentale per l'analisi finalizzata alla comparazione, poiché solo affondando le ricerche nella storia è possibile cogliere le radici di istituti e discipline, svelare i crittotipi, capire analogie e differenze. Ma, appunto, una cosa è proporsi come finalità principale la conoscenza dell'evoluzione di un ordinamento o istituto, altra è servirsi di questa conoscenza per operare confronti. La storia giuridica, insomma, assolve a una funzione ancillare —ancorché importantissima— rispetto al fine principale della comparazione.

Similmente, gli studi di dottrine politiche si rivelano quasi sempre utili, e spesso indispensabili, per la migliore comprensione dei fenomeni giuridici. Basti pensare al rilievo connesso in ambito costituzionalistico alle elaborazioni di pensatori quali —per citarne solo alcuni— Bracton, Fortescue, Coke, Hamilton, Jefferson, Madison, Tocqueville, Montesquieu, eccetera, o all'influenza sul pensiero giuridico di filosofi come Aristotele, Locke, Hobbes, Kant...

²⁰ Ad esempio, Markesinis, B., "Il ruolo della giurisprudenza nella comparazione giuridica", *Contratto e impresa*, 1992, pp. 1351 y ss.

Anche lo studio del pensiero filosofico e delle dottrine politiche non può però esaurire la ricerca comparatistica, che resta saldamente ancorata al diritto positivo e non si risolve in meta-ricerche che si propongono di operare l'esegesi del pensiero altrui.

Ancora: il diritto pubblico comparato non coincide con la scienza politica, nonostante che —specie nel settore delle forme di governo— esistano aree di sovrapposizione che inducono molti autori a dimenticarsene, pur proclamando l'intento di scrivere opere di diritto comparato. La scienza politica, infatti, nei settori di interesse comune non si pone quale oggetto di studio le norme, ma semmai i risultati che esse determinano: essa è una scienza dell'essere e non del dover essere, che utilizza il metodo empirico, disinteressandosi del rapporto tra prescrizioni normative e loro concreta realizzazione, a vantaggio solo di questo secondo elemento.

A sua volta —sia ben chiaro— il comparatista non può limitare le proprie indagini al dato testuale, trascurando l'effettività delle norme.²¹ Soccorrono a questo fine indagini sull'instaurarsi, l'affermarsi, il mutare e l'eclissarsi di regole *giuridiche* quali consuetudini e convenzioni costituzionali, di prassi, della giurisprudenza, di regole di correttezza e via dicendo. Tuttavia, anche in questo terreno di confine con altre scienze, lo studio del diritto comparato non può ridursi a diventare una scienza giustizianista dell'esistente, giacché in tal modo perderebbe non solo la propria autonomia scientifica, ma la stessa natura di scienza (che invece continuerebbero ad avere la scienza politica e la sociologia del diritto, le quali, appunto, sono precisamente scienze del *sein* —dell'essere— e hanno a oggetto la realtà, i dati che essa esprime, e non le norme).

Oltre che dalla storia del diritto, dalla scienza politica, dalla sociologia giuridica, il diritto pubblico comparato si differenzia altresì dalla teoria generale del diritto, la quale per forgiare le proprie costruzioni scientifiche non può non servirsi —magari inconsapevolmente— del diritto comparato, giacché le elaborazioni teoriche muovono dall'osservazione degli ordinamenti così come operano o hanno operato. E il cui fine tuttavia non è quello di operare confronti, bensì di costituire una concettualità comunque valida e applicabile. Si pensi ad esempio alle elaborazioni teo-

²¹ Ad esempio, nello studiare la forma di governo tedesca, deve domandarsi non solo se è previsto, e come è disciplinato l'istituto della sfiducia costruttiva, ma anche se, quante volte e come esso ha trovato attuazione, soppesarne la funzionalità rispetto ai fini perseguiti dai *framers*, eccetera.

riche dei concetti di fonte del diritto, di norma, di Stato, di sovranità, di scala gerarchica. Pure in questo caso numerosi sono i punti di contatto col diritto comparato, il cui scopo peraltro non è l'ipostatizzazione di concetti immutabili ma —lo ribadiamo— la ricerca di differenze oltre che di analogie, e il cui metodo si avvale con diversa sensibilità dell'analisi empirica degli ordinamenti, considerati nelle strutture linguistiche che li compongono come pure nel concreto operare delle norme da esse tratte o comunque vigenti.

La crescente pervasività del diritto prodotto dall'Unione europea, a far tempo dall'Atto unico, poi dal Trattato di Maastricht, sino alla "Carta" di Nizza e al progetto di una costituzione per l'Europa, comporta anche sul lato del formante dottrinale conseguenze di non poco rilievo, in relazione allo studio del diritto comparato.

Il processo di integrazione europea, e specularmente il consolidamento di studi di diritto comunitario, fa sì che, da un lato, gli ordinamenti dell'Unione europea siano più conosciuti nella loro individualità e nelle loro specificità (con ripercussioni sulla conclamata differenza tra studio del diritto straniero e studio del diritto comparato); dall'altro, che lo stesso ordinamento dell'Unione sia assunto come ordinamento di confronto con altre realtà istituzionali.²²

In tale contesto, gli studi comparatistici contribuiscono ad arricchire il *milieu* culturale dal quale, nel corso degli anni, i Paesi europei hanno tratto e continuano a trarre motivazioni per formare una "*more perfect union*". Al contempo, i formanti normativo e giurisprudenziale europei sollecitano la dottrina a svolgere indagini da nuove prospettive: ad esempio, uscendo dagli schemi tradizionali di studio, è forse giunto il tempo di interrogarsi intorno alle influenze dei modelli nazionali sulla costruzione del processo decisionale comunitario (e viceversa); sul ruolo dell-

²² In particolare, il processo di federalizzazione in atto sollecita indagini comparatistiche sulla natura giuridica dell'UE, e suggerisce il confronto con fenomeni consimili registrati nel passato, come quelli che hanno condotto alla nascita degli Stati Uniti d'America o, più di recente, della CSI, del NAFTA, del Mercosur, della Comunità andina. Si veda, inoltre, G. Recchia, *Consonanze e dissonanze nel diritto pubblico comparato*, cit., il quale si diffonde sulle questioni metodologiche in tema di diritto amministrativo comparato e comunitario. Significativi dell'approccio interdisciplinare sono i titoli di due opere recenti: Moccia, L., *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milán, Giuffrè, 2005, Gambino, S., *Diritto costituzionale comparato ed europeo*, Milán, Giuffrè, 2005 (oltre che della *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*).

l'interprete comunitario, rispetto alle difformità che si riscontrano nei processi validativi e giustificativi nella giurisprudenza a livello nazionale (e, viceversa, sull'influenza dei modelli continentali e insulari nella giurisprudenza comunitaria); sulla possibilità di ricondurre nel quadro di modelli euristici consueti la "forma di governo" dell'Unione e, al pari, sull'esigenza di riconsiderare le modellistiche delle forme di governo anche alla luce dell'esperienza dell'UE; sull'opportunità di indagare in termini di "processo", anziché "staticamente", le relazioni tra costituzioni economiche nazionali e costituzione economica europea... e via dicendo.

Affrontare il problema della struttura culturale del diritto comunitario significa insomma soffermarsi sulle influenze che diversi modelli culturali hanno avuto nella mentalità del giurista. A livello comunitario, l'intreccio di culture giuridiche —di matrice francese, tedesca, britannica, nordica— influenza sia la fase di elaborazione degli atti che quella interpretativa-applicativa: dallo Stato nazionale all'Unione, e viceversa. Condiziona altresì l'atteggiamento nei confronti della recezione di istituti non radicati. Plasma infine l'attitudine dei giuristi teorici, dei legislatori, dei giudici, nel recepire e condividere basi e costruzioni comuni, come è particolarmente evidente nel campo dei diritti.²³

Nel concludere questa breve rassegna sulle scienze affini o contigue, ribadiamo ancora una volta che il diritto comparato non coincide neppure con lo studio del diritto straniero. Naturalmente, per fare comparazione non si può non studiare l'oggetto di riferimento. Quindi, la comparazione presuppone lo studio del diritto straniero, e tuttavia non si esaurisce in quello. Ciascun comparatista, prima o poi, s'è trovato a indagare su un singolo istituto o ordinamento diverso da quello di appartenenza. L'acquisizione delle conoscenze così fatta, però, in un'ottica complessiva è strumentale al confronto con altri istituti o ordinamenti, o alla classificazione²⁴.

²³ Approfondimenti in Frosini, J. O. y Pegoraro, L., "Il <<formante culturale>> nella elaborazione e nella applicazione del diritto europeo. L'esperienza del Regno Unito e l'allargamento a Est dell'Unione", in Rossi, L. S. y G. Di Federico (a cura di), *L'incidenza del diritto dell'Unione europea sullo studio delle discipline giuridiche*, Naples, Editoriale scientifica, 2008, pp. 91 y ss.

²⁴ Conviene ricordare che, nell'accostarsi a un diritto non indigeno, c'è sempre il rischio di trasferire a esso gli «stilemi del proprio diritto di origine». Tuttavia, la crescita delle ricerche comparatistiche, oltre che una migliore conoscenza delle lingue, i più frequenti contatti tra gli studiosi, l'avvicinamento dei sistemi giuridici, la diffusione del cos-

IV. LE SCIENZE ANCILLARI

Il diritto comparato, e nell'ambito del settore comparatistico il diritto pubblico comparato, ha dunque una sua autonomia rispetto ad altre scienze, e in particolare la mantiene rispetto a quelle che, nella *communis opinio*, gli sono considerate più contigue. Esso però non può prescindere dall'utilizzare, congiuntamente o disgiuntamente, la storia giuridica, la storia delle dottrine politiche, la scienza politica, la filosofia, la sociologia del diritto, come pure altre scienze o settori della scienza giuridica, tra i quali il diritto comunitario, quello costituzionale, quello amministrativo. Il rapporto che si instaura tra diritto pubblico comparato e tali scienze è spesso (anche se non sempre) di reciproca ancillarità, poiché anche gli storici, i teorici e gli studiosi di altri settori scientifici, giuridici o non giuridici, sono a loro volta costretti ad attingere ai risultati offerti dagli studi comparatistici. Cambiano però, di volta in volta, il fine e il metodo utilizzato.

Analogo discorso vale per ulteriori discipline, che nessuno si sognerebbe di pensare quali "simili" alla scienza comparatistica, ma che quest'ultima può (o deve) impiegare sopra tutto quando si proceda a classificazioni e a macro-comparazioni estese a regioni giuridiche disomogenee.

Ci si riferisce in particolare all'antropologia e all'etnologia giuridica, che come spiegato in un recente stimolante libro rappresentano la chiave di lettura essenziale per comprendere i fenomeni di società basate su concezioni non occidentali del diritto.²⁵

Utile è altresì la psicologia, per spiegare in chiave microcomparativa, ad esempio, i processi validativi o giustificativi delle decisioni politiche o di quelle giudiziarie, o fenomeni quali la propaganda politica, il consumo e altri ancora.

Così pure, rivestono grande importanza per la comprensione dei fenomeni giuridici le varie branche dell'economia, al punto che l'analisi economica del diritto si configura ormai quale disciplina autonoma nelle

tituzionalismo liberale, eccetera, comportano che, oggi, il rischio di cattive comprensioni di realtà giuridiche "altre" sia più attenuato che in passato, quando la chiusura alle esperienze straniere era maggiore, quanto meno nello studio degli ordinamenti liberal-democratici (mentre viceversa le pretese universalistiche che accompagnano la globalizzazione alimentano a volte il rifiuto di comprendere le strutture giuridiche altrui).

²⁵ Sacco, R., *Antropologia giuridica*, Bologna, il Mulino, 2007.

università americane, e anche in Europa sono sempre più numerosi i suoi cultori.

Negli studi comparatistici, grande rilievo assume pure la linguistica: il cultore del diritto, il costituzionalista, l'amministrativista, il comparatista si esprimono attraverso parole. (Come pure a oggetto delle loro ricerche vi sono —anche se non solo— le parole della legge, le parole dei giudici, le parole dell'amministrazione.) E, ne siano o meno consapevoli, l'uso che ne fanno è condizionato da una (precisa o imprecisa) visione del mondo. Un'analisi del codice legale che voglia essere adeguata dal punto di vista teorico, non può invero rinunciare a prendere in considerazione le estensioni socioculturali del linguaggio nel quale è stilato. Risulta infatti ideologicamente vacuo isolare le questioni del diritto da considerazioni più vaste concernenti l'organizzazione dei processi discorsivi in quanto modalità del potere e delle relazioni tra fazioni.²⁶

Nel campo del diritto comparato, l'analisi linguistica appare assai più rilevante che nelle discipline interne, perché essa ha oggetto codici legali differenti da quello usato dal ricercatore, il quale è costretto a impossessarsene e a maneggiarli nella loro struttura profonda; la linguistica è poi particolarmente importante in connessione al problema delle traduzioni giuridiche: basti pensare alla difficoltà di tradurre in altre lingue i termini inglesi "tort", "rule of law", "regulation", o decidere se l'istituto della "censura", che compare con termine quasi identico nelle costituzioni spagnola e francese, coincida esattamente o meno con la parola italiana "sfiducia".²⁷

²⁶ Cfr. Goodrich, P., "The Role of Linguistics in Legal Analysis", *Modern Law Review*, 1984, pp. 523 y ss. Del medesimo A. v. altresì *Legal Discourse. Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis*, Londres, MacMillan, 1987. A conforto di quanto asserito in testo, v. anche il bell'articolo di D.R. Miller, "Just How Cruel is «Cruel»? Notes on the Anglo-American History of an Epithet", in Taylor Torsello, C., Haarman, L. y Gavioli, L. (a cura di), *British-American Variation in Language, Theory, and Methodology—Il centauro anglo-americano*, Atti del XVIII Convegno AIA, vol. II, Bologna, Clueb, 1998.

²⁷ Sulla tematica delle traduzioni giuridiche, cfr. fra i tanti oltre alla manualistica (in particolare Gutteridge, H. C., *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, cit., pp. 153 y ss., e R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, cit., pp. 27 y ss.). Héraud, G., "Pour un droit linguistique comparé", *Revue Internationale De Droit Comparé*, 1971, pp. 309 y ss.; Terré, F., *Brèves notes sur les*

Altro settore nel quale i problemi linguistici assumono preminente rilievo per il comparatista è quello delle definizioni: di una classe, come ad esempio “forma di Stato liberal-democratica”, o di un istituto, come ad esempio “matrimonio”, eccetera

V. DIRITTO COMPARATO E DIRITTO COSTITUZIONALE

Nell'evidenziare l'autonomia scientifica del diritto comparato e le differenze tra esso e altre discipline, là dove abbiamo sottolineato la relazione di reciproca ancillarità tra svariate scienze e il diritto comparato, abbiamo volutamente pretermesso lo studio del diritto costituzionale (come pure di quello amministrativo: in generale, il diritto pubblico), per riservare al rapporto tra analisi comparatistica e ricerche di diritto pubblico interno alcune brevi apposite considerazioni.

Ribadiamo che una ricerca comparatistica è qualcosa di differente da uno studio di diritto interno: diversi sono gli obiettivi, diverso è il metodo. Pur nella consapevolezza di questa diversità, il costituzionalista (o l'amministrativista) spagnolo, italiano, canadese, messicano, israeliano, non può però rinunciare a fare i conti con la comparazione, almeno per due ordini di ragioni.

In primo luogo, la sempre più intensa circolazione dei modelli preclude di studiare i singoli istituti del diritto pubblico senza tenere conto degli influssi che provengono dall'esterno, della acquisizione di visioni comuni a livello legislativo e soprattutto giurisprudenziale, della sempre maggiore uniformizzazione del tessuto normativo, dell'efficacia cogente delle convenzioni internazionali (specie quelle in tema di diritti), dei processi di integrazione e via dicendo.

Persino chi è chiamato a operare in contesti caratterizzati da costituzioni storicamente datate, dove dunque le influenze “da fuori” sono meno immediatamente percettibili, non può ignorare il fenomeno opposto, dell'idoneità dell'ordinamento di appartenenza a porsi, per gli altri, quale modello, e dei connessi *feed-back* in termini di comprensione dell'ordinamento indigeno.

problèmes de la traduction juridique, *ivi*, 1986, pp. 347 y ss.; Beaupré, M., Kitamura, I., Groot, G. R. de, Herbots, J. H. y Sacco, R., *La traduction juridique*, in *Les cahiers de droit*, Québec-Montréal, 1987, vol. XXVIII, pp. 733 y ss.

A sua volta, la macrocomparazione è pure essenziale per ricerche di diritto pubblico interno: lo studio della forma di Stato, quello della forma di governo, il modello di decentramento territoriale, i sistemi elettorali, la giustizia costituzionale, i diritti, la pubblica amministrazione, i servizi, eccetera richiedono inquadramenti complessivi, l'ascrizione all'una o all'altra classe, la valutazione delle conseguenze prescrittive che conseguono all'appartenenza alle varie tipologie, tra quelle enucleate dalla dottrina comparatistica.

Di qui, l'esigenza anche per il costituzionalista e l'amministrativista di impossessarsi delle categorie dei comparatisti, e di utilizzarle strumentalmente, né più né meno di quanto egli da tempo usa fare con quelle degli storici, dei filosofi, dei teorici generali, degli scienziati politici, dei sociologi, dei linguisti. Ancora una volta, però, con la consapevolezza di utilizzare una scienza "altra", e che solo se il processo di globalizzazione giungesse a conclusione, con la formalizzazione di nuovi assetti giuridici "globali", sarebbe destinata a diventare "sua" (nel senso che, solamente allora, il giuspubblicista interno potrebbe indagare partendo dall'altro —la "Costituzione globale"— per dedurme le sue conseguenze scientifiche).

Nel caso del diritto pubblico generale, del diritto costituzionale, del diritto amministrativo, è dunque il diritto comparato ad assolvere a una funzione ancillare (come viceversa il comparatista è costretto a conoscere i *vari* diritti pubblici, costituzionali, amministrativi degli ordinamenti indagati).

L'importante è non confondere le due cose. Nessuna scienza è superiore a un'altra. Il comparatista non può avere l'ambizione di conoscere *tutti* i diritti interni; potrà penetrarne alcuni, oltre al proprio, al punto magari di conoscerli nei loro profili anche profondi al pari del proprio. Ma comunque avrà bisogno dell'apporto degli studiosi dei vari diritti interni, ben altrimenti specializzati e consapevoli delle strutture e del funzionamento di ciascun singolo ordinamento.

A sua volta, lo studioso di diritto pubblico nazionale non deve manifestare la pretesa di essere comparatista, se non lo è, solo perché illustra qui e là qualche soluzione straniera, estranea all'ordinamento indagato.

In ogni caso, l'accostamento culturale dei comparatisti e dei giuspubblicisti o costituzionalisti "interni" è profondamente diverso: il costituzionalista e in genere il giuspubblicista "domestico" muovono da un quadro dato, che interpretano con operazioni concettuali esclusivamente interne (insomma, il loro lavoro è *top-down*, non diversamente da quello dei giudici e degli av-

vocati), al contrario del comparatista il quale, muovendo da analisi empiriche, costruisce categorie concettuali che gli consentono di classificare e di individuare analogie e differenze (il suo lavoro è dunque *bottom-up*), in esse sussumendo poi, se del caso, le fattispecie concrete.

VI. LE FRONTIERE DELLA COMPARAZIONE

Anche per perseguire quelle che si definiscono “funzioni pratiche” o “sussidiarie” della comparazione —costruzione di enunciati costituzionali o legislativi, elaborazione di trattati, armonizzazione e uniformizzazione del diritto, ausilio in sede interpretativa—²⁸ il diritto pubblico comparato non può rinunciare a porsi obiettivi nuovi, rispetto a quelli sin qui perseguiti in un contesto in cui la globalizzazione ancora non aveva raggiunto l’attuale livello di pervasività.

In particolare, si tratterà oggi, utilizzando anche l’apporto di altre scienze, oltre che di affinare le metodologie di ricerca, enfatizzando le peculiarità degli studi pubblicistici rispetto a quelli dei comparatisti generali (per lo più privatisti), di rinvenire le peculiarità che differenziano gli ordinamenti nel panorama uniformizzante dato dall’espansione del costituzionalismo liberale.

L’eurocentrismo (o, meglio, la prospettiva “occidentale”) che caratterizza l’accostamento di molti studiosi di diritto costituzionale interno al tema dei diritti, della democrazia, del decentramento territoriale, eccetera, induce spesso la dottrina a utilizzare approcci totalizzanti nell’uso delle parole. Così facendo, essa offre ai “formanti attivi” del diritto —il legislatore (in senso lato), e la giurisprudenza— la base culturale per giustificare operazioni che si traducono in imposizioni forzate (ad esempio, della “democrazia”, così come soggettivamente intesa dall’utente della parola). Si registra insomma una ipostatizzazione dei concetti, che identifica in un certo modello (ad esempio, di “democrazia”) l’unico modo corretto di usare la parola, e in quel modello l’unica soluzione possibile per organizzare *qualsiasi* ordinamento. Di fatto, l’operazione non è molto dissimile da quella operata dagli artefici dell’articolo 16 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino con la parola “costituzione”. Se non ci sono certe caratteristiche (riconoscimento dei diritti e divisione

²⁸ V. *supra*, nota 2.

dei poteri), uno Stato non ha costituzione. Se non ha costituzione, bisogna dargliela. Dalla semantica alle baionette di Napoleone, sulla cui punta la Rivoluzione tentò di esportare sino alle Piramidi un'idea che solo in Europa, alimentata dalla cultura, poteva attecchire senza traumatiche crisi di rigetto, grazie all'influenza che i circoli illuministi avevano esercitato in molte parti del Continente (ad esempio, in Italia, attraverso l'opera dei vari Vico, Filangieri, Beccaria, Muratori...).

L'approccio giusnaturalista, e in quanto tale assolutista, permea tutt'oggi l'idea di democrazia nel mondo occidentale nei diversi formanti che compongono ciascun ordinamento: al di là delle autoqualificazioni, "democratici" sono solo gli ordinamenti che praticano la divisione dei poteri e assicurano il rispetto dei diritti classici (o borghesi, o della prima generazione, comunque li si voglia chiamare).

Il comune denominatore, alla fine, resta quello tradizionale, che si incarna nella classe della forma di Stato liberal-democratica, inclusiva di poliedriche sfaccettature che comprendono maggiori o minori concessioni a quelle "gocce di olio sociale" di cui ragiona Franz Wieacker tratteggiando la sua *Storia del diritto privato moderno* e poi illustrando i nessi tra *Diritto privato e società industriale*.²⁹

Fuori dal gioco si pongono, dalla prospettiva eurocentrica (*recte* "occidentale"), sia quegli ordinamenti che si autoqualificano come "democratici", ma che tali non sarebbero, secondo i canoni occidentali, sia ovviamente quanti ripudiano la "democrazia" come modello di organizzazione e di sviluppo.

Pare aleggiare la convinzione che i diritti culturali, o comunitari, o identitari (come al solito, sul *nomen* delle classi non c'è mai assoluta concordanza), da una parte, se sono rivendicati *dentro* la forma di Stato liberal-democratica, sono ammissibili solo se concordano con il nucleo duro di quest'ultima; dall'altra, se sono affermati *fuori* dalla classe, quali espressione di culture diverse, che neppure accettano il nucleo duro, vanno combattuti.

C'è inoltre il convincimento che è in atto una conformazione del formante culturale a quello legislativo, che la liberal-democrazia si è ormai imposta e che il problema delle società multiculturali è prevalentemente un problema di adeguamento di culture "altre" alla nostra, nel rispetto di alcune particolarità "loro", non confliggenti con la "nostra" cultura.

²⁹ Rispettivamente, Milán, Giuffrè, 1980, vol. II, e E.S.I., Napoles, 1983.

C'è poi un secondo problema: quello di società (ancora) prevalentemente monoculturali, che fronteggiano (da fuori) il nostro monoculturalismo, che tenta a fatica di adeguarsi al multiculturalismo. Società che naturalmente alimentano la contrapposizione con visioni a esse estranee, anche dentro l'area di pertinenza di queste ultime. Penso all'oriente, che ragiona da Confucio in poi (ma anche da prima) in termini di doveri o etica o morale (i termini "fa" e "li" non sono traducibili,³⁰ non di diritti; penso all'Islam, che non conosce il concetto di eguaglianza in senso "occidentale"; penso agli ordinamenti socialisti, dove, chi ancora c'è, assorbe i diritti individuali in categorie non omogenee a quelle praticate nelle liberal-democrazie; penso a piccole residue comunità, dove la socialità prevale e fa aggio a ogni individualità...

La nostra cultura, negli ultimi attimi della storia, ha generato l'idea dei diritti umani quale elemento imprescindibile di qualsiasi forma di aggregato sociale. La globalizzazione non è dunque un fenomeno solo economico, ma si tira dietro anche la globalizzazione culturale. Di solito, però, i formanti non viaggiano alla stessa velocità, perché l'economia è rapida, il diritto lento, la cultura lentissima, e quando, per seguire l'economia, il diritto fa strame delle culture aliene, le recezioni sono assai difficili.

Come può la cultura dissociarsi dal brutale positivismo della forza e dello scopo che, paradossalmente in nome di visioni giusnaturaliste, pretende di imporre come assoluti valori i quali sono invece generati da faticose conquiste storiche? Come può la cultura favorire il rispetto per le culture (ossia: per l'autodeterminazione di ogni popolo nel darsi una cultura), e il rispetto di ogni comunità culturale anche dentro i confini degli ordinamenti liberal-democratici?

Nel campo del diritto comparato (ma pure in altri settori del diritto), anche se l'eurocentrismo e l'occidentalismo che ancor oggi caratterizzano la produzione comparatistica debbono fare i conti con la progressiva forza di espansione del costituzionalismo e con la permeabilità di ordinamenti antichi e moderni alle sue suggestioni, ciò non esime dal prestare attenzione, distintamente, alle strutture sedimentate dei vari ordinamenti: di qui l'esigenza di approfondire lo studio di ciascuno di essi prima di fare comparazione, per analogie e per differenze, prima di esprimere giudizi di valore, prima di suggerire recezioni o importazioni o esportazioni di

³⁰ V. R. Cavalieri, *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*, Milán, Franco Angeli, 1999.

istituti e discipline; Di qui, l'opportunità di liberarsi di schemi semplicistici ancorati a "nuclei essenziali" costruiti con geometrie variabili, a seconda del soggetto che li propone. Persino l'interesse reputato meritevole di tutela cambia: per la femminista occidentale, essenziale è la parità della donna, anche se in tal modo si demolisce la struttura di residue società dalla storia millenaria, come dimostra la conflittualità che in Canada ha contrapposto donne inuit e uomini inuit, quanto all'accettazione della *Charter*. Per il fautore della democrazia protetta, appartiene al nucleo essenziale della democrazia la difesa contro la propaganda di ideologie che negano il valore della democrazia; per il credente, il confine del nucleo essenziale può comprendere il rupudio dell'eutanasia, che viceversa per il laico appartiene alla sfera della massima esplicitazione della libertà... e via dicendo

L'assolutismo spinge verso Lepanto, dove tutto l'occidente starà —cristiani ma anche eretici e relativisti, ci mancherebbe!— con la flotta di Don Giovanni d'Austria, di Giovanni Andrea Doria e di Sebastiano Venier, condividendone la cultura e gli interessi, ma dove per forza di cose lo scontro avrà un vincitore e un vinto, cancellando l'integrazione, la dialettica, il dialogo.

Forse la strada per il comparatista di matrice pubblicistica è di dare finalmente un apporto nuovo alla scienza del diritto comparato generale, finora costruito nelle sue categorie, quasi esclusivamente, dai comparatisti privatisti: accettando di confrontarsi, anche dal punto di vista del metodo, con scienze diverse e abituate a studiare il diverso, quali la sociologia, l'etnologia, l'antropologia, la psicologia; e pur senza indulgere a commistioni, ad avvalersi dei risultati da esse raggiunti per meglio articolare una teoria dei diritti che muova dall'osservazione empirica verificabile, e per smussare contrasti spesso inconciliabili tra diritti individuali e diritti identitari.

PRESENTACIÓN DE LA PRIMERA MESA DE DEBATE:
“EXPERIENCIAS CONSTITUCIONALES ALTERNATIVAS:
VENEZUELA”

José Ma. SERNA DE LA GARZA *

El retorno de la democracia a la región latinoamericana en la década de los ochenta del siglo XX, trajo consigo el resurgimiento de la tradición del constitucionalismo clásico y la opción por el constitucionalismo social contemporáneo. Sin embargo, a partir de la última década del siglo XX, comenzaron a percibirse en la región algunas tendencias que apuntan hacia un modelo de Estado y de régimen político distinto.

Algunas de dichas tendencias novedosas parecen estar vinculadas con lo que puede caracterizarse como una crisis estructural en algunos Estados en América Latina. Dicha crisis puede conceptualizarse en términos de:

- a) la pérdida de credibilidad, confianza y respeto del ciudadano hacia el Estado, motivado por el alejamiento del Estado con relación al ciudadano;
- b) la exclusión y marginación de amplios sectores de la población no solamente del sistema constitucional, sino de la estructura económica, social, y política del Estado;
- c) la inadecuada distribución de la riqueza social, lo cual ha generado desequilibrios en el desarrollo económico y desarrollo humano;
- d) elevados índices de pobreza y desocupación;
- e) crisis del sistema político y el régimen de gobierno democrático representativo; caracterizado por la pérdida de credibilidad, representatividad y legitimidad de los gobernantes y representantes, así como de los partidos políticos, y

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

- f) crisis en el sistema judicial, caracterizado por el retardo en la impartición de justicia, niveles bajos de acceso al sistema judicial; y en algunos caos subordinación del órgano judicial hacia los otros órganos del poder constituido y acusaciones de corrupción y mala calidad del servicio judicial.

La observación de lo que ha pasado en algunos países latinoamericanos en los últimos diez años sugiere que la marginación y exclusión económica, política y social, pueden llevar al cuestionamiento del modelo económico, el sistema político, la institucionalidad democrática formal, el sistema constitucional en su conjunto, y propiciar la aparición de tendencias constitucionales que se salen de los moldes tradicionales del constitucionalismo.

En este sentido, se advierte una tendencia que con las banderas de construir una sociedad igualitaria, de lograr la inclusión social y de las reivindicaciones históricas, propone un modelo de organización política, social, económica y cultural particular que, a pesar de incluir elementos del constitucionalismo clásico y el constitucionalismo contemporáneo, no se encuadra en los cánones ni moldes de la teoría constitucional ni la teoría política del Estado Constitucional y democrático de derecho.

En el diseño institucional que deriva de esta tendencia, resalta la idea de lograr un nuevo constitucionalismo de inclusión y democracia participativa, así como la desconfianza en las instituciones de la democracia representativa y, en particular, en los partidos políticos tradicionales.

De manera recurrente en los debates sobre el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, aparece la idea de la crisis política de la democracia de partidos. Como factores que contribuyen a dicha crisis se han mencionado, entre otros:

- a) Las prácticas políticas de corrupción, o de falta de democracia en la vida interna de los partidos políticos;
- b) El excesivo partidismo en la toma de decisiones públicas, por ejemplo, en la designación de los titulares de órganos del Estado no electos.

En relación con lo anterior, puede identificarse la preocupación por la tendencia a crear instancias institucionales paralelas a las de la democracia representativa, partidizadas y subordinadas al Ejecutivo. Vinculada a

estas instancias está una idea de la soberanía que no emana del voto en elecciones libres y competitivas, sino del poder directo del pueblo, con un supuesto poder originario.

Además, debe mencionarse que la falta de sensibilidad de los partidos políticos tradicionales sobre la necesidad de reformar el sistema político democrático y recomponerse, puede provocar que un eventual proceso constituyente se utilice para acabar con la clase política partidista.

Cabe preguntarse, por otro lado, hasta qué punto el discurso anti-partido, defensor de una democracia participativa, popular y de ciudadanos, puede jugar en favor de opciones autoritarias. La explotación política de la antipatía popular por los partidos políticos, el Congreso y sus integrantes, puede redundar en la destrucción de una institución indispensable para el modelo de Estado constitucional y democrático de derecho como lo es la institución parlamentaria.

Todos estos temas son relevantes para la discusión del caso de Venezuela en esta mesa de trabajo. De alguna forma, dicho país es el que ha inaugurado el nuevo discurso constitucional que aparece con distintos grados de fuerza e intensidad a lo largo de prácticamente toda América Latina. Sin duda lo que los integrantes de la mesa (ambos venezolanos) nos expliquen en esta ocasión, será de gran utilidad para comprender el significado y alcance de lo que ya se ha empezado a reconocer como una especie de “nuevo constitucionalismo latinoamericano”.

MODELO DE ESTADO ESTABLECIDO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA (IMPLICACIONES)

Carlos ESCARRÁ MALAVÉ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Estado formal de derecho vs. Estado social de derecho y de justicia*. III. *Principales ámbitos en los que han operado las implicaciones del modelo de Estado previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo serán explicadas las consecuencias y repercusiones que ha venido experimentándose en Venezuela, donde en virtud de lo previsto en el texto constitucional, se ha venido desarrollando un proceso destinado a la reorganización y a la refundación de las bases axiológicas, políticas, sociales, económicas y hasta culturales que configuran la noción de nuestro Estado; el cual resulta producto de la propia dinámica que se desarrolló en nuestro país a lo largo de nuestro devenir histórico, y que surgió por la imperante y sentida necesidad de cambio que se fue asentando y arraigando cada vez con mayor ahínco en cada uno de los niveles de nuestra sociedad, especialmente en aquel compuesto por aquellas clases más desfavorecidas, que en razón de sus limitaciones, fue la que con más profundo dolor encarnó las penurias derivadas del ejercicio del poder de manera inconsciente, despótica, y cruel; que, desgraciadamente, apuntó siempre a la salvaguarda y el resguardo de sus propios intereses, dejando en el olvido a aquellos en virtud de los cuales habían lle-

gado a detentar tal condición de poder, y a quienes incluso se debían en su existencia, en razón de su carácter soberano.

En efecto, durante la década de los ochenta ocurrió una fuerte deslegitimación de los poderes públicos, que cercenó la real democracia y puso en peligro la existencia misma del Estado; el sistema democrático de aquel entonces y la forma de gobierno hizo que el Estado degenerara en un Estado de Partidos, quienes concentraban el poder político y lo manejaban de acuerdo a su conveniencia y en provecho propio; los gobernantes apartaron del norte de su visión la trascendental misión que el ciudadano le encomendaba a través del voto y la representación política que le otorgaba, traicionando la confianza que el pueblo depositaba en ellos; los detentadores del poder abandonaron en definitiva su papel fundamental de servir al pueblo, que era y siempre será auténtico soberano, para convertirse en viles comerciantes de las riquezas del país y en estafadores de los fondos públicos. Esta situación poco a poco fue pervirtiendo todas las instituciones del país y empobreciéndolo a pasos agigantados, causando un panorama social desolador y tristemente incomprensible en un país de tantos recursos como Venezuela.

Se hicieron intentos, no sinceros, para tratar de rescatar el sistema político a finales de 1989, sin embargo el malestar y la molestia era colectiva, lo cual provocó reacciones sociales enardecidas, algunas de no muy grato recuerdo en la historia de nuestro país, como lo fueron los lamentables sucesos del “caracazo”, ya que la población no aguantaba más y percibía la hipocresía en los supuestos intentos de regenerar el país.

No obstante, la herida que llevaba la República era de muerte, y a pesar de se le trató de disimular, ya el ciudadano común había dejado de sentirse coaccionado para las fuerzas opresoras del poder, y se comenzaron a suceder hechos de conmoción social, lamentables en la mayoría de los casos, donde el ciudadano tomó la justicia por su cuenta en una evidente manifestación de desconfianza por los órganos del poder público, y como una forma de escape de aquella olla de presión que mantuvo cerrada durante mucho tiempo.

En ese instante se presenta la ruptura entre Estado y sociedad a la que ya hemos tenido la oportunidad de referirnos en momentos anteriores.¹ La separación de ésta con el orden político, jurídico y social, que indefectible-

¹ Escarrá Malavé, Carlos, *Proceso político y constituyente*, Maracaibo, J. B Editores, 1999, p. 25.

mente implicaba emprender una tarea de formación y creación para la configuración de un nuevo Estado; para lo cual era impretermitible una relegitimación de los poderes públicos, refundar la República y rehacer a la democracia desde sus bases y raíces; desde su esencia misma.

Ahora bien, entre las distintas alternativas o escenarios posibles para la materialización de la tarea antes mencionada, el sabio pueblo optó por el desarrollo y el tránsito a través de una vía pacífica, democrática, y conciliadora, como lo fue la de constituir una Asamblea Nacional Constituyente pluralista, con la inclusión de los diversos sectores que conforman a la sociedad, que desencadenó en la adopción de un pacto fundamental orientado a hacer posible la reordenación de la República, bajo las premisas de democracia, justicia, igualdad y paz; pacto que además cuenta con la más importante característica de todas, la cual es el ser producto de una expresión soberana, que otorga la legitimación suficiente para emprender la ardua labor a la que se encuentra llamada a ejecutar.

De lo anterior, y de los postulados de avanzada de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se desprende que la misma impregna con su contenido la conformación de un paradigma de Estado al cual se encarga de definir como democrático y social de derecho, pero fundamentalmente de justicia.

Es este Estado de justicia, concebido como una construcción de lógica dialéctica, (materialista) el que mantiene el derecho abierto a la sociedad, de donde surge para regularla y al mismo tiempo para dejarse superar por ésta, a diferencia del Estado de derecho, que generalmente se nos presenta como una construcción de lógica formal y positiva, que encierra el derecho en sí mismo, y tiende a mantenerlo ajeno a las vivencias y sentimientos sociales. En una visión retórica del asunto, la justicia ni es todo ni se basta a sí misma, requiere la conjunción de valores, principios y mecanismos de naturaleza fundamental para que se traduzca en términos de convivencia humana digna y feliz. De allí que la justicia concebida y planteada en el texto constitucional no se trata de una justicia inmaterial, meramente objetiva y abstracta, ni tampoco “ideal” sino, precisamente a aquella justicia posible y realizable bajo la premisa de la preeminencia de los derechos de la persona humana como valor supremo del ordenamiento jurídico, es decir, a una justicia material que obliga a las instituciones democráticas y a sus funcionarios no sólo a respetar efectivamente tales derechos, sino a procurar y concretar en términos reales y efectivos la re-

ferida justicia. En esta dirección, argumentando como autoridad, se apunta Jhon Rawls, cuando sostiene que:

...La prioridad de la justicia, lejos de hacernos olvidar otros problemas, otros valores, nos incitaría a mirar más profundamente, a alcanzar la perspectiva adecuada. Naturalmente, la justicia tampoco lo es todo; una sociedad no sólo debe ser justa sino muchas otras cosas, incluso previamente tiene que empezar por ser una sociedad. Una teoría de la justicia es la teoría de una sociedad justa...²

De allí que, el modelo de de Estado previsto constitucionalmente, nos involucra a todos; por ello, más allá de la justicia administrada por los órganos jurisdiccionales, atiende a todas las instituciones y órganos del Estado que ejercen el poder, y de manera muy particular, a cada una de las personas que conforman la sociedad venezolana.

Por ende, la importancia de un análisis detenido de las implicaciones que derivan del modelo de Estado previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que el mismo irradia y materializa diversas consecuencias en cada uno de los ámbitos y factores que encuentran espacio y vida en nuestra República. Por tanto, el presente estudio partirá con las explicaciones necesarias para la determinación de lo que atiende el paradigma de Estado social de derecho y de justicia contemplado en el artículo 2 constitucional, como modelo con fuerza constitucional, para lo que se recurrirá a su análisis comparativo con el régimen constitucional anterior, para de esta manera, explicar de una manera más clara las implicaciones que el modelo constitucional implica.

Luego, concientes de que el presente espacio nos impide un análisis extenso y en todos y cada uno de los aspectos de la vida social en los que incide dicho paradigma constitucional de Estado, se pasará al desarrollo de dos aspectos trascendentales dentro de la vida de cualquier Estado, como lo son el económico y el relativo al replanteamiento de la noción tradicional de democracia que existe en nuestro país, siendo éstos además dos de los aspectos con mayor desarrollo en la vida social de Venezuela en los últimos tiempos, precisamente en atención a los postulados constitucionales.

² Martínez García, Jesús, *La teoría de la justicia en Jhon Rawls*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 17.

Por último, y dado el poco tiempo que ha trascurrido desde que fue introducida la primera enmienda al texto constitucional vigente, y precisamente como desarrollo de nuestra concepción democrática, se estima pertinente aprovechar la presente oportunidad para abordar dicho tema, realizando unas breves consideración en relación con la misma.

II. ESTADO FORMAL DE DERECHO VS. ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y DE JUSTICIA

1. *Estado formal de derecho y sus degeneraciones*

Como punto de partida necesario para comprender el marco constitucional establecido hoy día en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y poder comprender las implicaciones de los cambios que han operado en razón del mismo, debe en primer lugar hacerse breve referencia al modelo de Estado que venía contemplado en la Constitución de 1961, para de esta manera realizar una análisis crítico de contraste entre ambos textos constitucionales, lo que permitirá de una manera más expedita asimilar lo que efectivamente representa el actual modelo de Estado que tiene vigencia en nuestro actual texto constitucional.

En este orden de ideas, lo primero que hay que tener en cuenta, al referirnos a la noción de Estado que se encontraba vigente durante el régimen constitucional del 1961, es que el mismo estaba constituido por un Estado de derecho; pero que en realidad tenía materialización en el plano fáctico como un Estado formal de derecho, que luego fue degenerando y pasó a ser la base y sustento para la acometidas que en contra del mismo, y en contra la de la población tuvieron lugar por parte de los gobernantes de turno durante la llamada Cuarta República.

En tal sentido, si bien en el texto de la Constitución de 1961 no existía una disposición que expresamente proclamara al Estado como uno de derecho (a diferencia de lo que ocurre en el texto constitucional vigente en su artículo 2), si existían disposiciones que claramente sujetaban al poder público al derecho, como lo era la contenida en el artículo 117 de dicho texto constitucional, que estipulaba el principio de legalidad, y también la contenida en el artículo 46 que preceptuaba lo siguiente:

Artículo 46: Todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados en ésta Constitución es nulo, y los funcionarios y empleados públicos que lo orden o ejecuten incurren en responsabilidad civil, penal y administrativa, según los casos, sin que les sirva de excusa órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes.

De igual manera, podía encontrarse dentro de la Constitución de 1961 el precepto contenido en el artículo 121, en el cual se consagraba la responsabilidad para los funcionarios, cuando los mismos actuaren en contrariedad a la ley en los siguientes términos: “*Artículo 121: El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso de poder o por violación a la ley*” (cursivas mías).

De los preceptos constitucionales anteriormente señalados, puede apreciarse como la noción de Estado que imperaba bajo la vigencia de la Constitución de 1961 encuadraba en el paradigma del Estado de derecho, ya que las disposiciones constitucionales en referencia claramente consagraban que la actuación del Estado; materializada a través de funcionarios al servicio del Estado o en cualquiera de las formas de manifestación del poder público; se encontraban inescindiblemente atadas a los parámetros de la legalidad, con lo cual cada una de las actuaciones de los distintos poderes públicos que hacían vida dentro del Estado, debían encontrarse en consonancia con el orden legal, so pena de incurrir en contravención al orden constitucional y por ende, estar sujetos a la declaratoria de nulidad por parte de los órganos correspondientes. Con ello, el Estado venezolano de aquella época se acoplaba dentro de la tipología de Estados en los cuales el derecho constituye y representa la base y el fundamento del actuar estatal.

Ahora bien, en términos netamente doctrinales y académicos, sin duda alguna cuando hacemos referencia a la noción de Estado de derecho, nos estamos refiriendo a uno de los pilares fundamentales sobre el cual debe estatuirse todo Estado, debido a que dicha noción encierra dentro de sí a aquel sistema garantístico que debe imperar en toda sociedad para el logro de una armoniosa y organizada convivencia social.

Sin embargo, y no obstante lo anterior, es necesario advertir desde ya que, en mi criterio, el Estado de derecho no puede ser entendido bajo una perspectiva de puridad conceptual, como fue asumido durante la vigencia del texto constitucional de 1961, desprovisto de valores y fines que perfi-

len su concepción y sustancia, y que a su vez condicionen la vida y existencia de un Estado. Por el contrario, es necesario tener en cuenta que en la actualidad, tal y como lo han aseverado los avances de las ciencias constitucionales y políticas, la noción de Estado de derecho inexorablemente debe complementarse con un contenido axiológico y ontológico, que permita la posibilidad de nivelar y sopesar las consecuencias perjudiciales que en su concepción pura es capaz de generar, y que de hecho ha generado en la historia universal.

Ahora bien, en principio el Estado de derecho, como su propia calificación refiere, alude a aquel Estado sometido al imperio y al mandato de la ley, al imperio del derecho, el cual viene a representar, por una parte, el conjunto de limitantes y de barreras que le son establecidas al libre proceder del Estado y, por otra parte, de igual manera vendrá a representar los parámetros y las guías de conducción de la manifestación del mismo.

En otras palabras, el concepto de Estado de derecho implica aquella concepción de Estado en la cual, éste reconoce su imposibilidad de proceder libremente y sin ningún tipo de condicionamiento, y en donde cada una de las manifestaciones de su actuar, se deben encontrar estrictamente ajustadas a los cánones de legalidad establecidos en general por el ordenamiento jurídico. Se refiere pues dicha noción, a aquel Estado en el que se materializa un reinado pleno y absoluto de la ley, la cual se encargará de definir los lineamientos de conducta del mismo. Así de hecho lo ha entendido el autor alemán Laban, quien explica sobre lo aquí comentado lo siguiente: “El imperium en el estado civilizado moderno no es un poder arbitrario, sino un poder determinado por preceptos legales. La característica del Estado de derecho es que el Estado no puede requerir ninguna acción ni imponer ninguna omisión, no puede demandar ni imponer nada... más que en virtud de un precepto legal”.³

No obstante el contenido valorativo con el cual se le da formación a la noción de Estado de derecho, la misma, con el devenir del tiempo y en especial gracias a la escuela del positivismo jurídico, se encarga de destastarla, desproveyéndola de cualquier contenido valorativo, reduciéndola a una noción de pura razón, en la cual se establece que el ejercicio del poder deriva y existe en razón del derecho, en razón de una norma de derecho positivo, y por ende se encontrará sometido y restrin-

³ Cita extraída de García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Caracas, Fundación Manuel García Pelayo, 2002, p. 159.

gido por éste, ya que deberá ejercerse de acuerdo a lo que establezca la norma en cuestión al respecto.

Quizá podríamos decir que es gracias a esta desvalorización de contenido que gracias a la escuela positivista sufre la noción del Estado de derecho, lo que da pie luego a la concepción que se instaura en torno al mismo luego de la Revolución francesa, en la cual las instituciones de las sociedades comienzan a degenerar y a perder la confianza de los ciudadanos, tal y como ocurrió en Venezuela durante la vigencia de la Constitución de 1961, que provocó la conocida ruptura entre el Estado y sociedad.

Sin embargo, lo cierto es que gracias a dicho suceso de tan importantes dimensiones para la historia universal, gracias a ese cambio de paradigma tan significativo en las ciencias jurídicas, se verificaron en lo sucesivo diversas consecuencias en el orden de lo político, social, jurídico, económico y cultural, que repercutieron notablemente en el resto de las naciones.

En relación con la concepción de Estado que surge a raíz de la Revolución francesa debe señalarse que; fundamentado en la ideología que la misma propugnaba, es decir, la igualdad y la libertad absoluta de los hombres; surgieron varios postulados que demarcarían el existir de una noción del Estado de derecho que a su vez estableció sus raíces en el resto de los países del globo, asentado sobre los principios del reconocimiento de los ciudadanos como verdaderos detentadores de derechos, y por consiguiente, el reconocimiento del principio de la responsabilidad del Estado, la libertad como principio fundamental del desarrollo humano, la igualdad absoluta de todos ante la ley, y la división de las funciones de los poderes del Estado.

En tal sentido, en relación con el reconocimiento pleno de los ciudadanos como poseedores de una esfera plurisubjetiva de derechos, se estableció la concepción de que el poder no podía ser concebido como absoluto, sino por el contrario, debía materializarse de acuerdo al orden jurídico vigente, y en función del mismo debía desarrollarse; con miras a asegurar que el mismo no procediera de manera ilimitada, tratando de evitar de esta manera que incurriera en los abusos y atropellos que se sucedieron en el ejercicio del mismo en periodos históricos anteriores. Así, el Estado actuaría en función de la ley, cuando ella se lo permitiera y hasta donde la misma lo estableciera.

Se trata en definitiva de asegurar a los hombres el reconocimiento de una serie de derechos, más allá de una mera declaración formal como en

realidad había acontecido hasta aquellos momentos, a los efectos de proveer a los ciudadanos de los elementos que resultaren necesarios para que el mismo se desarrollará en libertad, hacía la consolidación de su bienestar y felicidad, fundamentados en la libre determinación del hombre, es decir, en una libertad absoluta y en una igualdad plena de los mismos, a los efectos de la consecución del paritario desarrollo y progreso de la sociedad y del Estado.

Ahora bien, la aplicación de dichos principios en su concepción más pura y literal trajo como consecuencia la consolidación de un Estado abstencionista, en donde se asumía que el rol fundamental del Estado debía estar circunscrito al mantenimiento del orden público interno, y a la seguridad y defensa de la República en el orden internacional. Siendo así las cosas, bajo la premisa del “*laissez faire laissez passer, le monde va de lui mène*” (dejar hacer dejar pasar, el mundo marcha sólo), se estableció la concepción de que el Estado debía de procurar de intervenir lo menos posible dentro de las relaciones e interacciones que se suscitaban en la vida de la sociedad, en razón de hacer valer los principios de libertad e igualdad absoluta de los hombres.

Esta concepción trajo como resultado la consolidación de lo que se denominó el Estado Liberal, en razón del liberalismo económico que fue establecido como sistema económico de la República, y cuyas enseñanzas se expandirían rápidamente alrededor del mundo, ocasionado las graves consecuencias y repercusiones sociales que por toda la historia son conocidas, y que paradójicamente conllevarían al cercenamiento de la libertad de los hombres, al establecimiento de grandes desigualdades y desbalances sociales e incluso al desconocimiento mismo de los derechos de los ciudadanos, llegando a afectar a aquellos inmanentes a su condición humana; principios todos que precisamente se buscaba proteger.

Con respecto al ámbito de las ciencias jurídicas, en gran parte de los Estados, incluyendo nuestro país durante el régimen constitucional anterior, la concepción de Estado comentada implicó la consolidación de un derecho formalista, rígido y cerrado a los escenarios sociales en los cuales pretenden tener vigencia. En tal sentido, el desarrollo del derecho se fue verificando ajeno al panorama social, y se fue de esta manera formando una armadura del derecho, que guardaba dentro de sí un una compleja maraña de preceptos legales, que en vez de contribuir al mejor desarrollo y convivencia de la sociedad, lo dificultaba e imposibilitaba, manteniéndolo ajeno e inalcanzable al ciudadano común.

Sin embargo, lamentablemente así fue que se desarrolló aquella concepción de un Estado de derecho formalista; en donde incluso, y aunque pareciera un contrasentido, se llegaron a producir y a tener vigencia leyes que eran realmente injustas, contrariando así la finalidad fundamental para la que es concebida toda ley, como lo es la justicia. A manera de ejemplo, en nuestro país estuvo vigente, a la luz del Código de Enjuiciamiento Criminal, un sistema penal establecido con una fase de sumario, que se presentaba a todas luces inconstitucional, que atentaba abiertamente contra al derecho al debido proceso, el derecho a la defensa e incluso a la dignidad del detenido.

A su vez existían normas como la establecida en el artículo 423 del Código Penal, ya hoy derogada, pero que tuvo vigencia y que y fue aplicada en nuestra sociedad, que planteaba una rebaja excesiva en la pena del delito de homicidio que cometiera un cónyuge que sorprendiera al otro cometiendo adulterio, no tomando en cuenta que de igual manera significaba tomarse la justicia por su cuenta y sacrificar uno de los bienes jurídicos fundamentales y esenciales en toda sociedad, como lo es la vida.

Por su parte, el Código Civil de 1942 nos planteaba en su artículo 261 que la patria potestad de los hijos correspondía únicamente al padre, y que sólo cuando se encontrare en imposibilidad de ejercerla le correspondería a la madre; situación ésta verdaderamente absurda, más si tomamos en cuenta que la madre significa una de las figuras más trascendentes en la vida de todo ser humano. Este mismo Código planteaba además una discriminación cruel y despectiva de los hijos naturales respecto de los hijos nacidos dentro del matrimonio, en donde no le eran reconocidos los mismos derechos y se encontraban sometidos a un trato desigual en todos los aspectos familiares, estableciendo de por vida sobre el hijo natural una culpa que ni remotamente podía serle atribuida.

En fin, existían, y todavía siguen existiendo, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, normas que resultaban y resultan realmente absurdas, que chocaban contra la razón humana, y que, siendo ello lo más absurdo y paradójico, constituyen normas verdaderamente injustas, lo cual atenta contra la verdadera finalidad de existencia de cualquier norma jurídica, como lo es la materialización de la justicia; normas y preceptos legales que fueron y son producto de un Estado de derecho formalista y rígido, que devino en inhumano y que perdió las perspectivas reales de su *telos*, como lo son el respeto

y protección del hombre como elemento medular del Estado, y de la consecución de la justicia como finalidad última de éste.

A su vez, todo ese panorama generó también la formación de abogados y de jueces autómatas, obtusos y cerrados de mente, que concebían a la función de la administración de justicia como una labor mecánica o matemática desprovista de cualquier contenido axiológico, y que con tal actitud, bajo un criterio dogmático y positivista, tornaron el derecho en inalcanzable e incoherente; basta traer a la memoria la situación de la acción de amparo en nuestro país, luego de promulgada la Constitución de 1961, en donde en virtud de un razonamiento dogmático se llegó a la conclusión por parte de los tribunales de la República, de que no podía ser admitida una acción de amparo constitucional bajo el entendido de que no existía una ley que normara tal derecho, otorgando así al precepto constitucional un carácter programático, de necesario desarrollo legal para su aplicación; violación constitucional al derecho de amparo ésta que se prolongó hasta 1988, cuando fue promulgada la Ley de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Todo lo anterior pone en evidencia la degeneración de una noción del Estado de derecho que, aunque incluso pudiese decirse que nació en erróneos términos, contraviene de manera contundente la esencia misma de lo que el derecho debe significar y representar en toda sociedad y en todo Estado.

2. Estado social de derecho y de justicia

Nos toca en estos momentos abordar el tema de una de las transformaciones más trascendentales e importantes que han operado en nuestro Estado a raíz de la entrada en vigencia del texto de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como lo es el tema referido al nuevo paradigma de Estado que impone la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y hacer de igual manera alusión a las repercusiones que de ello se derivan, siendo este el punto esencial de la ponencia que mediante la presente es sometido a consideración.

En los actuales momentos nuestro país experimenta uno de los procesos más significativos y de mayor complejidad que puede atravesar Nación alguna, como lo es un proceso destinado a la reestructuración y reorganización del Estado, y con ello, la refundación de las bases axioló-

gicas, políticas, sociales, económicas y culturales que lo configuran. En efecto, es necesario tener claro que el proceso de cambio político-social que se verifica actualmente en nuestro país emergió desde el más profundo sentir nacional, desde las más sentidas aspiraciones de un pueblo de obtener un cambio radical del modelo de Estado en el que se vivía para aquel entonces, y que les vejaba y excluía cada vez más. En otras palabras, el proceso de cambio se presenta como un reflejo de un sentimiento que yacía en el fondo del alma de la gran mayoría de los venezolanos, y es por esta razón, sin duda, que el pueblo avaló la formación de un nuevo Estado mediante la convocatoria a un Proceso Constituyente y la aprobación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; Constitución que representa el texto fundamental con mayor apoyo y legitimidad que texto constitucional alguno haya tenido en nuestra historia republicana, debido a ser el producto y expresión del mismo soberano, ya que fue formada mediante la convergencia de los más variados sectores de la sociedad, a los cuales se les consultó su parecer sobre la misma, y quienes además tuvieron oportunidad de presentar sus propuestas, contribuyendo así a dar nacimiento a una Constitución de avanzada e innovadora, acorde con las demandas y exigencias sociales, que estuviera llamada a refundar el Estado desde su misma esencia, en busca de la creación de un Estado digno que propendiera a la paz, la felicidad y al desarrollo integral de todos los venezolanos.

En este orden de ideas, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se encarga de establecer un nuevo paradigma de Estado, definido por el propio texto constitucional como democrático y social de derecho, y fundamentalmente de justicia.

Partiendo de tal premisa, de acuerdo con el artículo 2 de la Constitución, nuestra nación posee como valores superiores a la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, la ética, el pluralismo político y la preeminencia de los derechos humanos; siendo la garantía y respeto de dichos postulados axiológicos, obligación irrenunciable de todos los órganos que ejercen e integran el Poder Público, y además responsabilidad compartida de éstos con la generalidad de las personas que habitan o residen en el territorio de la República.

En razón de lo anterior, se aprecia entonces que el Estado adquiere una nueva dimensión, en la cual pasa a constituirse en un agente cuya

misión fundamental será la de asegurar la procura existencial del individuo bajo los patrones de la felicidad, justicia, igualdad, la preeminencia de sus derechos y en definitiva, el desarrollo integral de los mismos como punto de partida necesario para la materialización de una sociedad digna y progresista.

En tal sentido debe tenerse claro que toda la actuación del Estado se debe encontrar signada, de conformidad con lo previsto en el artículo 2 constitucional, bajo la cual se debe canalizar y bajo los cuales se debe enmarcar el desarrollo de la actividad estatal; es decir, que el diseño establecido en el texto de la Constitución de la República Bolivariana prevé un nuevo paradigma de Estado, en función del cual debe necesariamente orientarse cada una de las actuaciones y formas de proceder de todos y cada uno de los componentes que integran y hacen vida dentro de la República, tanto órganos del poder público, los funcionarios pertenecientes a éste y los propios habitantes.

Por esta razón debe concluirse que la actuación desarrollada por el Estado debe tener por *ratio* final a la justicia; debido a que expresamente el Estado se consagra como un Estado de Justicia, con lo cual el contenido de su proceder deberá siempre estar guiado en función de la misma, además de por la serie de principios y valores constitucionales previstos en el texto constitucional. Así, de hecho, lo ha afirmado la doctrina al señalar:

Ese es el método de la primacía de los principios generales del derecho, condensado ético de la justicia y reguladores de todas y cada una de las instituciones positivas de un ordenamiento. Sin la idea de los principios generales del derecho no es posible siquiera comprender la más elemental de sus instituciones...

Son los principios institucionales los que organizan las distintas normas reguladoras disponibles para el régimen de la institución, los que dan a las mismas todo su sentido y alcance, y a la vez, los que precisan, según su lógica propia, la articulación de todas ellas, así como la solución procedente en caso de insuficiencia de una regulación legal o de laguna. Son en su sentido literal, principios generales del derecho por trascienden las normas concretas y porque en ellos trascienden siempre necesariamente un orden de justicia material...

*Es justamente en este punto donde se anudan el mundo formal de las normas y el material de los valores de la justicia*⁴ (cursivas mías).

En tal orden de ideas es necesario tener en claro que la serie de principios que consagra nuestro texto constitucional no constituyen meros postulados axiológicos carentes de fuerza normativa y por ende de aplicación, sino por el contrario, representan preceptos que conforman el sustrato material del texto constitucional y que por ende resultan de inmediata y necesaria aplicación al igual que el resto de las normas que integran el texto constitucional, e incluso el valor de su contenido va más allá, condicionando el sentido del resto de los preceptos que componen el texto constitucional, sujetando el desarrollo e interpretación de los mismos en función de ellos, tal y como lo ha admitido la doctrina al indicar:

Siempre en busca de iluminar las zonas de penumbra en el derecho constitucional, y aún reiterando nuestra preferencia por la sobriedad elástica de las normas que conforman el conjunto integral de la Constitución escrita, volvemos a sugerir, que tanto el techo ideológico de la misma cuanto su articulado deben revestir claridad, precisión definitorio y perfil nítido, todo para facilitar la acción de los operadores que deben darle aplicación e interpretación.

Tal es el contenido que hemos llamado sustancial o material de la Constitución, en el que se alberga el plexo de valores y principios que la alimentan como fuente primaria de valor normativo.

La expresión que de ese plexo se incorpora a la normativa de la Constitución ayuda a evitar toda noción que sólo vea en su sistema de valores, de principios, y de derechos, meras invitaciones, o consejos, o recomendaciones, que se supediten a lo que discrecionalmente quieran hacer, o hagan, u omitan con ellos los órganos del Poder estatal.⁵

En razón de todo lo anterior, no cabe duda que el modelo de Estado que actualmente se encuentra plasmado en el texto constitucional implica, no sólo el actuar del Estado en conformidad con el derecho, sino además el actuar y proceder siempre en conformidad con la serie de valores

⁴ García de Enterría, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 104 y ss.

⁵ Bidart Campos, Germán, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediciones Ediar, 1995, p. 115.

y principios constitucionalmente establecidos, con la finalidad de alcanzar la justicia que informa nuestra concepción de Estado.

Pero, además, resulta importante destacar que, aunado a que la actuación integral del Estado debe estar signada bajo el conjunto de valores estipulados en el artículo 2 constitucional, así como en función de la concepción misma de Estado democrático y social de derecho y de justicia que proclama el texto constitucional, la misma debe siempre tener como razón última de su manifestación a la consecución de los altos fines a los que alude el artículo 3 constitucional.

En otras palabras, aparte del contenido axiológico del que debe estar impregnada cada una de las actuaciones y formas de proceder del Estado, a su vez ésta debe realizarse en aras de la materialización, verificación, y en definitiva del alcance de la serie de fines esenciales previstos en el texto constitucional. Siendo así las cosas, la actuación del Estado deberá siempre procurar la defensa y el desarrollo integral de la persona, así como el respeto a su dignidad, como base de desarrollo de una sociedad justa y amante de la paz, como bien lo señala el artículo 3 constitucional. A su vez, la actuación del Estado deberá siempre procurar el ejercicio democrático de la voluntad popular, la promoción de la prosperidad y del bienestar del pueblo, y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos en nuestro texto fundamental.

Por tanto, la consecuencia dentro de la facultad de actuación que detenta el Estado, a la luz de su nueva concepción, es que en definitiva el desempeño del mismo se encontrará irreductiblemente limitado en función de los altos valores y principios que determinan al Estado, y en función del respeto de los derechos que forman parte del ámbito jurídico-subjetivo de los individuos que viven y se desarrollan dentro de él.

Todo lo anterior sin duda alguna implica un quiebre del paradigma del Estado que veníamos viviendo anteriormente, para darle paso a un modelo de Estado que recoge en su esencia el sentir y las aspiraciones del pueblo venezolano, para llegar a la consolidación del país próspero y de bienestar que todos anhelamos.

No obstante, lo más importante debe consistir en el hecho de comprender y asimilar que en la actualidad se están materializando las consecuencias del cambio de paradigma de Estado establecido en el texto constitucional; cambio de grandes proporciones y profundidad, toda vez que afecta e incide en la esencia misma de nuestro Estado, situación que

podría asimilarse, a las que se verifican en las revoluciones científicas a las que se refiere el autor alemán Thomas Kuhn,⁶ en su obra *Las estructuras de las revoluciones científicas*. Es decir, que se ha pasado a la instauración de un nuevo orden fundacional, que implicó el abandono de aquella vieja concepción de Estado, para adoptar aquella que implica una verdadera dimensión de justicia social; sobre la cual cobrará vida el Estado y los diversos componentes que lo integran; estamos entonces frente a una verdadera revolución que se verifica en la esencia y noción misma del Estado, para desplazarse en cada uno de los aspectos que conforma la vida del mismo.

Ahora bien, tal cambio radical en la concepción de Estado repercutirá en distintos órdenes del mismo, es decir, en lo político, en lo social, en lo económico, en lo jurídico y cultural, en aras de alcanzar la justa dimensión social que ello involucra, y a su vez para hacer prelar la esencia de justicia que lo envuelve, en conjunción con la serie de valores y principios inherentes a dicha noción de Estado, para que se traduzca en la consecución de una convivencia humana digna y feliz.

Y ello en razón de que la justicia concebida y planteada en el texto constitucional, no se trata de una justicia inmaterial, sino precisamente aquella justicia posible y realizable, bajo la premisa de la preeminencia de los derechos de la persona humana como valor supremo del ordenamiento jurídico, es decir, de una justicia material.

Además resulta importante hacer la mención de que el nuevo modelo de Estado implica un cambio fundamental en la acción y ejercicio de gobierno, que se establece sobre la base de un sistema de democracia participativa y protagónica, como se vera *infra*, en la que por primera vez se concientiza que el poder reside en el pueblo, en razón de la cual la gestión gubernamental pasa a estar integrada por la dualidad pueblo-gobernante, lo cual en definitiva se traducirá en una mejor, más efectiva y eficaz conducción de las políticas públicas.

En atención a lo antes expuesto, la justicia entonces representa a la esencia misma del Estado, se encuentra inescindiblemente ligada a su concepción, al proclamarse en el artículo 2 constitucional que Venezuela se constituye como un Estado y democrático y social de derecho y de justicia, materializándose así a la justicia como modelo de Estado. A la

⁶ Reflexión establecida en la obra de García de Enterría, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 97 y ss.

par, es el propio artículo 2 constitucional el que también impone a la justicia como elemento característico y cualidad básica en su modalidad de acción; es decir, como ideal y sentido de vida y de existencia; configurándose así la perspectiva de la justicia como valor supremo del Estado.

De igual manera, es consagrada en el texto fundamental la justicia como fin del Estado, en el artículo 3 constitucional, lo cual deriva también, al igual que en el anterior caso, de la concepción de modelo de Estado establecido en la norma fundamental. Así las cosas, la consagración de la justicia como fin conllevará a que en cada uno de las manifestaciones de existencia del Estado, en la generalidad de su actuar y proceder, se encuentre a la justicia como elemento finalístico.

Ahora bien, las perspectivas de la justicia aquí comentadas, vale decir, la justicia como modelo de Estado, valor y como fin del Estado, consagradas constitucionalmente, develan vital importancia y significación. En efecto, las ciencias jurídicas constitucionales han establecido que la interpretación del texto constitucional no puede realizarse de una manera aislada e independiente, sino por el contrario, la exégesis constitucional debe ser siempre armónica y sistemática, es decir, debe interpretarse los preceptos constitucionales concientes que pertenecen a un todo, y en razón de ello debe realizarse una interpretación que se encuentre en consonancia con ese todo dentro del cual se encuentran inmersos.

De esta manera, el tener que interpretar la Constitución de manera armónica, aunado a la consagración de la justicia como valor y principio de Estado, acarreará como consecuencia que la generalidad de las normas que integran el ordenamiento constitucional deban interpretarse en conformidad con estas aristas de la justicia, y que en definitiva, todos y cada uno de los componentes e integrantes que interaccionan y hacen vida dentro del Estado, deban ceñir sus parámetros de conducta al estándar de la justicia, lo cual de hecho ha sido reconocido por la jurisprudencia de nuestra patria, entre cuyas decisiones vale destacar:

Quando el Estado se califica como de derecho y de Justicia y establece como valor superior de su ordenamiento jurídico a la Justicia y a la preeminencia de los derechos fundamentales, no está haciendo más que resaltar que los órganos del Poder Público —y en especial el sistema judicial— deben inexorablemente hacer prelar una noción de justicia material por sobre las formas y tecnicismos, propios de una legalidad formal, que ciertamente ha tenido que ceder frente a la nueva concepción de Estado (senten-

cia de la Sala Político Administrativa del 5 de octubre de 2000, recaída en el caso "IDEA").

Pero además de lo anterior, debe también indicarse que también la justicia es comprendida por el texto constitucional, como un elemento organizacional. En efecto, la Constitución asienta dentro de su articulado, concretamente en su artículo 253, la consagración de un Poder Judicial donde le confiere la función de desarrollar el sistema de justicia. En atención de ello, el texto constitucional establece el sistema de justicia integrado por el Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los auxiliares de justicia y funcionarios de justicia, el sistema penitenciario y los abogados autorizados para el ejercicio; componentes todos de un sistema organizacional al cual se le encuentra asignado el desarrollo de la función judicial en el país.

De esta forma, cada uno de los componentes de dicho sistema, deberán actuar de manera coordinada y planificada con miras a la consecución de un determinado fin, que en su caso, será el de la consecución de la justicia, y de hecho es por ello que el texto constitucional, en su artículo 257, también expresa que la justicia constituye la finalidad de todo proceso judicial; es decir, que el proceso es concebido como un instrumento, como el medio o la vía para el alcance de la Justicia como razón última del ejercicio de la función jurisdiccional, y en razón de tal concepción, deberá articularse la actuación de todos los componentes del sistema de justicia.

Es precisamente en este contexto que debe entenderse al proceso de cambio que en la actualidad se desarrolla en el ámbito de lo político, social, económico y cultural en nuestro país. Proceso que comporta la compleja tarea de la reordenación del aparato estatal de acuerdo al esquema estructural que diseña el texto constitucional, así como también la formación de todo el enramado jurídico normativo que servirá de base y sustento para tal esquema estructural y para la forma de actuación del mismo.

En tal sentido, el modelo de Estado instaurado a raíz de la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, contempla a un Estado comprometido en cada una de sus manifestaciones de su actuación, con el logro de la felicidad y del desarrollo integral de los individuos y por ende, con la creación de las condiciones necesarias para que la misma sea efectivamente alcanzada; lo cual comporta la realiza-

ción de un conjunto de tareas y cometidos de variada índole orientados todos a la satisfacción de las necesidades que aquejan a la población, a la correcta distribución de la riqueza de la nación para escenificar el entorno apropiado que permita proporcionar al individuo, los medios y las herramientas necesarias para que mejore su condición de vida, y se alcance de ésta manera la estabilidad social requerida para que el ciudadano se encuentre en la capacidad de desarrollarse a plenitud, lo que en definitiva se traducirá en la conformación de una sociedad justa, equilibrada y progresista, que cuente con la fuerza capaz de impulsar el desarrollo del país.

Por ende, impone el texto constitucional que el Estado deba actuar, materializando una serie de cometidos que propendan a la obtención de los altos fines que la configuración del Estado actual impone, es decir, aquellos fines que deben guiar la actuación de un verdadero Estado social de derecho, y que en nuestro esquema constitucional se profundizan y acentúan aún más, toda vez que a la par de que nuestro texto constitucional nos consagra como un Estado social de derecho, también agrega a nuestra noción existencial la esencia de la justicia, como complemento indispensable a una noción de Estado social, bajo el entendido de que no puede existir un Estado en el cual se busque el desarrollo pleno de las capacidades de sus ciudadanos y la consecución de la felicidad de los mismos prescindiendo de la justicia; en otras palabras, no es concebible que un Estado pueda lograr orientar su existencia en función de dichos parámetros, sino tiene la justicia como uno de los fines fundamentales de su existir.

Útil en estos momentos resulta traer a colación las palabras del alemán Gerd Renken quien nos señala que la configuración de un Estado como social debe incidir tan radicalmente en la vida y manifestación del Estado, que dicha concepción trasciende de una mera consagración taxativa de un catálogo de derechos en algún texto positivo, ya que aún en dicha situación, cuando un Estado se califica como social, esta adquiriendo un compromiso de alto nivel con el conjunto de habitantes que hacen vida, se desenvuelven e interactúan dentro de él; compromiso que no es otro que el de crear las condiciones y el ambiente necesario para lograr la conformación de una sociedad justa, equilibrada, equitativa, progresista, y en definitiva feliz, que cada persona desea, indistintamente de su posición o tendencia ideológica. Así las cosas, el prenombrado autor alemán nos señala lo siguiente:

El principio de Estado social se basa en el continuo esfuerzo por implantar la justicia social: Obliga a los Estados a proteger a los estratos socialmente desfavorecidos. Los derechos sociales fundamentales, como por ejemplo el derecho al trabajo, formación, vivienda, descanso laboral y asistencia social pueden incluso no estar mencionados expresamente en el catálogo de los derechos fundamentales, pero del principio del Estado social se deriva, tanto para a legislación como para la jurisprudencia, el mandato constitucional de hacer realidad la justicia social.⁷

Bajo esta perspectiva, debemos indicar que el principio del Estado social comporta un efecto vinculante que actúa e incide principalmente en todas y cada una de las medidas de conducción y dirección estatal; es decir, comporta la obligación para cada uno de los componentes del Estado de actuar en función de los objetivos que informan al Estado social, dentro de los cuales se encuentran, como uno de los objetivos principales, el combatir las penurias económicas y sociales y las desventajas de los diversos sectores de la población, mediante la prestación de protección y asistencia, y en definitiva la creación de las condiciones que resulten imperativas para la erradicación de dichas penurias y desventajas.

Por ello, nuestro modelo actual de Estado comprende la obligación para el Estado de contribuir a garantizar a todas y cada una de las personas que lo conforman el mínimo vital para una existencia apropiada, esforzándose en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a la generalidad de los habitantes una vida digna y adecuada, potenciando sus capacidades, con el propósito de mantener y cada día mejorar el nivel de vida de los mismos en la sociedad. En tal sentido, comporta una modificación total y absoluta de la forma de asumir el poder público y su gestión, ya que el mismo deja de asumir la actitud de pasividad propia de la concepción liberal del Estado, para asumir un rol activo en la consecución y materialización de los cometidos antes mencionados.

De hecho, bajo esta línea de pensamiento, el autor Luigi Ferrajoli pone de manifiesto el contenido y dimensión de la fórmula de Estado social, mediante la comparación del mismo con el modelo de Estado liberal, a los efectos de evidenciar el hecho de que este último comportaba un Estado orientado hacia la adopción de posturas negativas o pasivas,

⁷ Renken, Berd, *El Estado de derecho como principio constitucional*, Munich, Editorial Inter, 1989, p. 10.

en el sentido de que el ejercicio del poder era desarrollado en función de la autorregulación de la sociedad, es decir, en razón de una regulación autónoma instaurada por la propia dinámica de la sociedad, bajo la excusa o el pretexto del respeto de los llamados derechos de libertad, lo que provocaba que la misma fuese producto de los elementos que en medio de dicha dinámica social fuesen capaz de imponerse, lo cual generalmente era alcanzado por los factores de poder en el ámbito de la fuerza económica, pasándose a conformar un marco de relaciones guiadas o dominadas por un sistema de mercado desprovisto de cualquier consideración desde el punto de vista axiológico, moral o ético.

Mientras que, nos señala el referido autor, el Estado signado bajo una esencia de contenido social, como lo es el caso venezolano, se caracteriza por constituir una entidad guiada y regulada por normas que atienden a finalidades de carácter positivo, es decir, por normas constitutivas de mandatos concretos impuestos al conjunto de órganos encargados de ejercer el Poder Público, que se concretan en forma de deberes específicos de hacer de los poderes públicos, correspondiéndose éstos con los denominados derechos sociales, cuya materialización requiere la satisfacción de las necesidades esenciales de los ciudadanos, y en definitiva, la consecución de condiciones de vida digna.⁸

Es por tanto el Estado social, según nos señala el autor español Antonio Luis Martínez Pujalte, aquel Estado en el que se busca convertir

a todos los derechos en derechos prestacionales, es decir, en derechos que exigen de los poderes públicos deberes de hacer y no solo omisiones, ya que la formula de Estado social, que viene impuesta con fuerza de rango constitucional, vincula a todo el Estado, en la preservación de las libertades y derechos ciudadanos, que no sólo implica una negativa para el Estado de lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aún cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales “los impulsos y líneas directivas”...⁹

⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del galantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 860.

⁹ Martínez Pujalte, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 90.

Por ello, el principio del Estado social consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, comprende la obligación para el Estado de contribuir a garantizar a todas y cada una de las personas que lo conforman, el mínimo vital para una existencia apropiada, esforzándose en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a la generalidad de los habitantes una vida digna y adecuada, potenciando sus capacidades, con el propósito de mantener y cada día mejorar el nivel de vida de los mismos en la sociedad.

Sin embargo, tal y como se comentó, tal responsabilidad no sólo atañe a la acción de gobierno o a la función ejecutiva, sino por el contrario, la misma involucra a todos los componentes del Estado, y siendo así las cosas, por una parte, el legislador debe estar orientado en su proceder a la conformación, mediante el ejercicio de su función estatal, del ordenamiento jurídico social económico justo, capaz de proporcionar el sustrato necesario sobre el cual se habrá de fundamentar los órganos de gobierno para la acometida de sus funciones.

Esta sujeción del legislador resulta forzada, ya que es éste el llamado en forma directa a la materialización de la actividad legislativa encargada de desarrollar los preceptos establecidos en el texto constitucional; en donde deberá establecer las vías para el perfeccionamiento de los derechos de los ciudadanos y además imponer la serie de metas y cometidos que deberán realizar los demás componentes del Estado para la consecución de los fines sociales que dibuja el texto constitucional, dando vida a las coordenadas y parámetros constitucionales para una justa e equitativa redistribución de las riquezas, y alcanzar la serie de objetivos a los que hemos hecho referencia.

A la par, también es necesario tomar conciencia que la función judicial debe reordenarse, con especial profundidad en el caso de nuestro país, para tomar conciencia que este nuevo paradigma de Estado impuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, implica el que la interpretación del conjunto de normas que conforman el ordenamiento jurídico debe obedecer a la noción misma de Estado, es decir, a una noción de Estado social de derecho y de Justicia; lo cual acarreará el que la aplicación de la ley debe tener siempre en consideración primaria la salvaguarda de los derechos que conforman la esfera jurídica de los particulares, y por norte fundamental la consecución de la justicia, tal y como se desprende del artículo 257 constitucional, en el cual se prevé al proceso, y en definitiva a la fun-

ción jurisdiccional, como un elemento de carácter instrumental cuya única y verdadera finalidad, cuya razón de existencia, no debe ser otra sino la consecución y la materialización de la justicia, dando de esta manera sentido y efectividad a la esencia de nuestra concepción de Estado.

Esta nueva dimensión de la función jurisdiccional ha sido recibida con buen pie por parte de la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal de la República en reiteradas oportunidades, valiendo la pena destacar lo establecido en la sentencia recaída en el caso “Rosario Nouel” del 24 de marzo de 2000, en la cual la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia tuvo la oportunidad de expresarse en torno a la concepción de Estado establecida en el texto constitucional, vista desde la perspectiva de la función jurisdiccional, de la siguiente manera:

Existe un nuevo paradigma en cuanto a los valores y principios constitucionales que se vinculan a la justicia como hecho social, político y democrático. Esta nueva concepción de Estado de Justicia trae consigo no tan sólo una transformación orgánica de sistema judicial (artículo 253 y 254 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), sino también un cambio por la razón íntima que cada ciudadano, y especialmente el Juez, debe tener con el fin de lograr la justicia más que un bálsamo frente a las heridas de la sociedad, en los términos de Calamandrei, sea ese cuerpo vivo, que late y palpita según lo expresa Gómez Robleda (*Meditaciones sobre la justicia*, Fondo de Cultura Económica, p. 17).

En este sentido el juez, a quien se le reclama y exige justicia, debe ser igualmente producto de un hecho democrático que establezca un vínculo de afinidad entre la sociedad que exige y el poder que interpreta los valores y principios constitucionales para alcanzar los fines del Estado.

De igual manera se expresó la misma Sala, mediante auto del 14 de abril de 2000, recaído en el caso “Henry Clay”, donde se expuso:

El artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que Venezuela se constituye en un estado democrático y social de derecho y de justicia, ratificando luego a la justicia como un valor superior del ordenamiento jurídico de la República. Por lo que la justicia, por un lado es un principio rector del Estado, y por el otro, un valor superior del ordenamiento jurídico. En este sentido, la actuación del Estado como unidad política, que incluye tanto a los ciudadanos y ciudadanas como a las instituciones del Poder Público, deben realizarse en atención a los

principios y valores constitucionales que trascienden aun la misma normativa constitucional.

En este orden de ideas, el artículo 3 del texto fundamental de la República cuando establece los fines del Estado, resalta la garantía del cumplimiento de los principios y derechos. Dentro de los derechos fundamentales, se encuentra el acceso a la justicia y que ésta sea accesible e idónea sin atender a formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26). Por su parte el artículo 27 ratifica la no sujeción a formalidades dentro del procedimiento de amparo, de donde podemos establecer que todas aquellas formas que impidan el ejercicio efectivo del derecho a la justicia, deben decaer en atención a los valores y principios constitucionales.

Este derecho a la justicia como valor fundamental del Estado adquiere dimensión real en el artículo 49 del texto fundamental que prevé las reglas del debido proceso. Dentro de esas reglas, el numeral 3º establece que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro del plazo razonable; el numeral 1 prevé que el acceso a las pruebas tiene sentido en la medida en que se disponga de tiempo y de los medios adecuados.

De igual forma el artículo 257, establece de manera indubitable que el proceso es un instrumento para la realización de la justicia, y que ésta no puede ser sacrificada por formalidades no esenciales.

Como se aprecia entonces, la tarea no es fácil, debido a que la misma implica un verdadero compromiso y obligación por parte de todos y cada uno de los componentes del Estado en materializar el modelo de Estado social de derecho y de justicia; en virtud de lo cual se deja atrás y se desecha por completo aquella visión de un Estado abstencionista, dedicado exclusivamente al mantenimiento del orden público interno, y a la seguridad y defensa de la República en el orden internacional.

Esto nos lleva a asegurar que bajo este paradigma de Estado, se encuentra llamado y obligado a asumir una actitud positiva, es decir, se encuentra en el irrelajable deber de actuar, de asumir una actitud o conducta intervencionista en cada uno de los ordenes y sectores de actividad que se desarrollan y verifican mediante las diversas interacciones que tienen lugar en el ámbito social; atendiendo a la realidad que se presente en determinado momento, claro esta, siempre cuidando mantener el debido respeto al conjunto de derechos y garantías consagrados a los ciudadanos en el texto constitucional.

III. PRINCIPALES ÁMBITOS EN LOS QUE HAN OPERADO LAS IMPLICACIONES DEL MODELO DE ESTADO PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Una vez que han sido delimitadas en breves consideraciones, la serie de implicaciones conceptuales y valorativas que conlleva el paradigma actualmente establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y concientes que ello deriva en una serie de implicaciones y consecuencias en diversos ámbitos de la vida social del Estado, pretendemos en el presente punto, realizar algunas consideraciones sobre los principales ámbitos de incidencia en los que han operado las transformaciones derivadas de actual modelo de Estado previsto en el texto constitucional, advirtiendo una vez más que lo aquí expuesto tan sólo abarcará a ciertos y determinados ámbitos (tampoco con un carácter exhaustivo o completo), debido a que las razones de espacio, nos impiden abordar todas aquellas áreas o ámbitos que resultan influidas o transformadas por el actual modelo de Estado.

1. *Democracia protagónica y participativa*

El texto de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela tuvo y tiene, como ya se ha mencionado, como una de sus premisas básicas y fundamentales, el refundar la República en vista al modelo de Estado social de derecho y de justicia, para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, en la cual, no sea sólo el Estado el que deba adaptarse y someterse a la forma y principios de la democracia, sino también la sociedad, integrada por cada uno de sus ciudadanos, quienes se encuentran llamados a desempeñar un rol decisivo y responsable en la conducción del rumbo de la Nación, dando origen a un binomio decisivo y fundamental, cuya finalidad última sea la consecución del desarrollo, bienestar y prosperidad en el existir de la patria. De hecho, tal apreciación es fácilmente perceptible de la propia exposición de motivos del texto constitucional en la cual sobre tal aspecto se señala:

Se define la organización jurídico-política que adopta la Nación venezolana como un Estado democrático y social de derecho y de justicia. De acuerdo con esto, el Estado propugna el bienestar de los venezolanos, creando las condiciones necesarias para su desarrollo social y espiritual, y

procurando la igualdad de oportunidades para que todos los ciudadanos puedan desarrollar libremente su personalidad, dirigir su destino, disfrutar los derechos humanos y buscar su felicidad.

Los principios de la solidaridad social y del bien común conducen al establecimiento de ese Estado social, sometido al imperio de la Constitución y de la ley, convirtiéndolo, entonces, en un Estado de derecho. Estado social de derecho que *se nutre de la voluntad de los ciudadanos, expresada libremente por los medios de participación política y social para conformar el Estado democrático*. Estado social y democrático de derecho comprometido con el progreso integral que los venezolanos aspiran, con el desarrollo humano que permita una calidad de vida digna, aspectos que configuran el concepto de Estado de justicia.

Se corresponde esta definición con una de las principales motivaciones expresadas en el Preámbulo, es decir, el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática. Ya no sólo es el Estado el que debe ser democrático, sino también la sociedad. Siendo democrática la sociedad, todos los elementos que la integran deben estar signados por los principios democráticos y someterse a ellos.

Se establece que la educación y el trabajo son los procesos fundamentales para garantizar los fines del Estado. De esta manera, los ciudadanos y las organizaciones sociales tienen el deber y el derecho de concurrir a la instauración y preservación de esas condiciones mínimas y de esa igualdad de oportunidades, aportando su propio esfuerzo, *vigilando y controlando las actividades estatales, concienciando a los demás ciudadanos de la necesaria cooperación recíproca, promoviendo la participación individual y comunitaria en el orden social y estatal, censurando la pasividad, la indiferencia y la falta de solidaridad*. Las personas y los grupos sociales han de empeñarse en la realización y ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes, mientras que el Estado es un instrumento para la satisfacción de tales fines (cursivas mías).

Partiendo de tal premisa, de acuerdo con el artículo 2 de la Constitución, nuestra nación se constituye en un Estado democrático y social de derecho y de justicia, cuyos valores superiores son la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, la ética, el pluralismo político y la preeminencia de los derechos humanos; siendo la garantía y respeto de dichos postulados axiológicos, obligación irrenunciable de todos los órganos que ejercen e integran el poder público, y lo más importante, responsabilidad compartida de éstos

con la generalidad de las personas que habitan o residen en el territorio de la República.

Lo anterior encuentra fundamento en el artículo 5, según el cual la soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce; bien directamente a través de las formas y maneras previstas en el propio texto constitucional y en la ley; o bien indirectamente, mediante el sufragio a través de los órganos que ejercen el poder público; situación que se encuentra ratificada en el artículo 6 constitucional, que consagra de manera definitiva como forma de gobierno de la República y de las demás entidades político-territoriales, la democracia participativa y protagónica, descentralizada, alternativa, responsable, y pluralista; razón por la cual, no es posible que ninguna organización del Estado niegue o inobserve tal configuración institucional.

De conformidad con lo anterior, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece las bases axiológicas e institucionales para profundizar y materializar el sistema democrático en Venezuela, al completar las tradicionales formas e instancias representativas de los sistemas democráticos contemporáneos, con novedosos y efectivos mecanismos y medios de participación a través de los cuales los ciudadanos pueden, en los distintos niveles político-territoriales, ser agentes protagónicos fundamentales en la actividad del Estado y en la toma de decisiones para la gestión del interés público y el bien común.

De este modo, como bien lo proclama la Exposición de Motivos de la Constitución, el régimen constitucional vigente responde a una sentida aspiración de la sociedad civil organizada que pugna por cambiar la negativa cultura política generada por décadas de un Estado centralizado de partidos, que mediatizó el desarrollo de los valores democráticos, a través de la participación ciudadana, que ya no resulta sólo limitada a la actuación derivada de procesos electorales, pues se reconoce la necesidad de la intervención del pueblo en los procesos de formación, formulación y, sobre todo, la ejecución de políticas públicas, como medio para superar el déficit de gobernabilidad que ha afectado a nuestro sistema político, debido a la carencia de armonía y si se quiere, a la separación verificada entre el Estado y la sociedad, ocasionando la ruptura entre dichos componentes, cuyas consecuencias fueron capaces de generar repercusiones en los más diversos escenarios de la vida social, económica, política y hasta cultural de nuestra sociedad; constituyendo en definitiva un paradigma que estatuye un auténtico gobierno del pueblo.

En tal sentido, el nuestro modelo de democracia ya no se encuentra fundamentado solamente sobre la base de un sistema representativo, sino que nuestra democracia se encuentra fortalecida, con el valor agregado de la inclusión expresa del pueblo como factor fundamental y decisivo en la conducción de la gestión gubernamental, en donde el individuo se integra a la acción de gobierno mediante la materialización de un amplio catálogo de mecanismos de participación, a través de los cuales se perfecciona una forma de gobierno integrada tanto por los representantes electos y los propios ciudadanos, el propio pueblo, haciendo realidad y otorgando vida y sentido a su facultad de soberano, tal y como expresamente lo reconoce el propio texto constitucional en su artículo 5.

En efecto, tal precepto constitucional se nos presenta como factor fundamental para el entendimiento y comprensión de nuestro sistema democrático actual. Así las cosas el mismo es categórico al afirmar que: “Artículo 5: La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público. Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos”.

Se denota claramente de su redacción, como nuestra democracia se patentiza por la coexistencia en la liderización y guía de la acción de gobierno de, en primer lugar, el poder constituido, es decir, por la serie de órganos y organismos públicos que conforman la estructura organizacional del Estado y que, en razón del mandato soberano, ejecutan la conducción del Estado; pero, en segundo lugar, dejando lo suficientemente claro que dicha práctica constituye tan sólo una modalidad del ejercicio gubernamental, que se presenta inseparable a una modalidad directa de gobierno, superior a ella en razón de un orden ontológico, que será realizada por el único y auténtico detentador del poder y organizador del Estado, es decir, por el pueblo.

Tal superioridad viene incluso puesta de manifiesto expresamente en el último aparte del artículo recién citado, cuando señala que los distintos órganos que conforman el sustrato estructural del Estado, se deben al pueblo, ya que de él emanan, de él han sido creados y por ende a él se deben, creándose así en relación soberano-mandatario, en la cual este último es concebido con la finalidad de servir en la satisfacción de los intereses de aquel, y en la consecución de los diversos fines a los que el

Estado se encuentra llamado y obligado a concretar, en aras de alcanzar esa sociedad justa y digna en la cual cada uno de sus componentes alcance la prosperidad y el desarrollo integral que hace que se alcancen los ideales de paz, justicia y bienestar que todo Estado desea.

En tal orden de ideas, la coexistencia en la conducción de gobierno a la que nos referimos, se presenta plenamente comprensible, toda vez que; junto a la forma de democracia representativa que resulta necesaria para lograr una armoniosa funcionabilidad de la gestión estatal; resulta lógica la participación constante y permanente de los ciudadanos que integran la sociedad, ya que son ellos sobre los cuales recae e incide directamente los resultados de la acción de gobierno, y son ellos los que sin duda alguna saben a ciencia cierta la clase de necesidades y requerimientos que detentan y precisan para lograr la satisfacción de sus anhelos y aspiraciones, ya que son ellos mismos los que pueden acometer las tareas estatales con la precisión y el acierto necesario para alcanzar tales finalidades, lo cual sin duda; no obstante de parecer eminentemente lógico no era concebido así con anterioridad a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como también sigue sin concebirse en muchos países del globo terráqueo; constituye la instauración de un nuevo paradigma en cuanto al sistema democrático en nuestro país, es la verdadera expresión del pueblo haciendo gobierno, representa un verdadero gobierno del pueblo.

Por ello, el modelo democrático electivo, participativo y protagónico instaurado en Venezuela a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, como sentimiento inspirador del proceso de cambio que se verifica en la actualidad en nuestro país, concibe a la gestión pública y a la preservación y fomento del bien común, como un proceso en el que se establezca una interacción permanente entre gobernantes y ciudadanos, lo cual implica una modificación radical, en cuanto a la orientación y conducción de las relaciones entre el Estado y la sociedad, y en donde esta última desarrolla su legítimo e innegable protagonismo, a través del ejercicio de sus derechos políticos fundamentales, enunciados en el capítulo IV del título III de la norma fundamental. De tal manera que resulta necesario afirmar que la democracia protagónica es la base de nuestro Estado de derecho actual; la cual se profundiza únicamente mediante la participación y el protagonismo permanente, ético y responsable de la ciudadanía.

Así de hecho también lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia expresar:

Sobre la base de los principios de Estado democrático y social, establecidos en el artículo 2, y de soberanía, prefijado en el artículo 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como en su preámbulo, el cual “propugna un conjunto de valores que se supone que han de quedar reflejados en el texto en general, en la realización política, en el ordenamiento jurídico y en la actividad concreta del Estado” (Aparicio Pérez, M. A., *Introducción al sistema político y constitucional español*, 7a. ed., Barcelona, Ariel, 1994, p. 55), donde se señala como fin supremo “establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural”, surge el principio de participación, el cual informa a la estructura y la actuación del Estado y sirve al objetivo de legitimar al poder, así como también “da un nuevo contenido a la funcionalidad de la soberanía popular, principalmente mediante la multiplicación de centros de decisión pública en los que se incorpore la voluntad social” (Font i Llovet, Tomás, “Algunas funciones de la idea de participación”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 45, enero-marzo de 1985, pp. 45 y ss.).

El principio de participación, como se apuntó, es una consecuencia del redimensionamiento del concepto de soberanía y atiende al modelo de Estado social, superación histórica del Estado Liberal, el cual se fundamenta, a diferencia de este último, en la interpenetración entre el Estado y la sociedad. Como señala García-Pelayo, “el Estado social, en su genuino sentido, es contradictorio con el régimen autoritario, es decir, con un régimen en el que la participación en los bienes económicos y culturales no va acompañada de la participación de la voluntad política del Estado, ni de la intervención de los afectados en el proceso de distribución o asignación de bienes y servicios, sino que las decisiones de uno y otro tipo se condensan, sin ulterior apelación o control, en unos grupos de personas designadas por una autoridad superior y/o unos mecanismos de cooptación, de modo que el ciudadano, en su cualidad política abstracta, sea en su cualidad social concreta, no posee —al menos hablando en términos típico-ideales— otro papel que el de beneficiario, pero no el de participante en las decisiones” (“Las transformaciones del Estado contemporáneo”, *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, t. II, p.1621).

Ahora bien, la participación, aparte de ser un principio que informa la estructura y la actividad del Estado, es además un derecho fundamental (*cf.* sentencia de la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia del 5 de diciembre de 1996, caso: Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas) consagrado en el artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual dispone que “todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas”, el cual

puede ser objeto de tutela judicial en caso de violación o amenaza —provenida del Estado o de particulares— en su ejercicio, de conformidad con el artículo 26 eiusdem...” (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 22 de enero de 2003, caso “Harry Gutiérrez Benavides y Johbing Richard Álvarez Andrade”).

Ahora bien, sobre la base de los principios de Estado democrático y social, establecidos en el artículo 2, y el de soberanía, prefijado en el artículo 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; deviene el principio de participación, como consecuencia del redimensionamiento del concepto de soberanía y de la superación histórica del Estado democracia representativa que detentaba vida bajo el orden constitucional anterior. La participación, aparte de ser un principio que informa la estructura y la actividad del Estado, constituye un derecho fundamental consagrado en el artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el cual se dispone que:

Artículo 62: Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas.

La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo.

Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica (cursivas mías).

Consiste este artículo en un derecho político, incluso por encontrarse previsto en el capítulo IV del título III del texto constitucional, pues considera al individuo como miembro de una comunidad política determinada, con miras a tomar parte en la formación de una decisión pública o de la voluntad de las instituciones públicas; resulta en definitiva, en palabras de Carl Schmitt,¹⁰ como un derecho del ciudadano “en el Estado”, diferente de los derechos de libertad “frente al Estado” y de los derechos sociales y prestacionales.

Siendo así las cosas, el principio de participación influye en otros derechos políticos establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como los derechos al sufragio (artículo 63); el de petición (ar-

¹⁰ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982, p. 174.

título 51); el de acceso a cargos públicos (artículo 62); el de asociación política (artículo 67); el de manifestación (artículo 68). De igual manera, opera en los derechos sociales, como el derecho a la salud (artículo 84); los derechos educativos (artículo 102), y los derechos ambientales (artículo 127, en su primer aparte).

En tal orden de ideas, el artículo 62 constitucional se nos presenta como un imperativo del más alto orden que constituye al ciudadano como un verdadero contralor social, quienes a través de los distintos mecanismos y formas de participación establecidos en el ordenamiento jurídico, entablan una dialéctica permanente y constante con las instituciones y órganos que conforman al Estado, a los efectos de llevar la conducción de la actividad gubernamental. Siendo así las cosas, a lo que verdaderamente apunta el sentido del mencionado artículo, en armonía con el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que consagra a la democracia con valor supremo del Estado, es a investir al ciudadano como verdadero protagonista de la gestión pública, lo cual comporta que el mismo se desarrolle e intervenga tanto en la formación, ejecución y control de la misma.

En tal sentido, se aprecia como la intervención ciudadana es concebida en amplias dimensiones, abarcando desde la formulación de la política de gobierno, pasando por la ejecución de la misma, con lo cual, el pueblo deviene en factor determinante en la conducción de los destinos de la nación, lo cual sin duda alguna se traduce en la elaboración y desarrollo de políticas públicas más ajustadas a los requerimientos de la sociedad. Además, es el propio ciudadano quien se encargará de la supervisión de la correcta materialización de la misma, con lo cual se busca evitar las desviaciones que puedan verificarse en la ejecución de las mismas, logrando de esta manera un mayor nivel de eficacia y efectividad.

A la par, también resulta importante señalar que, además de constituirse al ciudadano como un contralor social, el mandato constitucional en referencia, expresamente atribuye al pueblo el carácter de promotor y ejecutor de las políticas y acciones de gobierno, lo cual se repercute positivamente en la efectividad de las gestiones gubernamentales.

Así por ejemplo, encontramos que bajo este paradigma de democracia se han producido textos legales que llevan como propósito la materialización de esta gestión de gobierno realizada directamente por el pueblo, como lo es la Ley de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas, así como también la Ley de los Consejos

Locales de Planificación Pública y la Ley Especial de los Consejos Comunales; cuerpos normativos éstos que llevan por finalidad principal la articulación en las gestiones de gobierno a los niveles municipal y estatal, con las comunidades organizadas, en donde las mismas intervendrán a los efectos de formular y diseñar los planes de acción de dichos niveles de gobierno y a su vez participaran abiertamente en la supervisión y control de los mismos, logrando una cogestión gubernamental.

De igual manera, en mi criterio parece fundamental el hecho de que le sea permitido a los propios ciudadanos la ejecución de la gestión de gobierno, lo cual representa literalmente el ejercicio del gobierno de manera directa por parte del pueblo, con lo cual se integra al mismo en el sistema y a la vida política de su comunidad.

Es precisamente esta concepción la que plantea el artículo 184 de la Constitución de la República de Venezuela, al prever la gestión directa de los grupos vecinales y de las comunidades organizadas de determinadas materias propias de su entorno social, como lo son los servicios públicos, las políticas y acciones de gobierno, la ejecución de programas y obras sociales, etcétera; con lo que se logra una verdadera autogestión en la cual, el pueblo lleva en sus manos y bajo su responsabilidad el destino de sí mismo.

Así las cosas, debemos entender entonces que la participación del ciudadano se encuentra concebida como la pieza fundamental sobre la cual debe girar y centrarse la acción de gobierno, dando así una nueva interpretación a aquella teoría que nos planteaba David Easton¹¹ sobre su conocida “caja de conversión” o “caja negra”, en donde la ciudadanía organizada planteaba sus necesidades ante las instancias gubernamentales, representadas en la teoría de Easton como las cajas de conversión, en donde unas vez recibidas las demandas de la población, éstas eran procesadas dentro de aquella caja de conversión y adecuadas a los elementos técnicos, financieros, de mérito y oportunidad, y en definitiva eran retornadas a la población convertidas en soluciones de los problemas planteados.

En términos similares se manifiesta Manuel García Pelayo, cuando nos comenta que

¹¹ Easton, David, *Política moderna. Estudio de la ciencia política*, México, Editorial Letras, 1968, p. 56.

el sistema político está en una constante relación, tanto con su ambiente intrasocietal (es decir, de la sociedad interna o “nacional”) como extrasocietal (por ejemplo, la situación política internacional, las coyunturas económicas mundiales o transnacionales, las rupturas culturales, etcétera), ambiente de los que recibe los correspondientes inputs o aportaciones positivas o negativas constituidas por perturbaciones, demandas, apoyos, es decir, por lo que se le pide al sistema y concretamente por las exigencias y necesidades a satisfacer por éste y por los recursos y adhesiones que pueda obtener del ambiente. Seleccionados los inputs, procede a transformarlos en los correspondientes outputs o aportaciones al ambiente, en forma de decisiones y políticas generales, entre los que se cuentan, por ejemplo, los servicios públicos, las actividades de control social y cultural, la creación de condiciones para el desarrollo del bienestar económico o para la satisfacción de actitudes emocionales, eliminación de inputs negativos, etcétera.¹²

Recordando nos parece prudente comentar que lo explicado por los anteriores autores también consiguió eco, en determinada similitud, en la llamada teoría pluralista de las que nos hablaba Alexis de Tocqueville,¹³ por cierto considerado por la doctrina como uno de los precursores del pluralismo, y en donde en definitiva también se plantea que en el proceso de toma de las decisiones que afectarán o incidirán en una sociedad, resulta importante la intervención de aquellos que serán los receptores de los efectos de tales decisiones, siendo que en la teoría pluralista dicha intervención o participación era planteada a través de los grupos organizados o asociaciones; pero en donde en definitiva, en el fondo lo que se plantea es la necesidad, y por demás la conveniencia, de que en el proceso de toma de decisiones en la conducción de los asuntos del Estado, se otorgue participación efectiva a los diversos factores que hacen vida dentro de la sociedad, según sea la naturaleza de la decisión a adoptar, y ello con la finalidad de tratar de determinar la decisión más certera y adecuada.

Ahora bien, en nuestro actual sistema constitucional podríamos asegurar que dicha caja a la que se refiere Easton, pasa a convertirse en una instancia de gestión y de ejecución, en la que más que procesar los requerimientos de los ciudadanos para determinar la forma en la que serán

¹² García Pelayo, Manuel, “*Burocracia y tecnocracia y otros escritos*, Editorial Alianza, p. 57.

¹³ Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, México, Fondo de la Cultura Económica, 1973.

llevados a cabo; la misma pasa a constituir una instancia de ejecución en la que los ciudadanos participan y se desenvuelven, y ante la cual establecen un pronunciamiento imperativo sobre los distintos cometidos y actividades que deberán desarrollar los mandatarios gubernamentales, en atención al mandato soberano de la ciudadanía; quienes incluso detentan la facultad de conformar y de intervenir en dicha caja de conversión para la materialización de las labores que tengan por finalidad la satisfacción del conjunto de necesidades que los aquejan.

En otras palabras, ya la producción de respuestas o soluciones que emanan de dicha caja de conversión, o los denominados *outputs* en los términos de García Pelayo, no resulta ser un producto elaborado unitariamente por los órganos del poder público, sino que en estos deben intervenir necesariamente el pueblo, cuya actuación no sólo queda relegada al mero planteamiento de sus necesidades o demandas, sino que por el contrario, interviene en la elaboración de las respuestas o soluciones a dichos planteamientos, con lo que sin duda se tiende a un incremento en la efectividad de la acción de gobierno, debido a que la misma adquiere su formación mediante la participación e intervención decisiva y fundamental del propio pueblo.

Es precisamente en razón de lo anterior que desde el propio texto constitucional y el desarrollo del mismo en cuerpos de naturaleza legal, se otorga vida y alma al principio de participación ciudadana que deviene de nuestro actual sistema democrático, protagónico y participativo, a través de la implementación de diversos mecanismos de participación ciudadana orientados a evitar que los ciudadanos devengan en “destinatarios pasivos de la voluntad mecánica una burocracia sin rostro”,¹⁴ constituyendo de igual manera garantías a el referido principio de participación ciudadana.

En efecto, utilizando los términos de Héctor Fix-Zamudio,¹⁵ las garantías deben ser entendidas como los diversos medios a través de los cuales se logra respetar y hacer efectivos y valederos los derechos, y que en el

¹⁴ Lavilla Rubira, Juan José, *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*, Madrid, Civitas, 1991, p. 154.

¹⁵ Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1982, p. 51. Véase también en igual sentido a Serrano Alberca, J. M., “Las garantías jurisdiccionales como derechos fundamentales,” *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1984, pp. 493 y 494.

caso concreto que nos ocupa, vienen representadas por el amplio catálogo de mecanismos de participación que consiguen espacio constitucional, tales como los referendos, las asambleas de ciudadanos, los cabildos; mecanismos éstos mediante los cuales se les concede a los ciudadanos la posibilidad de intervenir abiertamente en la conducción de las gestiones y acciones de gobierno y de conducción pública.

A su vez merece la pena destacar la importante posibilidad de participación que se otorga al ciudadano en el aspecto relacionado con la materia normativa y legislativa, al preverse iniciativas legislativas, reglamentarias, y hasta incluso la iniciativa constituyente en cabeza de los ciudadanos. En tal sentido vale la pena destacar normas innovadoras como las contenidas en los artículos 204, numeral 7, 205 y 206 constitucionales.

La primera de las disposiciones citadas alude a la iniciativa legislativa correspondiente a los ciudadanos, que se encuentra prevista en dicha disposición constitucional para ser activada por un número no menor de 0,1% de los electores efectivamente inscritos en el Registro Civil y Electoral.

Ahora bien, esta modalidad de iniciativa popular debe ser compaginada con lo dispuesto en el artículo 205 constitucional, el cual expresamente establece que la discusión de los proyectos de ley que sean presentados con base en esta modalidad de participación ciudadana deberán entrar a discusión dentro del Parlamento, a más tardar en el periodo de sesiones ordinarias siguiente al que se haya presentado. Incluso, la disposición constitucional va más allá, en aras de procurar el debido respeto a tal iniciativa ciudadana, y a su vez el respeto a la participación ciudadana, al establecer que de no comenzarse el debate sobre el proyecto de ley presentado en el lapso anteriormente referido, el mismo deberá ser sometido a referéndum aprobatorio, mecanismo de participación también novedoso en nuestro texto constitucional establecido en su artículo 73.

Por otra parte, el anteriormente mencionado 206 constitucional prevé la necesidad de consulta a la sociedad al momento de que la Asamblea Nacional pase a legislar sobre alguna materia que afecte a los Estados; consulta ésta que, de acuerdo al texto constitucional, debe ser canalizada a través de los Consejos Legislativos de los Estados, quienes a su vez son los que deberán realizar la consulta directa a la sociedad civil sobre la materia de la que trate la legislación a debatir en el Parlamento.

Como se aprecia, constituyen estos procedimientos mecanismos que en definitiva tienen como propósito central hacer prevalecer el respeto al principio de participación ciudadana que deviene de nuestro nuevo modelo democrático; un modelo de democracia protagónica y participativa, con el cual se tiende a la perfectibilidad de las funciones del Estado, entre ellas claro ésta, la legislativa, cuyo resultado será, sin duda alguna, la producción de normas y disposiciones normativas de mayor calidad y sobre todo de mayor efectividad entre sus destinatarios finales, es decir, el conglomerado social, a quien en definitiva se encuentra destinada a regular.

De hecho, la conveniencia el sometimiento a la opinión de la ciudadanía de los proyectos de disposiciones normativas, como paso previo a su efectiva promulgación, ha sido puesto de manifiesto con bastante ahínco por parte de la doctrina norteamericana, la cual ha desarrollado diversidad de mecanismos orientados a la satisfacción de la participación ciudadana en los procesos de elaboración de cuerpos normativos.¹⁶

En estos momentos es necesario comentar que en esta materia nuestro país no se ha quedado atrás, al consagrarse en la Ley Orgánica de la Administración Pública mandamientos que tienen por finalidad el que las disposiciones normativas a ser promulgados por parte del Ejecutivo, de acuerdo al ámbito de sus competencias, contengan una fase de consulta popular. Así de hecho lo disponen normas con aquellas contempladas en los artículos 87 y siguientes de la Ley Orgánica de la Administración Pública, en lo atinente a los proyectos de ley que presente el ejecutivo al órgano legislador; así como también lo previsto en el artículo 138 y siguientes de dicho texto legal, que establece la obligación para los órganos públicos que en razón de sus atribuciones, deban adoptar disposiciones normativas, de realizar procesos de consulta a las comunidades organizadas en torno al anteproyecto de normativa que pretende adoptar; artículo este que además prevé que paralelo a este proceso de consulta sectorial, se lleve a cabo una convocatoria a consulta general a través de la prensa nacional sobre el anteproyecto de normativa a promulgar, con la finalidad de que cualquier persona tenga la libertad de

¹⁶ Como de hecho lo constituyen el llamado “General Notice of Proposed Rulemaking”, o el “Opportunity for Comments”. De igual forma, importantes criterios en torno al tema aquí abordado ha establecido la jurisprudencia de dicho país, destacándose el precedente establecido en el caso “American Medical Association vs. Unites States”, emitida por la Corte Federal en 1989.

participar presentando propuestas u observaciones sobre el texto normativo que se pretende aprobar.

Siendo así las cosas, debe destacarse también que el propio texto legal aquí tantas veces aludido, es decir, la Ley Orgánica de la Administración Pública, estipula como obligación de los órganos y entes de la administración pública el promover la participación ciudadana en la gestión pública, en su artículo 138, estableciendo que los ciudadanos podrán formular propuestas en torno a la manera en que deba desarrollarse la gestión de los órganos que integran la administración pública.

Dentro de ésta concepción de democracia, en la que los mecanismos directos y representativos se presentan como necesarios; el artículo 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece algunos medios de participación política, sólo a título enunciativo, como la elección de cargos públicos; el referendo (en distintas manifestaciones, como el consultivo, el revocatorio de cargos de elección popular, el aprobatorio y el abrogatorio de leyes, el aprobatorio de enmiendas y reformas constitucionales); la consulta popular; la revocatoria del mandato; la iniciativa legislativa; constitucional y constituyente; el cabildo abierto y las asambleas de ciudadanos; a su vez es establecida también para el pueblo la iniciativa constituyente en sus artículos 347 y 348.

En definitiva, se denota en razón de todo lo anterior, la suprema importancia y significación que se le otorga al principio de participación ciudadana en la vida de los distintos órganos que desarrollan una función pública; principio que se encuentra sistematizado en distintos mecanismos que consiguen espacio tanto constitucional como legalmente.

Por ello, es necesario que el ciudadano común asuma el rol que le toca desempeñar en ese proyecto de país que nos dibuja la Constitución, conscientes del papel protagónico que les toca desempeñar en ejercicio de ese poder soberano de amplias dimensiones, que siempre le perteneció pero que por mucho tiempo permaneció secuestrado en manos de inescrupulosos y oportunistas gobernantes, todo con miras de lograr aquella sociedad justa, equitativa, progresista, amante de la paz, de la libertad y de la justicia que todos aspiramos.

2. *Sistema económico humanista e integrativo*

El sistema económico que nos impone en este momento el texto constitucional vigente, de igual manera, implica un completo quiebre del modelo económico que se escenificaba bajo el imperio del texto constitucional de 1961. En efecto, lo primero que hay que tener en claro es que se deja atrás aquel modelo de liberalismo salvaje que se mantenía vigente bajo el orden constitucional derogado y que significó el desangramiento de las clases sociales más deprimidas; para dar paso a un esquema económico de naturaleza e idiosincrasia social, cónsona con el modelo de Estado que asume el texto constitucional, y que representa la única vía para alcanzar la materialización de los cometidos que en el ámbito económico propenderán y contribuirán a la satisfacción global de los altos fines del Estado.

Por esta razón, se puede evidenciar de los postulados constitucionales que se encargan de regular el aspecto económico, que los mismos plantean un esquema en donde el Estado se valdrá del sistema económico para alcanzar los fines que al mismo le vienen impuestos en el artículo 3 constitucional, en los cuales el aspecto económico juega un papel fundamental.

En tal orden de ideas, el modelo de Estado social de derecho implica la necesaria intervención del mismo en la realidad social a los efectos de regularla y ordenarla, para de esa manera evitar que producto de la dinámica social que tiene lugar en toda sociedad, se atente contra sectores fundamentales para el desarrollo del país y se menoscabe, atropelle y abuse de los grupos sociales más débiles. De manera tal que dicha intervención deberá estar signada bajo la premisa de mantener un debido equilibrio social ante las comunes desigualdades que existen en el sustrato social, en aras de lograr aquel ambiente de posibilidades y de condiciones necesarias en el cual el individuo pueda desarrollarse dignamente; dando cumplimiento de esta manera a la cláusula de Estado social prevista en el texto fundamental y además, asegurando la efectiva vigencia del gran catálogo de derechos que vienen establecidos en el mismo.

A. *Replanteamiento de los elementos del sistema económico*

Lo anterior, en busca de consolidar el modelo económico previsto constitucionalmente, implica asumir un replanteamiento en la dinámica de las relaciones sociales, así como también el establecimiento de un nuevo orden en las relaciones y factores de producción de la sociedad, que es precisamente a lo que atiende nuestro texto constitucional en normas como las contempladas en los artículos 299, 300, 301, 308 y 309; lo cual se hace de igual manera impretermitible la redefinición de las relaciones relativas a la propiedad de dichos factores y medios de producción, que en definitiva estatuyan un nuevo esquema en la relaciones sociales, definidas bajo una orientación que tenga como punto de partida el bienestar colectivo y la felicidad social, en la consolidación del principio del humanismo, como condición fundamental para la consecución de los verdaderos fines y objetivos de la sociedad, como lo son la paz y la justicia.

Siendo ello así, lo que busca el texto constitucional, desde la perspectiva económica, es establecer la fuerza económica de la sociedad partiendo del propio pueblo, en ejecución de los principios de igualdad y libertad, así como también como consecuencia de la materialización de los postulados de un auténtico y verdadero poder del pueblo, y en tal sentido, lo que se busca es que el pueblo se encuentre integrado al esquema económico que tenga desarrollo en la misma, es decir, que el pueblo se integre en igualdad de condiciones al sistema económico y así, en forma armónica y unificada, se actúe en el desarrollo del país.

En tal sentido es que el artículo 308 constitucional alude al deber del Estado de proteger y además promover la pequeña y mediana industria, y cualquier manifestación organizativa de naturaleza económica (cooperativas, cajas de ahorro, empresas familiares, etcétera), incluso bajo un régimen de propiedad colectivo, con el fin de cristalizar la iniciativa popular, y por ende el poder del pueblo, en el aspecto económico de la Nación; lo cual de igual manera se ve verificado en el deber del Estado en relación con la protección de la artesanía e industrias populares típicas, consagrada dicha obligación en el artículo 309 *eiusdem*, enmarcado todo ello en el deber expreso que constitucionalmente viene atribuido al Estado en los artículos 299 y 300, en relación con la protección y promoción de la creación de organizaciones y entes económicos bajo los principios de la solidaridad, humanismo y preservación de las pequeñas y medianas empresas.

En función de ello, se busca eliminar o suprimir las relaciones de explotación, dado que no existe un sistema económico que en razón de su diseño, permita que exista un capital focalizado en sectores económicos reducidos y que ello sea utilizado como base de dominio de la sociedad, respecto de los sectores que no poseen fuerza económica, ya que es el pueblo organizado, sobre la base del principio de igualdad y libertad, el que conforma un orden económico homogéneo en el que detenta los medios y factores de producción por igual y de acuerdo a sus capacidades, desarrollando la serie de relaciones que en esta materia, atiendan al bienestar y desarrollo de la sociedad, es decir, ejecutando la economía en favor de la felicidad social.

Así, el desarrollo económico de la sociedad y la serie de relaciones de esta naturaleza que dentro de la misma tienen lugar, se encuentran orientadas constitucionalmente para ser desarrolladas por la generalidad del pueblo en los distintos sectores que tal clase de actividad comporta, en beneficio de la colectividad, y por tanto, el pueblo trabaja y se desarrolla en beneficio del mismo, es decir, consiente que existe dentro de una sociedad y que a la misma se debe, por lo que se obtiene de esta manera un desarrollo homogéneo que impide la formación de desigualdades capaces de generar precisamente las relaciones de subordinación y explotación dentro de la sociedad en función del capital.

Desde luego, ello implica, como se advirtió con anterioridad, una necesaria intervención en las relaciones de orden económico, no solo regulando las libertades o derechos que en esta materia detentan los ciudadanos, sino además creando las condiciones y otorgando las herramientas para configurar un modelo económico que en razón de sus características, permita la consolidación de lo antes expuesto, implementando por consecuencia, la serie de medidas y acciones que sean necesarias para el cumplimiento de los objetivos planteados en el texto constitucional.

De esta manera, lo que se busca es la implementación de un sistema económico basado en modos y medios de producción social, así como también en la noción de propiedad social, (artículo 308 constitucional), y en el intercambio de bienes y servicios sin atender a un valor monetario, modificando la noción de utilidad y erradicando la concepción de plusvalía y la exclusividad de la moneda como medio de valor de intercambio.

Tal situación se hace necesaria, tomando en consideración la concepción que respecto a las ciencias económicas debe existir en todo Estado que busque el cumplimiento de sus deberes para con su pueblo. En efec-

to, nos comenta el autor Dieterich, citando a Arno Peters, que la economía debe ser entendida “como el conjunto de todas las actividades e instituciones dedicadas a satisfacer las necesidades generales”.¹⁷

Por tanto, la teleología del orden económico, más aún con la crisis económica que en los actuales momentos se verifica a nivel mundial, se asienta en la conformación de un sistema en el que todos los individuos actúan para el desarrollo social, para el bienestar social, lo cual se lleva a cabo en función de que el desarrollo del medio social comporta por consecuencia necesaria, bajo los parámetros de una sociedad homogénea, el desarrollo y bienestar de todos los individuos que la conforman, logrando de esta manera la vida armónica de la misma, y la consolidación de uno de los principios fundamentales bajo el cual estará regido el sistema económico, como lo es el humanista.

En función de ello, se tiene entonces que con base en un sistema económico de contenido social, como en efecto lo plantea nuestro texto constitucional, el Estado debe no tan solo intervenir en la dinámica económica para regular y fiscalizar que las relaciones que tengan lugar en el seno de la misma, así como los derechos de los ciudadanos; sino también, se insiste, debe crear las condiciones y adoptar las medidas de acción que sean necesarias para establecer la vigencia de sus postulados, y configurar un nuevo orden en las relaciones económicas que responda a los valores de la igualdad, el humanismo y a un carácter integrativo, que es en definitiva el *telos* de normas como las contenidas en los artículos 299, 300 y 301 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En el caso venezolano, este deber de intervención al que venimos haciendo referencia se encuentra desplegado y desarrollado en distintos preceptos constitucionales, tendientes todos a procurar la intervención del Estado en órdenes sociales de variada naturaleza, para brindar de esta manera una protección integral del conglomerado social. A manera de ejemplo, con la finalidad de “la promoción de la prosperidad y del bienestar social del pueblo” que indica el artículo 3 constitucional, se prevé en el artículo 299 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que constituye deber del Estado

¹⁷ Dieterich, Heinz, *Hugo Chávez y el socialismo del siglo XXI*, Caracas, Fondo Editorial “Por los Caminos de América”, 2003, p. 47.

...conjuntamente con la iniciativa privada promover el desarrollo armónico de la economía nacional, a fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad en el crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza...

Expresando a su vez que el régimen socioeconómico de la República debe estar fundamentado en los principios de "...de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad..." y ello con la finalidad de "...asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad".

Ese régimen de intervención que posee el Estado, se ha venido desarrollando en los últimos tiempos mediante distintas facetas, principalmente en aquella destinada a garantizar la promoción del desarrollo armónico e integral de su ámbito, comprendiendo lógicamente el desarrollo económico establecido en el artículo 299 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país, dejando atrás la actitud de pasividad, para asumir un rol activo en la consecución y materialización de los cometidos antes mencionados.

Y es precisamente por ello, que en el transcurso del actual gobierno se han emprendido una serie de acciones, cuyo objetivo fundamental lo constituye la consolidación de un modelo económico centrado en el aspecto social, como lo son el otorgamiento de micro créditos y otras modalidades de financiamiento con facilidades de pago mayores a las establecidas en el ámbito privado, llegando incluso al establecimiento de créditos no sometidos al pago de intereses, como el contemplado en el artículo 15, numeral 4 de la Ley de Creación, Estímulo, Promoción y Desarrollo del Sistema Microfinanciero; todo ello con la finalidad de incentivar y facilitar la participación y la incorporación de los distintos sectores de la sociedad al aparato productivo y al sistema económico del Estado.

También en el marco de la instauración de un modelo de economía social y participativa se ha incentivado la formación y funcionamiento de asociaciones cooperativas, en atención a lo dispuesto en el artículo 308

constitucional, mediante la promulgación del Decreto con Fuerza de Ley Especial de Asociaciones Cooperativas; a las cuales se les ha dotado de recursos para que las mismas puedan pasar al desarrollo de sus actividades en términos óptimos, incluyendo a su vez una gran serie de facilidades para su incorporación en diversos sectores productivos, comerciales e industriales; todo lo que se traduce en la búsqueda del mejoramiento de las condiciones de vida de la sociedad, y con ello, el de los ciudadanos que la conforman.

A la par, el gobierno revolucionario ha creado a lo largo de su gestión, diversas instituciones bancarias con especiales características, como el Banco del Pueblo, el Banco de la Mujer, el Banco de Desarrollo Económico social; instituciones estas destinadas a la canalización de acciones crediticias y a la coordinación y manejo de distintos fondos que tienen por objeto el financiamiento de actividades de diversa naturaleza, que procuran la generación de beneficios económicos de aquellos ciudadanos que resulten favorecidos mediante tales actividades de financiamiento y a su vez el aumento en la intervención de factores dentro del sistema económico del Estado; siempre en la búsqueda de que los individuos, en igualdad de condiciones, actúen en el desarrollo de la sociedad en la que se encuentran inmersos, ya que el bienestar de la misma atiende en definitiva al bienestar de todos los ciudadanos que la conforman.

De allí que el modelo económico al que apunta el texto constitucional implique entonces una modificación total y absoluta de la forma de asumir y concebir el poder público y su gestión, ya que se aparta de una actitud de pasividad, propia de la concepción liberal del Estado, para asumir un rol activo en la consecución y materialización de los cometidos antes mencionados.

B. Concepción de los derechos de libertad económica en un sistema económico humanista e integrativo

El modelo de Estado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, implica una profunda, diametral y necesaria transformación de la concepción de un Estado liberal burgués, que encontró fundamentó, en un momento determinado, en las premisas de una igualdad hipócrita y alienante y de la libertad absoluta, irresponsable, opresora y explotadora. Bajo tal perspectiva, nos encontrábamos con un Estado totalmente desapegado a va-

lores y principios humanistas y a la propia dignidad humana, en definitiva un Estado que no conocía de valor alguno, sino la acumulación de riqueza en manos de unos pocos y la desidia, hambre y miseria de la mayoría, con la consecuente explotación y dominación por parte de los primeros frente a los últimos.

Por tal motivo, se hace necesaria la formulación de nuevos principios políticos, sociales y económicos que en realidad reivindiquen el sentido humano y la dignidad de la persona, necesarios en toda sociedad que pretenda armonía entre cada uno de sus componentes, y a su vez principios que tiendan en definitiva a defenestrar una concepción de existencia individual, egoísta y mezquina del bienestar; donde desde luego no resulta viable la buena marcha y desarrollo de Estado alguno sobre la orbe.

Precisamente, resulta incuestionable, en primer lugar desde un punto de vista meramente lógico y en segundo lugar en virtud de razones político-sociológicas, que un “bienestar” meramente individual y desarrollo en función de los meros intereses personales de un sector de la sociedad, ocasiona o trae como consecuencia la configuración de una dinámica social enmarcada en bajo un esquema de disparidades sociales que determinan relaciones de dominio y explotación, que atienden a la inestabilidad de las sociedades en la debida paz social que es necesaria para su desarrollo.

Frente a ello, resulta necesario un replanteamiento en el orden de los llamados derechos de libertad, catalogados de esta manea para proceder al desarrollo de intereses personales de manera desmedida, alienante y explotadora por parte de unos pocos frente al resto de sus semejantes. En función de ello, el contexto que exige el modelo de la sociedad a la que se viene haciendo referencia, impone necesariamente la conciencia de establecer que no puede existir en forma alguna libertad absoluta e irrestricta en la sociedad, ya que el individuo se debe a la misma, se desarrolla e interacciona dentro de ésta, debiendo por consecuencia entender que el desarrollo y bienestar de la sociedad necesariamente impone la armonía entre los diversos elementos que la componen, siendo un factor decisivo en ello la articulación de los derechos individuales en función de los intereses sociales.

Desde esta perspectiva, estos derechos de libertad deben forzosamente encontrarse limitados y regulados en cuanto a su extensión, contenido y atributos, para que los mismos pueden ser ejercidos en compaginación con el bienestar social, logrando de esta manera evitar que mediante el ejercicio de

los mismos se incurra en atropellos y a su vez, que exista el debido equilibrio y paz que toda sociedad requiere. Siendo ello así, tal concepción reviste de fundamental importancia en derechos de contenido económico, como lo es precisamente el derecho a la libertad económica, siendo esta la noción que respecto del mismo viene establecida en nuestro texto constitucional.

En efecto, dicho derecho es reconocido de manera expresa en nuestro Estado en el artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual se expresa en los siguientes términos:

Artículo 112: Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, l libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.

Este derecho a la libertad económica abarca toda actividad humana destinada a generar riqueza mediante el desarrollo de los factores productivos; por ende, las libertades de contratar, de comercio, de industria, de ejercer las profesiones liberales y en general, toda actividad capaz de producir bienes y riqueza, quedan enmarcadas dentro de la noción de la libertad económica, cuando las mismas persiguen una finalidad de tal naturaleza. En otras palabras, el derecho a la libertad económica se entiende entonces como aquel derecho que tienen todos a dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, con la garantía de que los poderes constituidos deben abstenerse mediante su actuación de privar todo el sentido del ejercicio de tales actividades.

Ahora bien, si bien se consagra en nuestro país el derecho a una libertad del ejercicio económico, no es menos cierto que la materialización de tal derecho, como todo derecho, se encuentra sujeto a una regulación que determina y canaliza su ejercicio en sociedad, ya que como es perfectamente conocido, ningún derecho es plenamente absoluto, sino que en aras de garantizar una adecuada convivencia social y su articulación dentro del todo armónico que debe representar la sociedad, se debe encontrar

sometido a una serie de limitaciones para su adecuado ejercicio; limitaciones éstas que vienen impuestas y determinadas en la Constitución y las leyes, por razones de desarrollo humano u otras de interés social que el Estado determine, lo que permite que el Estado posea un régimen de intervención en la economía, que resulta del todo comprensible, bajo el entendido de que precisamente el conjunto de actividades y el actuar del Estado con tal naturaleza de contenido, implica una de las principales formas a través de las cuales éste alcanza su desarrollo y la consecución de sus fines.

Ese régimen de control que posee el Estado, se ha venido desarrollando en los últimos tiempos mediante distintas facetas, principalmente en aquella destinada a garantizar la promoción del desarrollo armónico e integral de su ámbito, comprendiendo lógicamente el desarrollo económico establecido en el artículo 299 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la promoción de la iniciativa privada, (como lo prevé el artículo 112 constitucional) garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.

Siendo así las cosas, se debe entender que la regulación y limitación que de este derecho se realiza en el texto constitucional, resulta eminentemente necesaria, ya que a través de ésta es que se armoniza el ejercicio de dichos derechos por parte de la pluralidad de los ciudadanos. Además, debe comprenderse que en la generalidad de los derechos, y en especial en el campo de los derechos económicos, se ha cedido y superado la concepción individualista de los mismos, para darle paso a una concepción social, bajo el entendido de que el hombre no se debe sólo a sí mismo, sino que constituye un elemento que vive y se desarrolla en un medio social, en donde tienen lugar la interacción de una gran cantidad de sujetos titulares de derechos de la más variada naturaleza, y en donde en definitiva el Estado, en su condición de garante del orden público, del interés general, de la paz y de la justicia, detenta una serie de deberes respecto de sus habitantes, concebidos como cuerpo social, con miras hacia la consecución de los altos fines que rigen y condicionan su existir y su proceder, sobre la base de la materialización de una sociedad justa, próspera y progresista.

Sin embargo, bajo el modelo de Estado que constitucionalmente viene establecido en nuestro país, debe indicarse que la regulación y limitación al mismo no solamente se encuentra orientada a lograr un equilibrio, respecto a su ejercicio en sociedad, sino también a establecer las condiciones necesarias para que el mismo no sea concebido como el desarrollo de un derecho individual, sino como un derecho social, ejercido y ejecutado en razón del ámbito social al cual se debe y en función del mismo, como vía y forma de bienestar social, todo ello, en atención a la serie de consideraciones que fueron realizadas precedentemente, cuando se tuvo la oportunidad de abordar el aspecto referido a las implicaciones que dimanaban de la cláusula de Estado social de derecho y de Justicia, que se encuentra prevista en el artículo 2 constitucional.

C. Nuevas manifestaciones organizativas de naturaleza económica

Ahora bien, partiendo de lo anteriormente expuesto, una economía como la prevista en nuestro texto constitucional, debe estar desarrollada en atención a incrementar el poder del pueblo, y por tanto aumentando su protagonismo en cada uno de los aspectos de la vida social, con lo cual, resulta plenamente factible y además necesario, que se constituyan unidades de base económicas, conformadas por el pueblo organizado y encargadas de producción y prestación de servicios, las cuales se inserten en una dinámica económica comunal e intercomunal, para el desarrollado de actividades que cuenten con esta naturaleza, pero que cumplan el verdadero fin de la economía, es decir, la satisfacción de las necesidades generales, siendo en el caso aquí propuesto, las necesidades de la comunidad.

Así, sería el propio pueblo quien desarrollaría un nuevo esquema y orden de relaciones económicas, a través de unidades de base populares constituidas para tales efectos, llevando a cabo actividades de esta naturaleza, donde el propio pueblo tendría como propósito fundamental la satisfacción de las necesidades de sus comunidades, incluso mediante el establecimiento de intercambio de bienes y servicios entre las diversas comunidades, a los fines de desplazar la exclusividad de la moneda como factor de intercambio, y para de esta manera contribuir a la instauración de un sistema económico que en realidad tenga por fin último, la satisfacción de las necesidades de la población, y no la generación del capital

únicamente, evitando de esta manera la degeneración o distorsiones que tal situación puede ocasionar.

Este desarrollo de las actividades por parte de las unidades económicas de base, que vale mencionar ha venido siendo implementado con éxito en Venezuela a través de los Consejos Comunales y de empresas de producción social, ejecutarían sus actividades a través de medios y factores de producción en propiedad social y colectiva, a los fines de que la generación de los rendimientos de sus actividades, efectivamente abarque a la generalidad del pueblo interviniente en ello, y de esta manera, sean satisfechas las necesidades generales de toda la comunidad y del pueblo involucrado en el desarrollo de tales actividades, logrando de esta manera a su vez, que dichos medios y factores de producción se encuentren prestos a servir con una vocación intergeneracional, tomando en consideración a la propiedad social que representan.

De hecho, es necesario tomar en consideración que sobre dichas unidades de producción social, han existido intentos de establecer su concepción, como resulta ser el caso del Decreto 3.895, publicado del 13 de septiembre de 2005, núm. 38.271 ordinario, y en cuyo artículo 3 se contempla una aproximación a las mismas en los términos siguientes:

Artículo 3: A los efectos de este Decreto, las definiciones que se enuncian a continuación tendrán el significado siguiente:...

Empresa de producción social: Son unidades de producción comunitaria, constituida bajo la figura jurídica que corresponda, tiene como objetivo fundamental generar bienes y servicios que satisfagan las necesidades básicas y esenciales de la comunidad y su entorno, Incorporando hombres y mujeres de las misiones, privilegiando los valores de solidaridad, cooperación, complementariedad, reciprocidad, equidad y sustentabilidad, ante el valor de rentabilidad o de ganancia.

En todo caso, esas unidades económicas deben mantener el equilibrio financiero que permita seguir invirtiendo en el mencionado entorno socio-ambiental, en forma sustentable y sostenible.

De esta manera, se asume un modelo para la conformación de unidades de producción social, donde claramente se otorga el verdadero sentido y dimensión a la noción de la economía, estableciéndose las mismas, como bien lo señala la precitada norma, a través de cualquier tipo de forma organizativa que se encuentre adecuada al ordenamiento jurídico, pa-

ra de esta manera lograr la efectiva flexibilidad que tal clase de organizaciones deben detentar.

No obstante, es necesario también tener en consideración que tal clase de organizaciones; además de ser propiedad social o colectiva de los trabajadores, o del propio pueblo perteneciente a los Consejos Comunales que la conforme; deben también funcionar con base en técnicas de cogestión, entendida como participación del pueblo en su efectiva conducción, logrando una democratización del capital, rompiendo con una visión económica tradicional, y planteando la participación de trabajadores y trabajadoras en la gestión de la unidad productiva, garantizando la inclusión de todos y todas en la toma de decisiones y por tanto, del control sobre el rumbo de la unidad productiva, en función de los objetivos revolucionarios.

De tal manera que la cogestión, en esta clase de unidades de producción social, debe entenderse como una gestión compartida en el control de todos los ámbitos de la organización, es decir, la organización del trabajo, la producción, la responsabilidad social, la distribución y comercialización de los productos, los sueldos y salarios, y la satisfacción de las verdaderas necesidades que se plantean en las comunidades.

Dentro de las características que estimamos deben estar presentes dentro en la concepción de estas unidades de producción socialistas, podríamos establecer las siguientes:

1. La propiedad es colectiva y/o social, en beneficio de las comunidades, por tanto, excluyendo en esta modalidad la propiedad privada. Los trabajadores o comunidades son los dueños del patrimonio de la empresa, no existiendo una separación entre el capital y el trabajo, ni contratación de trabajo asalariado.
2. Generar empleos estables que incorporan a la población históricamente excluida, tales como egresados de las Misiones sociales que adelanta el Gobierno Bolivariano, integrantes de las Unidades de Batallas Endógenas (UBES), y en definitiva, a los miembros de la determinada comunidad donde funcione.
3. El desarrollo y producción de estas unidades de producción social, debe estar fundamentado en la solidaridad, la cooperación y la complementariedad de sus miembros y de sus actividades, bienes y servicios.

Sobre este punto es necesario destacar que debe ser considerado como

criterio clave, en el funcionamiento de estas unidades de producción socialista, el proceso de retroalimentación con otras unidades de producción social, respecto a los bienes y servicios que las mismas desarrollen, con la finalidad de poder establecer una efectiva dinámica económica, en diversas áreas o sectores económicos, para de esta manera asegurar una satisfacción en términos integrales de las necesidades de la población, y a su vez, garantizar la sustentabilidad del orden económico socialista establecido.

4. Los miembros de estas unidades de producción social deben estar concientes de que detentan un compromiso social, y por tanto, una responsabilidad en la procura del desarrollo integral de su comunidad, con lo cual, sus formas de remuneración podrán ser establecidas mediante formas alternativas de pago, distintas al dinero. Pero a su vez, esta responsabilidad a la que aquí se alude, debe también implicar el reconociendo los acervos culturales, valores, y vocación productiva de las comunidades donde se desarrolla la unidad de producción social. Esto se garantizaría a través de la participación protagónica de todos y todas los miembros de la comunidad, evitando la tecnocracia y el burocratismo.
5. En atención a lo anterior, también se origina la consecuencia de que la producción de la unidad social debe estar destinada a satisfacer las necesidades básicas y esenciales de la colectividad.

En efecto, el rasgo principal del capitalismo es el proceso de exclusión de grandes sectores de la sociedad; por ello el socialismo persigue crear y generar las condiciones para que la gente progrese de acuerdo a sus capacidades o potencialidades, o en el caso de limitaciones extremas, se proteja a la familia mediante subvenciones, motivo por el que las unidades de producción socialista deben superar el pensamiento economicista y dar máximo valor al ser humano y sus necesidades, garantizando el acceso a los productos prioritarios para el consumo y alimentación de los ciudadanos, a un precio justo, de manera oportuna y con elevada calidad.

Y es que de hecho, un principio básico del funcionamiento de las unidades de producción social debe ser la no acumulación de capital; esto debido principalmente a que las mismas se desarrollaran en áreas o sectores económicos determinados, para de esta manera garantizar la satisfacción de las necesidades de la población en tal sector, en atención al

bajo costo de los productos para la población, con lo cual la unidad de producción socialista cumple su principal responsabilidad social, debido a que el objetivo de la producción sería satisfacer la demanda social y no obtener ganancias.

Obviamente, respecto de esta característica es necesario tener en consideración la retroalimentación que debe existir entre cada una de estas unidades de producción socialista, en los términos expuestos en el punto tres, para de esta manera garantizar la disponibilidad de bienes y productos, y por tanto la satisfacción de las necesidades sociales, en las diversas áreas o sectores económicos.

Son estos los caracteres básicos y fundamentales, (obviamente sin tener los mismos pretensiones exhaustivas o taxativas), que estimamos deben estar presentes en las unidades de producción social, o unidades de base comunal, a los efectos de poder configurar la implantación de un sistema económico social, que como fue mencionado anteriormente, encuentra en los actuales momentos sus primeros pasos de ensayo en el Estado Bolívar, a través de la implantación del Acuerdo Marco de Promoción, Estímulo y Desarrollo de las Empresas de Producción social, suscrito entre diversas empresas de producción social y el gobierno revolucionario.

De esta manera, se otorga vida a la finalidad que prevé nuestro texto constitucional en materia económica, así como también a uno de los ejes fundamentales que inspira a nuestro texto constitucional, como lo es la participación popular, la cual es prevista como elemento medular en nuestro texto constitucional, y que por ende, debe materializar sus implicaciones en cada uno de los preceptos contenidos en nuestra carta magna.

D. Consideración especial sobre el reciente proceso de enmienda constitucional

Aprovechando la oportunidad que nos ofrece el presente foro de discusión, y además vinculado al tema que hemos venido desarrollando a lo largo del presente trabajo, consideramos importante realizar algunas consideraciones en relación con el reciente proceso de enmienda constitucional experimentado en la República Bolivariana de Venezuela, en donde por primera vez en la historia constitucional de nuestro país, una modificación incorporada a nuestro texto constitucional, ha sido producto de la

aprobación popular, como efectivamente ocurrió mediante el referéndum que fue realizado el pasado 15 de febrero de 2009, donde la inmensa mayoría de los venezolanos, aprobó de manera categórica la enmienda constitucional que actualmente ya tiene vigencia en nuestro país.

La enmienda planteada contempla la posibilidad de que el pueblo pueda elegir a funcionarios de cargos de elección popular, sin atención al establecimiento de límites de periodos gobernados por los mismos, en atención a los cuales ciertos funcionarios del Estado se veían en la imposibilidad de plantear su postulación para el ejercicio del mismo, si ya se habían desempeñado en el mismo por cierta cantidad de periodos, generalmente dos ejercicios o periodos del cargo.

Así, al entrar en vigencia la misma lo único que hizo fue suprimir o levantar dicha prohibición existente para la voluntad soberana, permitiendo que cada funcionario que ejerza un cargo de elección popular pueda plantear su postulación para el mismo en sucesivas elecciones, sin atender a los periodos que haya desempeñado con anterioridad en el mismo, permitiendo de esta manera su participación en los procesos electorales para que sea el pueblo, mediante el ejercicio del sufragio, quien determine si reelige o no a dicho funcionario.

Ahora bien, partiendo de ello, y tomando en consideraciones la serie explicaciones que fueron realizadas *supra* en relación con la nueva concepción democrática (protagónica y participativa) prevista en nuestro texto constitucional, como consecuencia del actual modelo de Estado, debe entonces tenerse claro que la supremacía de la soberanía popular en nuestro modelo constitucional, constituye un elemento existencial de nuestra democracia, por lo que su ejercicio no debe tener límites en el enfoque jurídico positivo, siempre y cuando no se atente contra los derechos universales de justicia, libertad e igualdad, y se respeten los mecanismos para su materialización, previstos por el propio texto fundamental vigente.

Precisamente bajo este contexto, es que en la experiencia democrática venezolana a partir de 1999, el Poder Originario Constituyente se ha expresado continuamente en actos electorales y en momentos políticos trascendentales de la vida del país, como valuarte de la democracia participativa y protagónica, es decir, expresión de la voluntad popular en la gestión de los asuntos públicos de interés comunal, regional, nacional e internacional, de manera directa e indirecta, a través de mecanismos de participación que permiten la toma de decisión, gestión y el control de

las políticas públicas por parte de los ciudadanos y ciudadanas, en consolidación del modelo de democrático planteado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Bajo esta premisa, el contenido de la Enmienda que fue planteada y aprobada por el pueblo mediante referéndum, constituye una profunda manifestación en la consolidación de nuestro sistema de democrático y de la soberanía popular, puesto que significa ampliar el derecho del pueblo en la posibilidad de escoger a sus gobernantes, en atención a su conciencia y con base en la libertad del ejercicio de su soberanía popular.

En tal sentido, lo primero que debe señalarse en relación con la Enmienda Constitucional, es que la misma resalta el poder de la soberanía popular, al fortalecer el derecho al sufragio en sus dos perspectivas. La primera de ellas, la perspectiva activa, que implica el derecho a la participación protagónica en los actos de procesos electorales, mediante la expresión de su voto, el cual, no tan sólo puede ser concebido como la participación en las votaciones para la elección de cargos de elección popular, toda vez que, tal y como fue explicado precedentemente, el redimensionamiento de nuestro modelo de democracia, no sólo establece la participación del pueblo a través del voto en aquellos procesos electorales destinados a la elección de cargos, sino a su vez, en la votación a la que cada ciudadano tiene derecho en los procesos electorales de diversa índole que puedan tener lugar en atención a nuestro marco constitucional, como lo son los referendos constitucionales, abrogatorios, revocatorios y consultivos.

Siendo ello así, en virtud del redimensionamiento en referencia, es claro que mediante la Enmienda Constitucional, en atención al sentimiento expresado popularmente, se amplían las dimensiones del derecho del pueblo del derecho a elegir los diversos cargos de elección popular, ya que suprime cualquier restricción o limitación en atención al factor de los periodos gobernados o ejercidos, otorgándole el derecho al pueblo de escoger a sus voceros en los distintos cargos de elección popular, en atención a su conciencia y con base en la libertad del ejercicio de su soberanía popular.

De esta manera, se amplía el derecho al sufragio del pueblo en una perspectiva colectiva, puesto que la posibilidad de que exista la libertad para que el pueblo, sin ningún tipo de limitación, pueda expresarse mediante el sufragio y escoger diputados nacionales y estatales, presidente de la República, concejales municipales y distritales, alcaldes, goberna-

dores y demás cargos de elección popular; tantas veces como la voluntad popular mayoritaria así lo determine en elecciones, constituye sin lugar a dudas una ampliación de los derechos políticos que se encuentran consagrados en nuestro texto constitucional, en atención a fortalecerlos y vigorizarlos bajo la orientación de intensificar la expresión de la soberanía popular, ya que significa que tendrá el derecho de expresarse y avalar la gestiones realizadas, y poder determinar si desea que dichos funcionarios de elección popular continúen en el ejercicio de sus labores, tantas veces como el pueblo así lo decida soberanamente y lo determine mediante el ejercicio del voto, lo que amplía el derecho político relativo a la posibilidad de expresión de la soberanía popular.

Obviamente, este derecho ampliado, respecto a la regulación constitucional que antes de la Enmienda limitaba la posibilidad de elección de algunos cargos de elección popular a tan sólo una posibilidad de reelección, constituye una ampliación que se propone para todos los ciudadanos que cumplan con las exigencias y requisitos para el ejercicio del voto, de forma tal que el mismo beneficia a todo el pueblo en general, puesto que todas las personas verán ampliado su derecho en cuanto a la posibilidad de elegir a dichos funcionarios, cuantas veces así lo determine el pueblo en elecciones

Pero también el derecho al sufragio en forma pasiva se ve ampliado desde una perspectiva individual o particular, debido a que se amplía y fortalece el derecho político de postulación de los ciudadanos, puesto que permite que las personas en ejercicio de cargos de elección popular, puedan postular su nombre en sucesivas elecciones a la consideración del pueblo, sin ningún tipo de restricciones en cuanto a límites para hacerlo.

Esta ampliación de igual manera beneficia a todo aquel que ejerza los cargos que nuestro ordenamiento jurídico conciba como de elección popular, quienes podrán postularse en sucesivas elecciones, para continuar ejerciéndolo siempre que ello así sea determinado por el pueblo, mediante el apoyo expresado en las votaciones o elecciones que correspondan, de acuerdo a la Constitución y la ley.

Por otra parte, conveniente resulta hacer referencia a uno de los ataques más fuertes que ha emprendido la oposición venezolana contra la Enmienda Constitucional, como lo es la supuesta violación al principio de alternabilidad que supuestamente supondría la posibilidad de reelección continua en los cargos de elección popular.

En tal sentido, la enmienda plantea la posibilidad de que todos aquellos cargos de elección popular puedan ser continuamente reelegidos o reelegidas si así es aprobado mediante elecciones universales, secretas y directas por el pueblo venezolano, sin atender dicha capacidad o posibilidad de reelección a una limitante en cuanto al número de veces que dichos funcionarios en ejercicio puedan postularse para las elecciones presidenciales.

Por ende, en ninguna forma o bajo ningún concepto plantea que dichos funcionarios permanezcan en el ejercicio de sus cargos de manera permanente o vitaliciamente, como falsamente lo señala la oposición venezolana, puesto que la reelección propuesta en la enmienda plantea la posibilidad de que el pueblo elija y vote por los mismos en las elecciones, que continuamente serán realizadas de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, con la periodicidad que corresponda a cada cargo, según la duración de su mandato.

De manera tal que siempre seguirán existiendo las elecciones, cada seis años como se encuentra planteado en el artículo 230 constitucional para el presidente de la república; cada 4 años para el caso de gobernadores, alcaldes, legisladores regionales, concejales municipales y distritales y juntas parroquiales, y cada 5 años para los casos de diputados a la asamblea nacional; y en dichas elecciones se podrá postular cualquier candidato que así lo desee, así como también los mismos que se encuentren en el ejercicio del cargo, quienes no tendrán limitación para también postular su candidatura y competir en elecciones junto con el resto de las opciones políticas planteadas, en los comicios que sean realizados.

Por tanto, siendo entonces ello así, la soberanía popular es el elemento existencial y medular de la propuesta de Enmienda Constitucional que se encuentra planteada, donde la sociedad política global rige el destino del Estado, motivo que atribuye a la misma la posibilidad de tomar las decisiones y realizar los cambios que sean convenientes para lograr ese fin que es el bienestar del colectivo social. De hecho, ello es reconocido aún incluso en países cuyas democracias pueden ser severamente criticadas, como es el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, donde el magistrado norteamericano James Wilson, quien integró la primera Corte Suprema de los Estados Unidos, de manera categórica y contundente, indicó que:

En todo gobierno, necesariamente existe un poder ante el cual no hay apelación, y el cual, por esa misma razón, puede ser llamado supremo, absoluto e incontrolable [...] Tal vez algún político, que no ha estudiado con suficiente precisión nuestros sistemas políticos, respondería que, en nuestros gobiernos, el poder absoluto fue establecido en las constituciones [...] Esta opinión se acerca un paso más a la verdad, pero no llega a alcanzarla. La verdad es que, en nuestros gobiernos, *el poder supremo, absoluto e incontrolable permanece en el pueblo*. Así como nuestras constituciones son superiores a nuestras legislaturas, así el pueblo es superior a nuestras constituciones. De hecho, en este ejemplo la superioridad es mucho mayor, pues el pueblo domina a nuestra constitución, controla de hecho y por derecho. *La consecuencia es que el pueblo puede cambiar las constituciones cuando y como le plazca. Éste es un derecho del cual no puede despojarlo ninguna institución positiva* (cursivas añadidas, véase Wilson, James, citado por McClellan y Bradford, 1989. Basado en las discusiones en las convenciones de Estado sobre la adopción de la Constitución Federal).

Así, siendo el pueblo el auténtico soberano, la expresión de la voluntad política que se obtenga resulta incuestionable, y a la misma deben su-peditarse y someterse los órganos que ejercen el poder público. Desde luego, a los fines de poder articular y configurar la determinación y ejercicio de la soberanía popular en una sociedad paritaria, será necesario que la misma venga establecida, sobre la base de la voluntad que haya sido expresada de manera mayoritaria, ya que de lo contrario, resultaría inviable la normal y pacífica vida en sociedad.

Por tal motivo, es que la noción de la soberanía popular se encuentra vinculada intrínsecamente a la noción de democracia, como bien lo ha señalado el maestro García Pelayo quien al respecto explica que

desde el punto de vista político, el sistema democrático se caracteriza por las siguientes notas: a) la voluntad y actividad del Estado es formada y ejercida por los mismos que están sometidos a ellas; b) por consiguiente el pueblo, a quien se dirige el Poder del Estado, es al mismo tiempo sujeto de este Poder; su voluntad se convierte en la voluntad del Estado sin apelación superior; el pueblo es pues, el soberano” (García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional*, Caracas, Fundación Manuel García Pelayo, 2002, p. 169).

De este modo, las nociones de democracia y soberanía constituyen un binomio perfecto que, actuando en simbiosis, comportan la determinación

y materialización de la auténtica voluntad del soberano, ya que la misma sólo podrá ser canalizada en su ejercicio, en la medida que tal potestad soberana encuentre fundamento en el principio natural de un sistema democrático en el que debe existir la sujeción de las minorías a las mayorías, como aval de que la voluntad expresada constituye el reflejo de la voluntad soberana que asiente el conglomerado social en forma global.

Partiendo de ello, y adminiculándolo con el principio de alternabilidad, debe indicarse que, desde el punto de visto político-jurídico, la noción de alternabilidad para el ejercicio de cargos de elección popular, atiende o comporta el hecho de que se garantice, correlativo a la esencia de un sistema democrático de gobierno, la verificación o existencia de elecciones periódicas, donde el pueblo, en ejercicio de su soberanía, tenga la posibilidad de optar y escoger entre diversas opciones o alternativas políticas que se presenten en un determinado proceso electoral.

De tal manera que la alternabilidad no puede ser entendida de forma personal, es decir, en relación con la determinada persona que ejerce el cargo de elección popular, ni tampoco desde el punto de vista institucional, ya que ello comportaría incluso la prohibición de que la organización y tendencia política del funcionario de elección popular, pueda volver a participar en el proceso electoral inmediato al de su ejercicio de gobierno, lo que literalmente implicaría una rotación por turnos representados por periodos de gobierno, de organizaciones o tendencias políticas en el ejercicio del gobierno.

Por tanto, el respeto al principio de la alternabilidad no puede ser entendido bajo ninguna perspectiva coherente, como el derecho que tengan factores políticos de asumir cada periodo de gobierno con personas distintas, sino simplemente debe entenderse como la posibilidad de participar en unas elecciones, bajo los criterios explanados anteriormente, es decir, la posibilidad para el pueblo soberano de acceder a elecciones, y a su vez, de poder escoger entre diversas opciones o alternativas políticas presentadas en los procesos electorales.

De hecho, este resulta ser el criterio generalmente aceptado en el derecho internacional, al momento de calificar a un sistema de gobierno como democrático, es decir, la existencia de elecciones libres y periódicas, así como también la existencia de opciones electorales como partícipes en las mismas; resultando ello reflejado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 21); en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966

de las Naciones Unidas (artículo 25); Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José; artículo 33), en la Carta Reformada de la OEA, artículo 3.d, y j) y en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (artículo XX); en el Protocolo de Washington (1994) de Reforma de la Carta de la OEA, donde se exige la existencia de *elecciones* libres y periódicas. La misma exigencia se encuentra incluida en el Protocolo de Usuhaia (1997), adicional al Tratado de Asunción (Mercosur).

A mero título de ejemplo, para dejar más claro lo aquí expuesto, vale la pena citar el contenido del artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana de la Organización de Estados Americanos, cuyo contenido resulta del siguiente tenor:

Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas, y la separación e independencia de los poderes públicos (resaltado añadido).

En virtud de lo anterior, podemos indicar que a los efectos de dicha Organización deben encontrarse presentes determinados elementos esenciales, como criterios delimitadores de la existencia de un sistema de gobierno democrático, ciñéndose los mismos a la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo, donde exista la pluralidad de opciones electorales sobre las cuales pueda el pueblo escoger; elementos estos que seguirán existiendo en el marco de la vigencia de la Enmienda Constitucional.

Por tanto, lo que quedaría vedado de limitar en un cambio de la carta magna sería la posibilidad de acceso a dichas elecciones, o que las mismas se eliminaran de manera definitiva, pero nunca puede señalarse jurídicamente que el hecho de no establecer un límite máximo de reelecciones para una misma persona que opte a determinado cargo de elección popular, constituya una violación del artículo 6 del Texto Fundamental en cuanto a la obligación de establecerse como un gobierno alternativo.

De igual manera, esa alternabilidad que plantea el artículo 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debe ser entendida no en cuanto al ejercicio de un cargo de gobierno (como lo sería el del presidente de la República, gobernador o alcalde), sino para la forma de ejercer el gobierno, y por tanto, desde el punto de vista jurídico implica condiciones, término, y modo para el ejercicio de una opción, siendo ello perfectamente respetado por la redacción de la norma que se encuentra planteada en la Enmienda Constitucional.

En efecto, las condiciones vendrían representada por las serie de parámetros y lineamientos que son establecidos por el Consejo Nacional Electoral cada vez que va a procederse a la realización de un proceso electoral, mientras que por su parte el término es que el que se encuentra previsto de manera expresa en el ordenamiento jurídico, es decir, los seis años que durará el mandato presidencial, las 5 años que durará el periodo de los diputados a la Asamblea Nacional y los 4 años que duran los periodos de los gobernadores, alcaldes, diputados regionales, concejales municipales y distritales y los miembros de las Juntas parroquiales, lo que implica que en cada uno de esos periodos (según corresponda de acuerdo al cargo del que se trate), deban realizarse las elecciones correspondientes.

Por su parte el modo, viene representado por la forma en la que será escogida la opción electoral, es decir, a través del sufragio, universal, directo y secreto del pueblo, quien se expresará en relación con los candidatos que se presenten para las diversas elecciones.

De tal manera que esas son las consecuencias de lo que comporta o significa la alternabilidad desde el punto de vista político, siendo en cada una de sus perspectivas respetada por la enmienda constitucional; por lo que puede verse fácilmente que la serie de planteamientos realizados en contra de la misma, por sectores de la oposición venezolana, no atienden a formas o criterios jurídicos, sino netamente de índole político.

Asimismo, para terminar los comentarios en relación con este concreto punto, debe señalarse que en ninguno de los ordenamientos jurídicos a nivel del derecho comparado,¹⁸ en los que existe posibilidad de reelec-

¹⁸ Tal es el caso de varios países en los que no existe límite de periodos ejercidos para los cargos relativos al jefe de Gobierno, como lo son, entre muchos, Alemania (artículo 63 de la Constitución alemana); Italia (artículo 85 de su Constitución); España (artículo 99 de la Constitución Española); Suecia (Capítulo VI de la Constitución Sueca; etcétera. Tam-

ción, bien sea en una oportunidad o más de una, se ha entendido que dicha reelección constituya una violación al mandato de las distintas constituciones de establecer gobiernos alternativos, toda vez que, los sectores opositoristas de dichos países correrían un riesgo absoluto de ser calificados como irracionales y poco serios, por señalar quebrantos constitucionales, donde realmente no existen.

Vale también en estos momentos destacar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, estableció con carácter vinculante, que la reelección sucesiva de los funcionarios públicos, no violenta de modo alguno, los principios fundamentales de nuestra Constitución (entre ellos el de alternabilidad, contenido en el artículo 6 de la carta magna).

En efecto, mediante sentencia 1.488 del 28 de julio de 2006, recaída en el caso *Consejo Nacional Electoral*, indicó:

No puede entonces, alterarse la voluntad del soberano, por medio de instrumentos parciales y que no tengan su origen en el propio poder constituyente, es a él al cual corresponde la última palabra, teniendo como se ha dicho como único límite, los derechos inherentes a la persona humana y derivados de su propia dignidad.

En consecuencia, esta Sala comparte los criterios expuestos, pues lo mismo que en los dispositivos citados, la reelección en nuestro ordenamiento no supone un cambio de régimen o forma del Estado, y muy por el contrario, reafirma y fortalece los mecanismos de participación dentro del Estado democrático, social de justicia y derecho que estableció el Constituyente en 1999. De igual manera, la reelección, amplía y da progresividad al derecho de elección que tienen los ciudadanos, y optimiza los mecanismos de control por parte de la sociedad respecto de sus gobernantes, haciéndolos examinadores y juzgadores directos de la administración que pretenda reelegirse, y por lo mismo, constituye un verdadero acto de soberanía y de ejercicio directo de la contraloría social. Negar lo anterior, es tanto como negar la existencia de sociedades cambiantes y en constante dinámica e interacción. Es pretender concebir el derecho Constitucional como un derecho pétreo e inmovible, ajeno a las necesidades sociales. Mas aún, en nuestras sociedades, donde estas necesidades sociales son tan

bién a nivel del derecho comparado, resulta importante traer a colación jurisprudencia que ha sido sentada en este concreto aspecto de la reelección para el cargo de Presidente de la República, como lo es el caso del fallo C-1040/05 del 19 de octubre de 2005 del Tribunal Constitucional Español, y de la sentencia 02771 del 4 de abril de 2003 de la Sala Constitucional del máximo Tribunal de Costa Rica.

ingentes, los cambios constitucionales son más necesarios en la medida en que se constate su existencia para mejorar las condiciones de los ciudadanos en peor situación socioeconómica, pues la norma constitucional sólo debe estar a su servicio.

(...)

Por tales razones no puede afirmarse que la reelección no sea un principio compatible con la democracia, y por el contrario, puede señalarse que el mismo, dentro de un Estado de derecho que garantice la justicia y los derechos de los ciudadanos, puede ser una herramienta útil que garantice la continuidad en el desarrollo de las iniciativas que beneficien a la sociedad, o simplemente sirva para que dichos ciudadanos manifiesten directamente su censura por un gobierno que considere no ha realizado sus acciones en consonancia con las necesidades sociales.

La contundencia del pronunciamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, no deja ni un resquicio de duda, acerca de la compatibilidad de la reelección continua con los principios fundamentales de nuestra carta magna. Incluso, la decisión antes aludida, fue ratificada por la misma Sala Constitucional, mediante sentencia del 18 de diciembre de 2006, caso *Irving Bermúdez Díaz*, en la cual indicó:

Por tales razones insiste la Sala, que no puede afirmarse que la reelección no sea un principio compatible con la democracia, y por el contrario, puede señalarse que la misma, dentro de un Estado de derecho que garantice la justicia y los derechos de los ciudadanos, puede ser una herramienta útil que garantice la continuidad en el desarrollo de las iniciativas que beneficien a la sociedad, o simplemente sirva para que dichos ciudadanos manifiesten directamente su censura por un gobierno que considere no ha realizado sus acciones en consonancia con las necesidades sociales, bajo los parámetros establecidos en la propia Constitución —véanse las sentencias de la Sala núms. 23 del 22 de enero de 2003 y 1488 del 28 de julio de 2006—.

Así, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela permitió la reelección presidencial de forma limitada, al establecer en su artículo 230 que “(...) el Presidente o Presidenta de la República puede ser reelegido o reelegida, de inmediato y por una sola vez, para un nuevo periodo (...).

Sin embargo, de conformidad con las consideraciones antes expuestas, al no ser la reelección sucesiva contraria a los valores democráticos que informan el ordenamiento jurídico constitucional —en los cuales el carác-

ter participativo de la democracia en Venezuela refuerza y profundiza el ejercicio ético y responsable de la soberanía—, aquellos cargos de elección popular en los cuales el Constituyente haya establecido límites para la reelección, éstos pueden perfectamente ser revisados, modificados o eliminados, a través de los mecanismos de reforma constitucional previstos en la Constitución de 1999.

Nótese como, de manera expresa, la Sala Constitucional ratificó que, la reelección no es contraria a los Principios Fundamentales de la Constitución, y que: “al no ser la reelección sucesiva contraria a los valores democráticos...” por lo que en “aquellos cargos de elección popular en los cuales el Constituyente haya establecido límites para la reelección, éstos pueden perfectamente ser revisados, modificados o eliminados, a través de los mecanismos de reforma constitucional previstos en la Constitución de 1999”.

Por último, la tantas veces aludida Sala Constitucional del máximo tribunal, reiteró una vez más, mediante sentencia del 23 de octubre de 2007, recaída en el caso *José Ignacio Guedez Yépez*, que la reelección continua no viola la Constitución, amplía el derecho de participación, el de postulación, y que es compatible y ajustada a los valores democráticos que rigen nuestro Estado. Así, indicó la Sala que:

De la lectura de la sentencia parcialmente transcrita, esta Sala al analizar la totalidad del escrito presentado por el accionante, constata que éste no sólo no señaló de qué forma se verían afectados los intereses de la sociedad —o de alguna porción definida de la misma—, sino que al contrario de los planteamientos formulados por el accionante en torno a la interpretación y materialización del principio del alternabilidad, es preciso reiterar que la reelección en nuestro ordenamiento no supone un cambio de régimen o forma del Estado, y muy por el contrario, reafirma y fortalece los mecanismos de participación dentro del Estado democrático, social de derecho y Justicia, que estableció el Constituyente en 1999 —*cf.* sentencia de la Sala 1488 del 28 de julio de 2006—.

Por lo tanto (...) la eventual aprobación de una reforma constitucional que permita la reelección sucesiva de cargos de elección popular, no puede ser considerada como una violación de los principios que informan el ordenamiento jurídico constitucional.

Ciertamente, al no ser la reelección sucesiva contraria a los valores democráticos que informan el ordenamiento jurídico constitucional, el trámite de

un proceso de reforma constitucional que se siga a tales fines —entre otros aspectos— se constituye en la reafirmación de las atribuciones y obligaciones que el texto fundamental en forma clara, expresa y precisa ha dispuesto para una reforma constitucional, así como en el fortalecimiento de los mecanismos de participación dentro del Estado democrático, social de derecho y justicia.

El criterio reiterado y pacífico de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, órgano jurisdiccional que, de acuerdo a la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es su máximo y último intérprete, es que, la Enmienda Constitucional para ampliar el derecho de elección del pueblo y de elección de ciudadanos para optar a periodos sucesivos, no viola ningún principio constitucional, reafirma la democracia y la soberanía del pueblo, y puede ser propuesta sin problemas, mediante alguno de los mecanismos de modificación de la Constitución, como en efecto sucedió en el caso de la enmienda Constitucional, la cual de igual manera fue aprobada en su constitucionalidad por dicha Sala, con ocasión a diversos recursos que fueron planteados en el país en contra del proceso de referendo que fue realizado el pasado 15 de febrero de 2009, entre otras, mediante decisiones recaídas en los casos “Amante Vero Crincoli” y “Fundación Verdad Venezuela”, del 3 y 12 de febrero de 2009, respectivamente.

IV. CONCLUSIONES

A manera de colofón podríamos señalar, en orden de todas las anteriores consideraciones realizadas, que uno de los más grandes avances que comporta el texto de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, radica en un cambio radical en el modelo de Estado, en la búsqueda de lograr una profunda transformación en el mismo, hecho que, como se ha tratado de explicar, repercute e incide de las más variadas maneras en nuestro existir, que parte de la esencia del existir del Estado, teniendo por fin dicho proceso de transformación, la igualdad y la justicia que resultan necesarias en toda sociedad para su desarrollo armónico.

Sin embargo, lo más importante debe consistir en el hecho de comprender y asimilar que dicho proceso de cambio se traduce en el establecimiento de nuevos paradigmas sobre los cuales habrán de estudiarse las distintas instituciones políticas, sociales, económicas y jurídicas, debido a que ello viene impuesto necesariamente por la transformación que den-

tro del Estado se ha verificado con el establecimiento de un modelo de Estado social de derecho y de Justicia.

Por ende, resulta importante estar concientes de que dicho cambio, opera e incide sobre todos, lo cual implicará una necesaria reflexión interna, profunda y desde el alma, a los efectos de adquirir conciencia sobre el mismo, y con base en la Constitución, luchar por la consecución de la sociedad justa, libre, progresista, amante de la paz y de la libertad que todos anhelamos; sociedad en cuya construcción jugará un papel fundamental la intervención ciudadana, concebida en el actual modelo de Estado en las amplias dimensiones anteriormente explanadas; con lo cual se logra la implantación de un sistema de gobierno y de gestión pública dinámico y en constante evolución, que sin duda alguna se materializará, como lo ha venido haciendo, en resultados acordes, efectivos y cónsonos con las realidades sociales imperantes en nuestro Estado; alcanzando de esta manera aquella sociedad justa, equitativa, progresista, amante de la paz, de la libertad y de la justicia que todos aspiramos.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ABOUHAMAD HOBAICA, Chibly, *Reflexiones sobre la necesidad de cambio en el pensamiento legal*, Caracas, Editorial Principios, 1995.
- BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985.
- BIDART CAMPOS, G., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995.
- , *La interpretación y el control constitucional en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987.
- , *Teoría del Estado*, Buenos Aires, Ediciones Ediar, 1991.
- BODINO, Juan, *Los seis libros de la República*, UCV, Instituto de Estudios Políticos, 1966.
- CAPPELLETTI, Mauro, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- DIETERICH, Heinz, *Hugo Chávez y el socialismo del siglo XXI*, Caracas, Fondo Editorial “Por los Caminos de América”, 2005.
- EASTON, David, *Política moderna. Estudios de las ciencias políticas*, México, Editorial Letras, 1968.
- ESCARRÁ MALAVÉ, Carlos, *Proceso político y constituyente*, Maracaibo, J. B Editores, 1999.

- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1982.
- GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, *Curso de derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1998.
- , *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1992.
- , *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1994.
- , *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, Civitas, 1994.
- , *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas, 2000.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional*, Caracas, Fundación Manuel García Pelayo, 2002.
- , *Burocracia y tecnocracia*, Alianza.
- GANDARILLA SALGADO, José Guadalupe, “¿De qué hablamos cuando hablamos de la globalización? Una incursión metodológica desde América Latina, México, Centro Latino Americano de Ecología Social, 2002.
- GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo, “Los indios de México. Hacia el nuevo milenio”, *Revista La Jornada*, México, 1998.
- Hirst, P., Q. Tompson, *Globalization in Question: The International Economy and the Possibilities for Governance*, Universidad de Cambridge, Ediciones “Polity Press”, 1999,
- HOYOS, Arturo, *La interpretación constitucional*, Bogotá, Editorial Temis, 1998.
- KUNH, Thomas, *Las estructuras de las revoluciones científicas*, Brevarios del Fondo de Cultura Económica, 1971.
- LAVILLA RUBIRA, Juan José, *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en Estados Unidos de Norteamérica*, Madrid, Civitas, 1991.
- LANZ, Carlos, *El desarrollo endógeno y la misión Vuelvan Caras, Fundamentos conceptuales de la misión Vuelvan Caras*, Caracas, 2004, http://www.aporrea.org/d_ameletra.php?docid=7708.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús I., *La teoría de la justicia en John Rawls*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

MÉSZÁROS, István, *Socialismo o barbarie, la alternativa al orden social del capital*, Caracas, Ediciones de la Presidencia de la República, 2005.

PEÑA SOLÍS, José, *Manual de derecho administrativo*, Tribunal Supremo de Justicia, 2001.

TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973.

BOLIVIA: LA APUESTA POR EL ESTADO UNITARIO SOCIAL DE DERECHO PLURINACIONAL COMUNITARIO

Raúl ÁVILA ORTIZ*

SUMARIO: I. *El debate liberalismo-comunitarismo*. II. *Del Estado liberal multicultural al Estado plurinacional comunitario*. III. *La expresión constitucional del Estado plurinacional y comunitario*. IV. *Desafíos del Estado plurinacional y comunitario*.

Ya en la década de los noventa, la literatura profesional advertía sobre la presencia activa de la variable pluriétnica y multicultural en el constitucionalismo latinoamericano, a la vez que debatía sobre el papel de los movimientos indígenas en la transición democrática. Si bien se preveía el ascenso del actor indígena en el proceso de construcción de los nuevos Estados constitucionales, pocos acaso podrían haber pronosticado que una década después, en experiencias específicas, el Estado liberal multicultural podría ser desplazado por una forma política bajo términos diferentes: el Estado plurinacional y comunitario liberal. Esto es, precisamente, lo que está ocurriendo con el Movimiento al Socialismo, bajo el liderazgo predominante de Evo Morales, y explica los contenidos estructurales de su nueva Constitución, refrendada y en vigor desde febrero de 2009.

En las líneas que siguen 1) se recordarán los términos básicos del debate entre liberalismo y multiculturalismo, en que cabe la posición plurinacional comunitarista; 2) se referirán algunos factores que coadyuvaron al desplazamiento del Estado liberal multicultural por la nueva forma de Estado en Bolivia; 3) se apuntarán los rasgos estructurales de la Consti-

* Doctor en derecho por la UNAM y maestro en estudios latinoamericanos por la Universidad de Texas.

tución de esta forma de Estado, y 4) se plantearán algunos de sus dilemas y desafíos, que el texto de Carlos Romero, en este mismo volumen, coadyuvará a comprender mucho mejor.**

I. EL DEBATE LIBERALISMO-COMUNITARISMO

En general, el debate multiculturalista enfatizó el tema de los derechos étnicos ubicados dentro del Estado liberal y advertía un litigio contrahegemónico que suponía suplantar la “cultura societal” por una “cultura etnizada”, que tendería naturalmente a volverse hegemónica. En ese horizonte, se registraban tres posiciones teóricas: la liberal, la liberal comunitarista y la comunitarista.

Desde el ángulo de los derechos, la posición liberal viene defendiendo la exclusividad ética del sujeto individual y remite la solución del conflicto de las minorías a la extensión y efectividad de los derechos fundamentales, pero sin consideración a pretendidos derechos colectivos que vulnerarían los principios de libertad e igualdad.

El enfoque liberal comunitarista, situado en un punto medio, introduce un relativismo moderado en el valor moral asignado a ambos sujetos de la relación destacando la importancia del reconocimiento de derechos etnoculturales para incrementar la capacidad emancipatoria del Estado constitucional de filiación liberal, pero sin desconocer los límites diferenciados y específicos de los derechos individuales fundamentales.

La perspectiva comunitarista, por el contrario, asigna el valor moral central a los grupos, hace depender la autonomía individual de las tradiciones y costumbres de aquéllos, y reconoce un valor crucial a la identidad, junto a la libertad y la igualdad.

** El texto de Raúl Avila Ortiz se beneficia de otras elaboraciones de él mismo, tales como *El derecho cultural en México*, México, Porrúa, 2000; diversas colaboraciones en la revista *Derecho y Cultura* (véase www.juridicas.unam.mx); el ensayo “Representación de las minorías étnicas”, Nohlen, Dieter *et al.*, *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007; así como del ensayo de Lee Van Cott, Donna, “From Exclusion to Inclusion: Bolivia’s 2002 Elections”, *Journal of Latin American Studies*, vol. 35, parte 4, noviembre de 2003; no menos que de diversa bibliografía consultada en la materia.

Los teóricos del liberalismo comunitarista avanzaron propuestas de derechos en contextos multiculturales, lo que preservaba el Estado liberal mediante la incorporación de la variable colectivista.

Para unos, el catálogo debería incluir derechos de autogobierno (o de autonomía de las formas políticas del grupo), derechos poliétnicos (que permiten mantener la identidad cultural en la práctica cotidiana) y derechos especiales de representación (a través de acciones políticas de clase o medidas de discriminación positiva, para compensar las ineficiencias de los procesos generales de representación política y asegurar la estabilidad política).

Para otros, los principales derechos culturales o colectivos estarían integrados por exenciones a leyes que penalizan o dificultan prácticas culturales; asistencia para realizar acciones que la mayoría puede llevar a cabo sin ayuda; autogobierno para las minorías étnicas, culturales o para los no miembros de la comunidad y con un sentido protector de la cultura de la comunidad; reglas internas para normar hacia adentro del grupo la conducta de sus miembros; reconocimiento/obligatoriedad de sus prácticas jurídicas por el sistema jurídico de la mayoría, y representación adecuada de las minorías en los cuerpos legislativos de las mayorías, ya sea mediante distritación específica o introducción de cuotas.

El debate pasó por etapas en las que se confrontaron ideas en torno al individualismo y el comunitarismo, a la vez que se cuestionaba la posición de los grupos no liberales en las democracias liberales; el papel de la cultura y la identidad dentro de las tradiciones liberales, así como la existencia de “naciones cívicas” y “naciones étnicas” que impulsan, respectivamente, “culturas societarias” y “culturas etnizadas” en sus estrategias de dominación, y persistía la tensión entre libertad y cultura; la relación entre multiculturalismo y los procesos de construcción del Estado liberal, lo mismo que los procesos permisibles para dicha construcción y los términos justos de la integración de las minorías, incluidos los inmigrantes, y la relación entre multiculturalismo y la estabilidad política del Estado incluida la pertinencia de determinados derechos étnicos para uno y otro efectos.

Pera esa oferta no fue suficiente. En el debate, desde el ángulo comunitarista, en el contexto latinoamericano, también se comenzó a hacer presente, aun de manera marginal, un discurso estructurado con elementos del marxismo, el populismo y el colectivismo de base étnica prehispánica, que llegó a encarnarse en diversos movimientos sociales y políti-

cos, por ejemplo, en Bolivia, hasta hacerse del poder gubernamental para instrumentar sus ideales e intereses.

II. DEL ESTADO LIBERAL MULTICULTURAL AL ESTADO PLURINACIONAL COMUNITARIO

Donna Lee Van Cott iluminó hace algunos años cinco factores que condujeron a escalar por la vía electoral en 2002, de manera histórica y muy significativa, la representación política del 62% de la población nacional a que entonces ascendía la mayoría indígena boliviana, y que, a la postre, se convertiría en el paso previo al triunfo definitivo del Instrumento Político para la Soberanía de los Pueblos-Movimiento Al Socialismo (IPSP-MAS) liderado por Evo Morales. Esos factores, que también parecen útiles para entender algunas de las causas que forzaron la llegada del Estado plurinacional comunitario, son *a)* Ciertos cambios institucionales; *b)* cambios en el sistema de partidos políticos; *c)* la madurez y consolidación de movimientos indígenas y campesinos; *d)* la frustración popular con el gobierno Banzer-Quiroga (2000-2004), y *e)* el sentimiento nacionalista provocado por la política de los Estados Unidos en Bolivia.

- a) Cambios institucionales porque, en el nivel normativo, luego del retorno a la democracia en 1982, en un sistema de gobierno presidencial, estado unitario con nueve departamentos, 122 provincias y 314 municipalidades, una Ley de Participación Ciudadana, de 1994, la consecuente descentralización municipal, en 1995, y la creación de distritos uninominales para 63 de los 130 asientos en la Cámara de Diputados —que dejó atrás la integración de dicho órgano mediante la representación proporcional en una sola lista nacional cerrada y definida desde el centro— generaron un efecto dramático en la composición del poder gubernamental. Así, por ejemplo, de unas cuantas docenas de municipios existentes antes de la reforma, se pasó a 311 después de ella, de los cuales 73 quedaron en manos de candidatos campesinos o indígenas, aliados con partidos no indígenas. Asimismo, en 1997, la Asamblea de la Soberanía de los Pueblos (ASP), formada en 1995, fue capaz de llevar a la Cámara a cuatro diputados procedentes de las regiones de cultivo de “coca”, uno de ellos representando a seis de siete organizaciones de productores y alcanzando

un impresionante 60% de la votación frente a otros nueve candidatos: esa persona era Evo Morales.

- b) Cambios en el sistema de partidos dado que los tres partidos grandes, dos de derecha y uno de izquierda, captaron más del 50% de la votación nacional a lo largo del periodo 1985-1997, a los que se sumaron Conciencia de Patria y Unión Cívica Solidaridad, que capturaron otro 22%, de tal suerte que aquéllos se alternaron pragmáticamente en el gobierno, con frecuencia coaligados con alguno de los dos últimos, a costa de la creciente pobreza y su propia legitimidad que comenzó a agonizar en 2002, cuando sólo obtuvieron 42% de los votos dejando espacio a los movimientos sociales indígenas emergentes en la arena político electoral. La prueba es que IPSP-MAS ganó las elecciones en cuatro departamentos y ya ponía en acto, ante el coincidente debilitamiento de la izquierda, un discurso etnonacionalista, marxista y comunitario.
- c) Maduración y consolidación pues las primeras reacciones populares indígenas relevantes en contra de la dictadura militar de mediados de los años setenta —el llamado “katarismo”— se transformaron en movimientos, organizaciones y partidos políticos a lo largo de las dos siguientes décadas. Nutridos por los nuevos migrantes rurales indígenas aymaras y quechuas, que la propia política económica empujó hacia los suburbios urbanos; animados por el declinamiento de los otrora partidos hegemónicos, y motivados por el respaldo de las organizaciones de productores de “coca”, esos nuevos partidos llevaron a Evo Morales y Felipe Quispe —más moderado, el primero, y el otro más radical— a liderar una amplia y sólida fuerza política inspirada en aquel discurso, todo lo cual, desde luego, no ha estado exento de complejas dinámicas y divisiones entre líderes, bases, etnias y regiones.
- d) Frustración popular en la medida en que la “megacoalición” de partidos que condujo al binomio Banzer-Quiroga al poder presidencial en 2000 terminó por desintegrarse, a la vez que las políticas neoliberales minaron la legitimidad del gobierno. En particular, a ese fenómeno contribuyó de manera decisiva la destrucción del 80 al 90% de los sembradíos de “coca” entre 2000 y 2002, cuyo enorme valor económico no fue debidamente compensado con apoyos al campo. Más aún, la severa crisis económica argentina de

2002 redujo las remesas de los migrantes bolivianos y limitó las exportaciones de Bolivia hacia Argentina. Para completar ese cuadro, a instancias del Banco Mundial, el gobierno decretó la privatización del servicio concesionado de agua, cuyo precio escaló hasta un tercio más, medida a cuya reacción social vía protestas callejeras sobrevino una violenta represión que a su vez fue aprovechada por el movimiento social indígena para incitar sentimientos populares nacionalistas y catapultar a sus líderes a la cima política entre 2000 y 2002, año, este último, en que el ala radical del movimiento indígena (Pachakutik) alcanzó registro como partido político y obtuvo éxito electoral, sin que la estrategia de gobierno lograra dividir efectivamente al actor indígena, pues tanto Felipe Quispe como Evo Morales llegaron a la Cámara y se prepararon para el siguiente paso.

- e) Sentimiento nacionalista porque la Embajada de los Estados Unidos en Bolivia fue claramente identificada como activa impulsora de la estrategia para destruir los plantíos de “coca”, así como para consumir la expulsión de Evo Morales de la Cámara de Diputados, en junio de 2002. Esto, combinado con los diversos factores arriba apuntados, propició una escalada definitiva en las preferencias electorales a favor de dicho líder, quien, desde luego, fue exitoso en polarizar al electorado en defensa de la “coca” en tanto patrimonio y símbolo cultural de los bolivianos, y en contra de los norteamericanos en cuanto causantes del daño histórico que el país debía revertir mediante la reconstitución de su ser mayoritariamente prehispánico. El resto sigue siendo historia presente.

III. LA EXPRESIÓN CONSTITUCIONAL DEL ESTADO PLURINACIONAL Y COMUNITARIO

La lectura de los referidos factores facilita la comprensión hermenéutica de la estructura y contenidos textuales de la Constitución de 2009, además de la sofisticada estrategia constituyente y de legitimación que le precedió, similar a la cursada en Venezuela, y en marcha en Ecuador.

En pocos párrafos, es obligado hacer notar que es toda la estructura del Estado la que viene vertebrada por la variable plurinacional y comunitaria bajo la premisa de que las diversas naciones y culturas coexis-

tentes en el espacio nacional encierran igual valor y en su contexto se resuelve la libertad y la justicia individual y colectiva.

Así, no es la libertad la que preside la construcción constitucional y el orden normativo, sino la igualdad de los comunes y los diferentes que sólo son libres si respetan sus valores colectivos y especificidades étnicas, comunales, individuales, regionales y nacionales. Ello sólo puede asegurarse si se explicitan sus diversas racionalidades y valores en un conjunto complejo de principios, derechos e instituciones producto de la experiencia histórica, el avance científico humanístico y jurídico, así como el acuerdo político.

De allí que la primera parte de la Constitución, en que se fijan “Bases fundamentales del Estado”, seguidas por los derechos, deberes y garantías, se haga explícito un modelo de Estado en tanto se precisa, en su artículo primero, que “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”. Asimismo, al reconocer la existencia precolonial de naciones y pueblos indígenas originarios y campesinos, y su dominio ancestral sobre sus territorios, garantiza su libre determinación en el marco del Estado, lo que delimita su derecho a la autonomía, autogobierno, cultura, reconocimiento de sus instituciones y consolidación de sus entidades territoriales. El Estado es inclusivo al declarar que la nación boliviana se conforma por la totalidad de bolivianas y bolivianos, naciones y pueblos indígenas originario campesinos, y comunidades interculturales y afrobolivianas que en su conjunto constituyen el pueblo boliviano. El Estado respeta y garantiza la libertad de religión y de creencias espirituales, de acuerdo con sus cosmovisiones, a la vez que se declara independiente de la religión. Establece como idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Precisa que el gobierno plurinacional y los gobiernos departamentales deben utilizar al menos dos idiomas oficiales, uno de ellos el castellano, en tanto que los demás gobiernos autónomos deben utilizar los idiomas propios de su territorio, uno de ellos debe ser el castellano. Establece que la soberanía, inalienable e imprescriptible, reside en el pueblo boliviano y se ejerce de forma directa y delegada, de donde emanan las competencias de los órganos del poder público. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la so-

ciudad plural los siguientes: “no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón”; “vivir bien”; “vida armoniosa”; “vida buena”; “tierra sin mal”, y “camino o vida noble”. Especialmente para tenerlo presente, por sus implicaciones significativas, se establece que el Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien. El Estado asume como fines y funciones esenciales el constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social para consolidar las identidades plurinacionales; garantizar el bienestar, desarrollo, seguridad, protección e igual dignidad de las personas, naciones, pueblos y comunidades, y fomentar el respeto mutuo y el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe; reafirmar y consolidar la unidad del país y preservar como patrimonio histórico y humano la diversidad plurinacional; garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución; garantizar el acceso de las personas a la educación, salud y trabajo; promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales, e impulsar su industrialización a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva en sus diferentes dimensiones y niveles, así como la conservación del medio ambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras.

La Constitución define a Bolivia como Estado pacifista, promotor de la cultura y el derecho a la paz y la cooperación entre pueblos de la región y del mundo, a fin de contribuir al conocimiento mutuo, desarrollo equitativo y promoción de la interculturalidad con pleno respeto a la soberanía de los Estados; por ende, rechaza toda guerra de agresión como instrumento de solución a conflictos entre Estado reservando la legítima defensa en caso de agresión a su independencia e integridad, además de que prohíbe la instalación de bases militares extranjeras en su territorio.

En cuanto al sistema de gobierno, baste apuntar que se adopta una forma democrática, participativa, representativa y comunitaria con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres, en el entendido de que la democracia se ejerce ya sea de manera directa y participativa por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, revocatoria de mandato, asamblea, cabildo y consulta previa; representativa, mediante elección de

representantes por voto universal, directo y secreto conforme a la Ley, y comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Finalmente, para efectos de este trabajo, es pertinente consignar que en la nueva Constitución boliviana, el Estado estructura su poder público mediante órganos Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral, y su organización está fundamentada en la independencia, separación, coordinación y cooperación de tales órganos; agrega que son funciones estatales la de control, la de defensa de la sociedad, y la de defensa del Estado, a la vez que las funciones de los órganos públicos no pueden ser reunidas en un solo órgano ni son delegables entre sí.

Con estas citas textuales parece ser suficiente... pero hay que dejar dicho que la Constitución boliviana de 2009, además de la vertebración plurinacional y comunitaria de los órganos del poder público, establece un rico catálogo de derechos fundamentales y garantías —incluida la propiedad privada, siempre que su uso no sea perjudicial al interés colectivo—, debidamente tutelados; la elección directa del presidente a dos vueltas; un régimen complejo de autonomías; un delineado de las principales políticas estatales y, en particular, un apartado de derecho transitorio que traza la ruta de la implementación de la Constitución.

IV. DESAFÍOS DEL ESTADO PLURINACIONAL Y COMUNITARIO

Una empresa tan ambiciosa, como lo es la de ensayar el primer modelo de Estado pluriétnico y comunitario, desde luego enfrenta desafíos de gran magnitud.

El primero seguramente consiste en afianzar la nueva estructura constitucional en sí misma mediante su comprensión por los propios destinatarios a los que sirve, de modo que el esfuerzo pedagógico, de interpretación y difusión no es menor.

Otro aspecto a destacar es el de la complejidad que entraña la implementación de los acuerdos, engranajes y dispositivos constitucionales en un contexto marcado por la polarización y la abierta oposición de algunas regiones, en particular la llamada Media Luna, capitaneada por las elites de Santa Cruz de la Sierra, que han logrado negociar por lo pronto estatutos de autonomía. Para algunos analistas, la dimensión y el valor

internacional estratégico de esta región podrían generar, bajo circunstancias específicas, una secesión y la creación de un nuevo país, incluso.

Pero uno de los retos más sensibles quizá consista en resolver el problema al que se enfrenta toda experiencia constitucional latinoamericana, y que radica en sincronizar la dimensión normativa con la simple realidad, de manera tal que se evite la presencia de una nueva Constitución nominal.

Desde luego, a los aspectos propiamente culturales y de legitimación educativa, política y normativa, habrá que agregar el tema del financiamiento de la nueva constitucionalidad, lo cual representa, naturalmente, claros límites para cualquier proceso de esta naturaleza.

Sin embargo de lo anterior, hay dos puntos que yacen uno el fondo y otro en la superficie de la cuestión boliviana: el primero es si sus términos existenciales fundamentales: el identitario y cultural, el etnonacionalismo y el comunitarismo, la aspiración por un modelo de gobierno democrático y productivo, inclusivo y justo, al fin pueda hacerse viable, lo que supone su conciliación con la tradición liberal y social que alimenta el patrimonio constitucional de Occidente e implicaría la no reversión de la exclusión y la desigualdad en relación con las nuevas minorías políticas no indígenas del país; el segundo es si la apuesta por el Estado plurinacional y comunitario resistirá la eventual llamada, dudosamente democrática, de la reelección indefinida del presidente, dado que la historia enseña que ningún proyecto de justicia social o cultural es efectivo y duradero si pretende caminar pisando la institucionalidad democrática, a la cual termina reduciendo a escombros.

EL PROCESO CONSTITUYENTE BOLIVIANO

Carlos ROMERO BONIFAZ

SUMARIO: I. *Los factores estructurales de la crisis del Estado, contexto y pacto político.* II. *Los principales contenidos de la nueva Constitución Política del Estado.* III. *Estructura territorial del Estado en la Nueva Constitución.* IV. *Modelo de Desarrollo Económico Social.* V. *Recursos naturales.* VI. *Bibliografía.*

I. LOS FACTORES ESTRUCTURALES DE LA CRISIS DEL ESTADO, CONTEXTO Y PACTO POLÍTICO

A partir de 2000, después de la denominada “guerra del agua” que tuvo como epicentro la ciudad de Cochabamba, se produce la ruptura de la hegemonía del sistema político y se pone de manifiesto el agotamiento del modelo de desarrollo neoliberal y del régimen de “democracia pactada”.

A su vez, las constantes movilizaciones sociales configuran un escenario de conflictividad social y política que expresan profundas fracturas del Estado boliviano. Sin embargo, ¿cuáles fueron las causas que provocaron la crisis de Estado?

El modelo neoliberal se caracterizó por incorporar orgánicamente los sectores estratégicos de la economía nacional al capital transnacional y por concebir como principal agente económico al inversor externo. Los resultados, sin embargo, fueron deficitarios; extranjerización del excedente económico, debilitamiento de la soberanía nacional, mayores brechas de desigualdad, fragmentación social, terciarización de las relaciones laborales, sobrecorporativización política.

Antes de la capitalización o privatización de las empresas del Estado, los ingresos que éstas generaban cubrían 70% de los gastos públicos.

Después de la capitalización, sus aportes se reducen significativamente. El análisis del presupuesto público ejecutado en la gestión 2003 nos permite observar que los ingresos fiscales derivados de las transferencias de las empresas capitalizadas apenas representan 11% del total, de los cuales las empresas petroleras sólo transfieren 5.9%. Los otros ingresos provienen en un 34% de préstamos internos y externos, 6% donaciones, 34% impuestos pagados por la población y 15% otros ingresos.¹

Nótese que los préstamos y donaciones constituían la fuente de ingresos fiscales más importante; 40% del total. Si bien Bolivia fue beneficiaria de los programas HIPIC o de condonación de deuda pública externa en favor de países altamente endeudados, el impacto de estas medidas no disminuyó la deuda, sino más bien modificó su estructura. En efecto, la deuda bilateral se redujo significativamente, empero, la deuda multilateral se incrementó notablemente. Del total de préstamos contraídos por el país, 92% representaban deuda multilateral y sólo 8% deuda bilateral.

Entre el incremento de la deuda multilateral y el debilitamiento de la soberanía nacional existe una relación directa. La aprobación de los préstamos estuvo acompañada por la imposición de medidas económicas de profundización de las políticas de libre mercado por parte de los organismos multilaterales: Banco Mundial (BM), Fondo Monetario Internacional (FMI), Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Sin embargo, no sólo la deuda externa se había incrementado, sino también la interna por la vía de las transferencias del fondo de capitalización individual al pago del Bonosol, que no alcanzaba a ser cubierto por el fondo de capitalización colectiva que debía recibir las utilidades de las empresas capitalizadas.

Consideración especial merece la renta petrolera que, de un total anual de utilidades estimado en 1.500 millones de dólares, apenas transfería al Tesoro General de la Nación 180 millones de dólares, extranjerizándose el excedente económico mediante la acreditación de utilidades de las empresas petroleras en sus países de origen.

A su vez, las empresas transnacionales priorizaron la inversión de capital constante antes que de capital variable, consiguientemente no crearon fuentes de empleo, lo que se sumó al cierre de las empresas estatales y al desmantelamiento de las manufacturas que operaban en torno suyo, profundizando los niveles de fragmentación social y terciarización de las

¹ Esta información ha sido extractada del libro *El proceso constituyente boliviano* correspondiente al autor.

relaciones laborales; 83% de la población económicamente activa se encontraba inmersa en actividades de economía informal.

El incremento de la terciarización laboral sumada a los altos niveles de desempleo y a la constante pérdida del valor adquisitivo salarial por los sistemáticos impuestos indirectos cobrados a la población, contrajeron la demanda e incrementaron el promedio de desigualdad social; alcanzando una relación de 1 a 170 frente al promedio latinoamericano de 1 a 60, lo que significa mayor concentración de la riqueza y de las oportunidades.

Los efectos políticos de la fragmentación de la sociedad traducen una sobrecorporativización de la acción colectiva, en la que los intereses gremiales y regionales suelen sobreponerse a los de alcance nacional, debido a la pérdida de visión de conjunto que caracteriza a las estructuras sociales atomizadas, más aún en estructuras económicas históricamente heterogéneas o en formaciones sociales abigarradas.

Por otra parte, el desarrollo de sistemas económicos distintos en una estructura económica heterogénea determina que los mismos coexistan en compartimentos estancos y se correlacionen en el mercado de intercambio de bienes, servicios y factores en condiciones asimétricas, ampliando las brechas de desigualdad social al promedio antes señalado.

En el área rural las condiciones de vida y trabajo son aún más adversas puesto que 90% de la población rural se encuentra en condiciones de pobreza en tanto que 60% en situación de pobreza extrema. Existe una relación directa entre los problemas que forman parte de la cuestión agraria y estos indicadores sociales. En efecto, la inequitativa estructura de tenencia de tierras sumada a las políticas de libre importación de productos agrícolas afectaron drásticamente a la economía indígena/campesina.

A partir de la Marcha indígena de tierras bajas por “Territorio y Dignidad” de 1990, se suscitan una serie de movilizaciones nacionales y locales demandando acceso a la tierra. Entre 1996 y 2006 los pueblos indígenas de tierras bajas protagonizaron ocho marchas exigiendo medidas jurídicas y políticas que viabilicen el reconocimiento de sus tierras comunitarias de origen (TCO). En la región andina y subandina, los bloqueos campesinos, particularmente el de septiembre de 2001, alcanzaron gran notoriedad e impacto, reafirmando la histórica lucha por tierra y territorio.

En estos mismos años emerge el Movimiento de los Sin Tierra (MST) desarrollando ocupaciones de predios abandonados en las provincias Gran Chaco de Tarija y en Obispo Santiesteban de Santa Cruz, derivando el primero en la masacre de Pananti en noviembre de 2001, en la que siete personas pierden la vida y otras 23 resultan heridas con proyectiles disparados por grupos armados que pretenden la expulsión de los campesinos. Los conflictos de tierras se agudizaban y extendían a diferentes regiones del país. De todos modos, tampoco lograban articularse plenamente a otras movilizaciones sociales, especialmente urbanas, en el mejor de los casos simplemente se sincronizaban.

Empero, ¿cómo es que este cuadro de fragmentación social y fractura política logra neutralizarse para la cohesión estatal? Al caracterizarse la población boliviana por su mayoría indígena y al haberse politizado la identidad etno-cultural, los indígenas utilizan esa condición para transversalizar todos los segmentos de la estructura social, logrando convertir su identidad en su principal capital político. La politización de la condición étnica o etnificación, permite articular la cuestión social o las contradicciones entre clases sociales con la cuestión nacional o las contradicciones etno-culturales.

Sin embargo, ¿cómo se produce la articulación entre movimientos sociales y clases medias urbanas? La sincronización de las acciones colectivas de los movimientos sociales logra articularse a la de las clases medias urbanas en el momento en que los primeros abanderan la defensa de los recursos naturales: agua, gas, tierra, etcétera. Recordemos que se trata de culturas ancestralmente ligadas a la tierra y al territorio, lo que coincide con el carácter de fuerza centrípeta que adquieren los recursos naturales para el conjunto de los bolivianos y las bolivianas.

Por su parte, actores cívico-regionales impulsan el reconocimiento de autonomías departamentales como expresión natural de dinámicas económicas y políticas que proyectan recomposiciones del poder político con base territorial, expresando a su vez otro de los problemas estructurales que afecta la cohesión estatal: la cuestión regional.

El cuadro anterior plantea la necesidad de transformaciones estructurales irreversibles en la estructura organizativa estatal y una redefinición de las reglas de convivencia colectiva. Con tal finalidad se convocó la Asamblea Constituyente y el Referéndum autonómico, eligiéndose constituyentes y consultando a la aprobación de autonomías de modo vinculante a la Asamblea Constituyente el 2 de julio de 2006.

El marco de estos eventos, fue la conjugación de tres factores a través de los cuales opera la transición a un nuevo sistema político y que han permitido preservar el régimen democrático: movilizaciones sociales y cívico-regionales, acuerdos políticos en niveles institucionales y consultas ciudadanas directas.

Los acuerdos fundamentales debían emerger de la Asamblea Constituyente, sin embargo el magno evento no arribó a consensos plenos por factores tales como: conversión de temas procedimentales en estrategia política, subalternización de temas de fondo a consignas políticas y, sobre todo, permanentes intentos de sectores conservadores radicales de hacer abortar y fracasar la Asamblea Constituyente, manipulando temas sensibles de confrontación regional como la demanda de “capitalía plena” y boicoteando los escenarios de concertación (Comisiones de la Constituyente, Coordinación Directiva/bancadas, Consejo Político Supra-partidario). Fracasados sus intentos abandonaron el evento constituyente para intentar su deslegitimación.

La aprobación del nuevo texto constitucional en el escenario de la Asamblea Constituyente, si bien representó un hecho político trascendente, sobre todo para el proyecto de cambio que implementa el MAS, no fue producto de un consenso pleno que por sí sólo garantice la pacificación del país y la estabilización del escenario político.

Las mayores contradicciones expresadas en el escenario nacional, en los últimos ocho años, tienen que ver con la defensa de los recursos naturales, la incorporación de los pueblos indígenas a la estructura estatal y la descentralización político-administrativa que efectivice la redistribución del poder político central hacia las regiones.

La nacionalización del gas y sus impactos positivos en la estabilización macroeconómica del país, la substancial mejora en la participación estatal en la renta petrolera y la generación de mecanismos redistributivos de participación en la riqueza, por parte de sectores altamente vulnerables, alcanzó tal legitimidad, que la medida jamás fue puesta en cuestión, resolviéndose, en lo fundamental, la pugna estatal por el control del excedente económico.

Sin embargo, la cuestión étnico-cultural y la problemática regional, se mantuvieron como dos fracturas estatales cuya resolución implica inevitablemente transformaciones en la estructura estatal, asociadas a una recomposición del poder político, tanto en términos funcionales como te-

ritoriales. Es decir, quedaba pendiente el rediseño institucional del Estado como requisito indispensable para mejorar substancialmente las condiciones de la democracia.

La reacción, frente a la aprobación del proyecto de Constitución Política del Estado (CPE) por parte de la Asamblea Constituyente, devino de las regiones y se expresó en la formulación de estatutos autonómicos con contenidos contradictorios al texto constitucional y en el impulso a la realización de referendos departamentales de facto, para la aprobación de los mismos. Estas iniciativas fueron promovidas por los Comités Cívicos y las prefecturas de los departamentos de Santa Cruz, Beni, Pando y Tarija.

Adicionalmente, la presión sucreña logró la convocatoria y realización de la elección de la máxima autoridad prefectural en el departamento de Chuquisaca, para substituir al renunciante Prefecto oficialista, que fuera rebasado por las movilizaciones por la “capitalía plena”, durante la realización de la Asamblea Constituyente.²

Los sectores conservadores, adversarios al proceso de cambio que vive el país, alcanzaron su mejor nivel de articulación y de avance territorial, bajo el liderazgo del Consejo Nacional de Defensa de la Democracia (Conalde).³ El protagonismo político de la oposición se desplazó desde el Parlamento y la Asamblea Constituyente a las regiones, configurando la denominada “media luna ampliada”,⁴ incluyendo además al departamento de Chuquisaca.

² Esta movilización demandaba la restitución de la residencia de los poderes del Estado en la ciudad de Sucre, después de que una guerra civil de fines del siglo XIX (1898-1899), derivara en el traslado del Parlamento nacional y del Poder Ejecutivo a la ciudad de La Paz.

³ Espacio de articulación y coordinación de las prefecturas y comités cívicos de oposición que, además de contemplar a las entidades regionales de la denominada “media luna”, incorporaron al Comité Interinstitucional de Chuquisaca. Su denominación responde a la defensa del “orden constituido” frente al supuesto avasallamiento de la institucionalidad jurídica y política que representa el proceso de cambio.

⁴ La tesis política de la “media luna” fue acuñada por el movimiento político “Nación Camba”, expresión ultra conservadora que pone en cuestionamiento el devenir histórico común de las regiones de las tierras bajas de Bolivia (oriente, amazonía y chaco), en relación con la zona andina y subandina. Sostiene que se trata de una comunidad impuesta o que responde a un proceso de “colonización interna” de los collas sobre los cambas, es decir, de la población andina sobre la del oriente. Consiguientemente, relati-

La realización de los referendos para aprobar los estatutos autonómicos, sin embargo, no logró adhesión y reconocimiento internacional. Las advertencias del gobierno, en sentido de que se estaba acuñando un plan de división del país y el abandono de la institucionalidad constituida⁵ por parte de los impulsores de estas “consultas autónomas de facto”, motivaron la preocupación de la comunidad internacional en relación con la estabilidad política de la región, pronunciándose en contra de la validez de las mismas.

A su vez, la realización de las consultas, descubrió profundas contradicciones intraregionales, sobre todo en relación con las áreas rurales y periféricas urbanas, que ponían en cuestionamiento la legitimidad y sostenibilidad plena de la medida adoptada.⁶ En efecto, se manifestaron despliegues significativos que activaron dispositivos propios en contra de las consultas. Se concretaron en importantes niveles de abstención y boicot electoral.⁷

De todas maneras, era indudable que las principales iniciativas políticas habían pasado a la oposición y que los liderazgos prefecturales y cívico-regionales cobraron gran protagonismo y relevancia en el escenario nacional. Al extremo que, la nacionalización de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Entel), decretada por el gobierno nacional el 10. de mayo de 2008, no alcanzó la repercusión e impacto que el oficialismo habría esperado.

Por su parte, el proyecto de CPE quedaba postergado indefinidamente, mientras que los constituyentes, prácticamente se encontraban en el limbo.⁸ La aprobación de la Ley de convocatoria al Referéndum dirimi-

viza la “comunidad de destino histórico” de ambos bloques regionales, reivindicando la existencia de una verdadera “nación cambia”, que se contrapone al mundo andino.

⁵ Las prefecturas y comités cívicos de Santa Cruz, Beni, Pando y Tarija llevaron adelante sus referéndum desconociendo la facultad del Parlamento para convocarlos y de la Corte Nacional Electoral para organizarlos.

⁶ Al igual que en el resto del país, en las tierras bajas se pone de manifiesto la heterogeneidad estructural, la multiculturalidad y el carácter multiorganizativo del país, por lo que no se puede pretender subsumir mecánicamente esta diferenciación interna, en torno a lógicas monoculturales y exclusivamente modernas.

⁷ Si se compara el voto afirmativo del referéndum del 2 de julio de 2006 con el del 4 de mayo de 2008, en el departamento de Santa Cruz, considerando los sufragios válidos en relación con el padrón electoral, el resultado del 80% en favor de los estatutos, disminuye sólo al 51%.

⁸ De acuerdo a la ley de ampliación del plazo para la conclusión de la Asamblea Constituyente aprobada por el Congreso Nacional en agosto de 2007, los constituyentes

torio del artículo 398 de la CPE, relativo a la superficie máxima de la propiedad agraria y, simultáneamente, del referéndum aprobatorio del contenido del nuevo texto constitucional, forzada desde el escenario congresal a fines de febrero de 2008, fue prácticamente desbaratada por la Corte Nacional Electoral, ante el inminente riesgo de fractura institucional del organismo electoral.

A su vez, los dos intentos de diálogo nacional, tanto en febrero como en julio de 2008, se frustraron ante la evidente falta de voluntad política de los representantes de la oposición, que no aportaban a la concertación en un contexto en el que la iniciativa y el protagonismo político les correspondía. A esto se sumaba la pérdida de confianza mutua entre los actores del sistema político.

Los avances de la oposición, sin embargo, quedaban contrastados con la inesperada convocatoria, desde el Senado nacional, a un referéndum revocatorio del mandato presidencial y de los prefectos de departamento, cuya iniciativa había correspondido al oficialismo ocho meses antes y en un contexto absolutamente distinto.

La medida fue recibida con beneplácito por el oficialismo que, hasta ese momento, no había reaccionado con contundencia, frente a las acciones de la oposición. Estaba claro que para el MAS, dilucidar las contradicciones en un escenario de consulta a la población en las urnas, resultaba un “buen negocio” y la posibilidad de retomar la iniciativa política en un diagrama de correlación de fuerzas sociales substancialmente más favorable. El escrutinio oficial de los resultados electorales ha arrojado los siguientes datos:

estaban impedidos de trabajar formalmente hasta la realización de los Referéndum dirimitorio y aprobatorio de la nueva CPE, cuyos resultados debían incorporar en una última sesión plenaria.

CUADRO 1
PRESIDENTE Y VICEPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

<i>Votos</i>	<i>Sí</i>	<i>No</i>
País	67.41%	32.59%
Chuquisaca	53.88%	46.12%
La Paz	83.27%	16.73%
Cochabamba	70.90%	29.10%
Oruro	83%	17%
Potosí	84.87%	15.13%
Tarija	49.83%	50.17%
Santa Cruz	40.75%	59.25%
Beni	43.72%	56.28%
Pando	52.50%	47.50%

FUENTE: Corte Nacional Electoral

En el cuadro se observa que 67.4 % de la población consultada a nivel nacional aprobó la continuidad del presidente y vicepresidente de la República, con promedios entre 83 y 85% en los departamentos de La Paz, Oruro y Potosí; más del 70% en Cochabamba, alrededor del 53% en Chuquisaca y Pando, y entre el 41 y 50% en Santa Cruz, Beni y Tarija.

Los resultados por la continuidad de Evo Morales fueron ampliamente favorables. Si comparamos estos resultados con los correspondientes a las elecciones nacionales de diciembre de 2005, la población que se volcó en favor del MAS se incrementó en un 14%, lo que es realmente significativo. Más allá de la región andina y subandina, el MAS superó el 50% de los votos en los departamentos de Chuquisaca y Pando. Por su parte, en los departamentos de Santa Cruz, Beni y Tarija alcanzó un apoyo superior al 40% de la votación.

En relación con la continuidad de los prefectos de departamento, los resultados fueron los siguientes:

CUADRO 2
PREFECTOS DE DEPARTAMENTO

<i>Votos</i>	<i>Sí</i>	<i>No</i>
La Paz	35.48%	64.52%
Cochabamba	35.19%	64.21%
Oruro	50.86%	49.14%
Potosí	79.08%	20.92%
Tarija	53.06%	41.94%
Santa Cruz	66.43%	33.57%
Beni	64.25%	25.75%
Pando	56.21%	43.79%

FUENTE: Corte Nacional Electoral

Excluyendo el caso de Chuquisaca por el adelanto de las elecciones para Prefecto debido a la renuncia del oficialista David Sánchez, los otros prefectos oficialistas en Oruro y Potosí fueron ratificados. Las autoridades departamentales de Cochabamba y La Paz, opositoras al gobierno y al proceso de cambio, fueron revocadas, imprimiendo otra derrota para la oposición. En Pando y Tarija la ratificación de los prefectos fue producto de votaciones que superaron sin mucha contundencia el 50% de los votos; 56% y 53% respectivamente. Sólo en Santa Cruz y Beni los prefectos lograron votaciones incuestionables; 66 y 64% respectivamente.

El mismo 10 de agosto en horas de la noche el presidente Morales convocó a los prefectos a dialogar, manifestando la necesidad de compatibilizar el Proyecto de CPE con las propuestas de estatutos autonómicos de las regiones, de tal manera de hacer converger las dos agendas en disputa. El intento de instalación del diálogo se produjo el 13 de agosto en Palacio de gobierno, aunque sin mayor voluntad política para materializarlo.

En las siguientes semanas las movilizaciones regionales por la restitución del porcentaje del impuesto directo a los hidrocarburos IDH, que les fuera disminuido por el gobierno central para sostener el pago de una renta en favor de personas de la tercera edad, sumada a la convocatoria a

referéndum dirimitorio y constituyente, además de la elección de consejeros departamentales, subprefectos y prefectos revocados, mediante decreto supremo del 29 de agosto, parecían echar por tierra cualquier iniciativa de diálogo y concertación. El 10. septiembre la Corte Nacional Electoral, mediante resolución de sala plena, ha decidido no llevar adelante ninguna consulta popular ni elección de autoridades ni representantes, en tanto estas convocatorias no emanen del Congreso nacional.

La violencia que adquirieron las movilizaciones en las tierras bajas parecía sepultar cualquier salida pacífica frente al conflicto. La segunda semana de septiembre fue la que alcanzó mayor complejidad. Las tomas violentas de instituciones públicas, atentados contra domicilios particulares de opositores y sedes de organizaciones sociales, agresiones contra personas, un grave atentado terrorista contra el ducto de gas ubicado en Vuelta Grande el 17 de septiembre. Lo más grave ocurrió, sin embargo, al día siguiente en la localidad de Porvenir a escasos 15 kilómetros de la ciudad de Cobija, en el departamento de Pando. Una masacre étnica perpetrada por grupos armados, provocó el asesinato de 18 personas, casi todas ellas de origen campesino-indígena.

Los resultados de la movilización fueron adversos, en última instancia, para los sectores conservadores. Las movilizaciones de la “media luna” terminaron en un fracaso para sus dirigentes debido a que no modificaron la correlación de fuerzas en favor de la oposición, tampoco lograron incorporar a gruesos sectores poblacionales en torno a sus acciones colectivas ni consiguieron paralizar la economía ni afectar la canasta familiar ni la economía popular.

En estas circunstancias, el presidente de la República convoca nuevamente a un Diálogo a los prefectos de departamento, siendo el prefecto de Tarija Mario Cossio, una bisagra con los prefectos de oposición. El 25 de septiembre se instaló el diálogo con los prefectos en condiciones en las que el gobierno nacional había sido contundentemente relegitimado en las urnas y los prefectos de oposición concluían movilizaciones fallidas. A su vez, los movimientos sociales, en reacción a los hechos sangrientos suscitados en el departamento de Pando desplegaron una masiva movilización que amenazaba ingresar a la ciudad de Santa Cruz.⁹

⁹ Desde cuatro puntos geográficos se desplazaron columnas indígenas y campesinas rumbo a la ciudad de Santa Cruz, totalizando más de 20 mil personas dispuestas a la toma física de la misma.

El diálogo se instaló con la presencia y veeduría de representantes de la comunidad internacional del más alto nivel, designados por Unasur, la OEA y la UE,¹⁰ además de los delegados de las Iglesias.¹¹ Se definió instalar dos mesas de trabajo; una para tratar el tema de las Autonomías y otra para el IDH, postergando los asuntos institucionales por no ser de interés directo de las representaciones regionales.

La Comisión de Autonomías y descentralización contó, además, con representantes del sistema municipal agrupados en torno a la Federación de Asociaciones Municipales (FAM). Se abordaron los siguientes temas relevantes: alcances de las autonomías, tipos de autonomías, igualdad jerárquica de las autonomías, potestad legislativa, alcances de la Ley Marco de Autonomías y Descentralización, carácter y ubicación dentro de la prelación del ordenamiento jurídico de los estatutos autonómicos y cartas orgánicas municipales, competencias y materias competenciales, matriz de asignación competencial.

Los avances técnicos a los que se había arribado con los representantes de las prefecturas y del sistema municipal antes del abandono unilateral de los delegados de las prefecturas de oposición, superaban 80% de los contenidos relativos al capítulo de autonomías de la nueva CPE. Estos consensos fueron registrados en actas suscritas por todos los delegados prefecturales, del sistema municipal, diputados, senadores y autoridades acreditadas por el gobierno central. El documento que recoge los disensos y consensos registra el 1o. de octubre de 2008.

Posteriormente, a iniciativa del presidente de la República, se convocó a los presidentes de las Cámaras parlamentarias, jefes de bancadas de los partidos políticos con representación parlamentaria, a efectos de iniciar un segundo proceso de concertación, en el escenario congresal, para consensuar nuevas modificaciones al proyecto de CPE y garantizar la convocatoria al referéndum dirimitorio del artículo 398 relativo a la superficie máxima de la propiedad agraria y al referéndum aprobatorio de la nueva CPE.

La oposición había consensuado una agenda de 12 tópicos para ser debatida con el oficialismo, destacando los siguientes temas: restitución de las categorías de nación y nacionalidad boliviana, la forma republicana

¹⁰ Unasur es la Unión de Naciones del Sur, OEA es la Organización de Estados Americanos y la UE es la Unión Europea.

¹¹ Las Iglesias invitadas fueron la católica, la adventista y la evangélica.

de gobierno, la libertad de expresión y comunicación, el diseño de los órganos del poder del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Electoral), autonomías y descentralización, control social, garantías constitucionales, propiedad privada, educación, aspectos inherentes al modelo económico, sistema de gestión de los recursos naturales, tierra y territorio, procedimiento de reforma parcial de la CPE, disposiciones transitorias, finales, abrogatorias y derogatorias.

Una vez que se incorporaron las sugerencias de la oposición que, en lo fundamental, cualificaron el texto constitucional e hicieron converger las dos visiones de país, se materializó el pacto político nacional con el acompañamiento y testimonio de los veedores internacionales y de las Iglesias, el beneplácito de decenas de personas que coadyuvaron en la generación de los acuerdos y la algarabía de millones de bolivianos y bolivianas en las distintas regiones del país. La emoción indescriptible hizo presa del propio presidente de la República, quien promulgó la ley de convocatoria a los referéndum dirimitorio y aprobatorio de la nueva CPE bajo la mirada y al son de los vítores, lágrimas y manifestaciones de alegría de los impulsores, protagonistas y principales destinatarios de la carta fundamental: marchistas de los movimientos sociales de indígenas, campesinos, originarios y afrobolivianos.

El referéndum para consultar la aprobación de la Constitución y la dirimición de la superficie máxima de la propiedad agraria fue convocado y se llevó a efecto en fecha 25 de enero del presente año. Los resultados oficiales del referéndum constituyente fueron los siguientes (véase el cuadro de la página siguiente):

CUADRO 3
REFERÉNDUM CONSTITUYENTE 2009

<i>Departamento</i>	<i>Urbano</i>		<i>Rural</i>		<i>Total</i>	
	<i>SÍ</i>	<i>NO</i>	<i>SÍ</i>	<i>NO</i>	<i>SÍ</i>	<i>NO</i>
Chuquisaca	36.726	72.000	55.343	14.555	92.069	86.555
La Paz	595.481	226.333	290.596	21.839	886.077	248.172
Cochabamba	117.667	132.691	284.170	84.578	401.837	217.269
Oruro	80.501	40.294	48.410	5.767	128.911	46.061
Potosí	49.117	28.866	141.400	18.554	190.517	47.420
Tarija	24.778	48.825	38.976	34.534	63.754	83.359
Santa Cruz	155.048	356.490	101.530	125.254	256.578	481.744
Beni	10.397	26.345	23.854	44.255	34.241	70.600
Pando	7.239	11.287	3.164	3.708	10.403	14.995
Total	1.076.954	943.131	987.443	353.044	2.064.397	1.296.175
Total	2.020.085		1.340.487			
Porcentaje	660.11%		339.89%			

FUENTE: Corte Nacional Electoral, 2009

El 60.11% de los votantes aprobaron la CPE frente al 39.89% que se pronunciaron en contra de su texto. A nivel de departamentos el SI se impuso en Chuquisaca, La Paz, Cochabamba, Oruro y Potosí. El no, por su parte, fue mayoritario en Santa Cruz, Beni, Pando y Tarija. Con relación a la votación por áreas urbanas y rurales, tenemos que en las áreas urbanas de La Paz, Oruro y Potosí los resultados fueron favorables al sí, en tanto que en los casos de Cochabamba, Sucre, Tarija, Santa Cruz, Beni y Pando se impuso el *no*. A nivel rural, el SI fue mayoritario en Chuquisaca, La Paz, Cochabamba, Oruro, Potosí y Tarija.

De la información anterior se desprende la gran legitimidad de la nueva CPE, reproduciendo un escenario hegemónico en favor del oficialismo en los departamentos de la región andina y subandina del país, en tanto que, manifestando la necesidad de nuevos acuerdos con los departamentos de las tierras bajas. Además de expresar la necesidad de desarrollar pactos territoriales al interior de estas regiones, dada la división ciudadana expresa, manifestada en el comportamiento electoral en estas regiones del país.

Aprobada la nueva CPE, se plantea el mayor desafío del proceso constituyente boliviano, la implementación de un diseño institucional distinto y de la materialización de los derechos reconocidos en favor de la población, sobre todo aquellos de naturaleza colectiva. En relación con este último aspecto, la efectivización de los derechos, en la mayoría de los casos, requiere solamente de iniciativas desde el órgano ejecutivo, puesto que la Declaración de derechos tiene como una de sus principales garantías, la no sujeción a reglamentación previa.

Sobre el diseño institucional de la nueva estructura organizativa del Estado, la implementación de las autonomías representa el mayor desafío. Sobre este tópico se plantean las siguientes dificultades y oportunidades:

- Los comités cívicos y prefecturas de oposición rechazan la nueva Constitución Política del Estado a cuyos contenidos deberían sujetar sus Estatutos autonómicos.
- En materia de tierra y territorio se mantienen las profundas divergencias entre la nueva CPE y los Estatutos autonómicos de Santa Cruz y Beni.
- No existe una instancia legítima en el nivel departamental que tenga potestad para modificar los Estatutos autonómicos.

- En la práctica no está funcionando el órgano de control de constitucionalidad que verifique que las adecuaciones estatutarias se enmarquen en el texto constitucional.
- No existe la posibilidad de implementar inmediatamente las autonomías puesto que el órgano legislativo departamental recién se elegirían en abril del 2010.
- En la Ley Electoral existe la posibilidad de incorporar un Referéndum para que los departamentos de la región andina y subandina reconsideren su acceso a la autonomía.
- Esta misma consulta podría someter a decisión de la población de estos departamentos un proyecto de estatuto autonómico.
- Este mismo evento de consulta ciudadana incorporaría consultas para el acceso a la autonomía indígena originario campesino para aquellas naciones y pueblos de esta naturaleza, a condición de que sus entidades territoriales no trasciendan límites político-administrativos.
- Se incorporaría, a iniciativa de los municipios de Tapacarí, Villamontes y Yacuiba, la consulta para el reconocimiento de autonomía regional para esta región del chaco, pudiendo incorporarse en las mismas condiciones, las provincias Luis Calvo y Hernando Siles del departamento de Chuquisaca y Cordillera del departamento de Santa Cruz.
- Asimismo, representa una importante oportunidad la constitución y consolidación del Consejo Nacional de Autonomías y Descentralización como escenario de concertación de iniciativas y normas jurídicas y técnicas necesarias para la implementación de las autonomías, sobre todo, un Régimen de transición que incluya procedimientos para la elaboración de estatutos autonómicos y transferencia de competencias, además de establecer mecanismos de coordinación entre el nivel central y las entidades autónomas y descentralizadas subnacionales y los criterios para avanzar hacia un pacto fiscal que configure el régimen económico de las autonomías.
- En definitiva, avanzar en la implementación de las autonomías supone desarrollar los máximos esfuerzos de concertación y proyectar, en este marco, los instrumentos normativos y técnicos de transición, así como la consulta a las poblaciones departamentales de La Paz, Chuquisaca, Cochabamba, Oruro y Potosí, además de las poblaciones in-

dígenas y de la región del chaco, a fin de sincronizar los ritmos de acceso a las autonomías.

II. LOS PRINCIPALES CONTENIDOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

1. *Modelo de Estado*

Es la forma y principios que adopta un país para la organización de su estructura estatal y para la convivencia de sus habitantes. En la nueva Constitución se presenta la siguiente definición acerca del modelo de Estado: "...Unitario, Social de Derecho, Plurinacional Comunitario, descentralizado y con autonomías..." (artículo 1o.).

El modelo de Estado en la nueva Constitución hace converger tres ámbitos de la realidad social del país: la liberal, la comunitaria y la regional. El Estado se reafirma como Unitario, es decir, con un sólo centro de poder político en contraposición al modelo federal que reconoce varios Estados formando una Federación de Estados.

Además se declara social de derecho, o sea acoge la forma funcional liberal del poder público (democracia, división de poderes, sufragio universal, etcétera) priorizando los intereses colectivos antes que los individuales.

Plurinacional comunitario porque admite su naturaleza multicultural, es decir que reconoce varias naciones, donde Bolivia es la nación mayor en la que convergen las naciones indígenas u originarias articuladas con base en su identidad cultural.

Finalmente asume la descentralización y autonomías como fundamento de distribución del poder público con base territorial, en perspectiva de lograr una adecuada articulación entre la estructura del Estado y los pueblos indígenas y las regiones (departamentos, provincias, municipios).

En la anterior Constitución se define al Estado como unitario, multiétnico y pluricultural. El nuevo texto ratifica el carácter unitario y sustituye lo multiétnico por lo plurinacional, ya que los indígenas no son solamente etnias, si no que se asumen como naciones indígenas. El Estado aplicaba lo multiétnico sólo al respeto de la diversidad folklórica, dejando sin efecto la multiculturalidad en la organización estatal.

Las sociedades contemporáneas están estructuradas en torno a una heterogeneidad cultural que puede dar lugar a la constitución de un Estado plurinacional o de un Estado multiétnico. Los Estados plurinacionales o multinacionales son unidades políticas centralizadas que ejercen coerción en más de una “nación” al mismo tiempo (Sosa en Romero, 2007: 23).

El Estado plurinacional surge en contraposición al Estado-nación. Es producto de conquistas, invasiones y anexiones a naciones más poderosas. En el caso de los Estados multiétnicos, en cambio, la diversidad etnocultural es un fenómeno demográfico que proviene de la inmigración de individuos y/o familias. Un Estado, al mismo tiempo, puede ser plurinacional y multiétnico. Esta situación se presenta por la existencia de dos o más naciones en un mismo sistema estatal de coerción y por la existencia de dos o más etnias dentro del mismo aparato estatal (*idem*).

El devenir de las etnicidades,¹² según García Linera, puede asumir varias trayectorias. Algunas pueden dar lugar a naciones con Estado como los ingleses; pueden formar parte de un Estado multinacional que les reconoce como nacionalidad confederada (la antigua Yugoslavia), pueden existir como minorías o mayorías sin presencia institucional en los Estados coloniales o pueden mantenerse en medio de un rechazo a su existencia, como los Kurdos en Turquía (2005: 22).

Una nación es el resultado de la agregación política de muchas etnicidades. La nación es la unidad de idioma, territorio, cultura y economía; es decir, es una forma de producir “lo común”, por eso a veces se la confunde con el Estado, que se refiere más bien a la gestión del bien común (*ibidem*: 34). Cuando la construcción y gestión de lo común se funda en la convergencia de una pluralidad derivada del multiculturalismo que reconoce diversidades lingüísticas y culturales, estamos frente a un Estado plurinacional.

El pluralismo se desarrolla a partir de la problematización o politización de las diferencias (Tapia, 2002: 75). Esta problematización de las diferencias derivada en pluralismo expresa la fragmentación del poder social en una multiplicidad organizada configurando un régimen político que reconoce derechos de organización, opinión y participación (Dahl en Tapia, *ibidem*: 76). Esto significa reconocer una pluralidad de organizaciones sociales respetando su autonomía en una cohabitación entre la or-

¹² La etnicidad es una colectividad cohesionada a partir de atributos culturales compartidos y de la creencia en una historia arraigada en una ascendencia común.

ganización estatal y social, de donde se construye la categoría de pluralismo democrático, sin embargo, esta problematización no se reduce sólo a eso, además se debe considerar si la pluralidad puede efectivizarse en un pacto entre equivalentes o no.

De donde se desprenden multiniveles simétricos o asimétricos. Un pacto entre equivalentes configura un sistema pluralista simétrico. Por el contrario, si la agregación política no se da entre equivalentes estamos frente a un pacto asimétrico. La simetría se refiere a la medida en que las unidades que componen una estructura mayor participan en las condiciones y percepciones comunes al conjunto del sistema. La asimetría, por su parte, expresa la medida en que las unidades de una estructura no comparten las características comunes (Romero, 2007: 24).

Un sistema simétrico ideal aplicado a la organización estatal se compondría de unidades políticas constituidas por territorios y poblaciones iguales con características económicas, condiciones climáticas, grupos sociales e instituciones políticas semejantes. El sistema asimétrico ideal, por el contrario, se compondría por entidades políticas que corresponderían a diferencias de interés, carácter y composición, existentes al interior de una sociedad (Tarlton, en Romero, *op. cit.*: 24). Según Livingston, el modelo asimétrico permite a las diversidades encontrar expresiones políticas a través de gobiernos locales con diversos grados de autonomía y poder (*idem*).

La asimetría como reconocimiento de los caracteres diferenciales de las unidades del sistema y como objetivo de adecuación de la estructura estatal a una realidad caracterizada por la existencia de naciones y nacionalidades con voluntad de autogobierno, puede ser perfectamente funcional a la constitución de un Estado plurinacional. Conectar la organización jurídico-política del Estado y la cuestión nacional plantea el tema de la asimetría en sociedades plurinacionales (Jeremy Webber, Stéphan Dione, Eric Fossas, 1999). Según Lavaud, la asimetría se erige en Alemania en 1871, donde la dogmática iuspublicista acordó reconocer derechos particulares (jura singularia) a ciertos Estados (Baviera y Prusia) en relación con el conjunto (Fossas, 1999: 281).

En “sociedades diferenciadas”, aquellas donde existen unidades con carácter nacional al lado de otras unidades que no tienen ese carácter, existen muchas dificultades para construir estructuras estables. En el caso de Bélgica se constata la divergencia de inclinaciones políticas de

Flandes (comunitarización cultural) y Valonia (regionalización económica). En el caso de Canadá la contradicción se presenta entre la demanda de mayor autonomía de Québec y de reforzamiento del Estado federal expresada por las demás provincias. En el caso de España en la contraposición entre el nacionalismo vasco y catalán con las demás comunidades autónomas.

La conexión de asimetría y plurinacionalidad contrapone diferentes lógicas para construir identidad política, es decir, la forma en que los ciudadanos conciben su pertenencia a una comunidad sobre la cual se construyen instituciones políticas. En este caso las minorías no reivindican la defensa de una comunidad política culturalmente diversa, sino más bien, la existencia de diversas comunidades políticas, cada una con derecho de autogobierno (*ibidem* 290 y 291).

En el caso de nuestro país la construcción plurinacional se funda en la pre-existencia de indígenas que, en su calidad de sujetos colectivos se asumen como naciones indígenas articuladas en torno a identidades culturales compartidas. La principal proyección se refiere a una comunidad política pluralista flexible con multiniveles asimétricos en la que se reconoce autonomía indígena con base en sus derechos históricos.

Dada la existencia pre-colonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derechos a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley (artículo 2o.).

El reconocimiento de la pre-existencia de los pueblos indígenas en relación con la nación boliviana, tiene dos utilidades prácticas: por un lado, reafirma su condición de colectividades (pueblos o naciones), lo que les otorga derechos colectivos (territoriales, culturales y de libre determinación); por otro lado, asigna a estos derechos carácter histórico aunque no con alcances de reconstitución de sus territorialidades originarias.

Asimismo hace equivaler la libre determinación de los pueblos a la autonomía indígena, en el marco de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, con lo que desaparece la amenaza de la autodeterminación con alcances similares a los reconocidos para los Estados en el derecho internacional público.

2. Sistema de gobierno

Es el conjunto de instituciones a través de las cuales opera el poder político del Estado, relacionando a los gobernantes con los gobernados. Se refiere éste a la manera o modalidad de organización del ejercicio del poder público. La forma de gobierno tiene relación con la modalidad que adoptan los órganos directivos, que formulan, expresan y realizan la voluntad del Estado (Borja en Fernández, *op. cit.*: 25).

Según Loewenstein el tipo de gobierno concretiza el régimen político. A su vez, el sistema político abarca una serie de tipos de gobierno unidos por la identidad de una ideología (doctrina política) y las instituciones que le son correspondientes (división de poderes, control parlamentario, representación popular). De ahí que define el tipo de gobierno como la concreta formación de las instituciones del sistema político en una determinada sociedad estatal (en Planas, s/f: 45). Los sistemas de gobierno más conocidos son la democracia directa y la indirecta o mixta.

A propósito del sistema de gobierno el proyecto de nueva Constitución establece:

I. El Estado adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres.

II. La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley:

1. Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la Asamblea, el cabildo y la consulta previa, entre otros. Las Asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo.

2. Representativa, por medio de elección de representantes por voto universal, directo y secreto, entre otros.

Comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otras (artículo 11).

Tradicionalmente nuestro sistema de gobierno ha sido restringido a la democracia representativa, expresando además la lógica organizativa liberal, lo que derivó en un régimen monopolizado por los partidos políticos, restringiendo la participación ciudadana sólo al acto electoral.

El proyecto de nueva Constitución combina las instituciones políticas liberales con las indígenas originarias. Entre las primeras se da prioridad a las de participación ciudadana directa sobre las de decisión delegada (referendos, consultas previas y otros). Incorpora también el reconocimiento de la democracia comunitaria que se caracteriza por la adopción de decisiones consensuadas, amplia deliberación, autoridades propias, participación directa, rotación de cargos.

La compatibilidad entre la elección por sufragio universal y la elección por procedimientos tradicionales en pueblos indígenas opera aún antes de la puesta en vigencia de la nueva Constitución. Actualmente los pueblos indígenas han desarrollado sus propios sistemas políticos comunitarios traducidos en la designación de autoridades tradicionales con una serie de competencias de gobierno interno.

En la nueva Constitución se reconocen expresamente estos sistemas políticos en proyección a la conformación de nuevas entidades gubernativas, particularmente referidas al proceso autonómico donde se prevé que la elección de representantes indígenas por procedimientos propios se desarrollará en las autonomías indígenas y que también se debería producir en los órganos deliberativos y normativos departamentales. Esta clase de construcción de representación política ha sido proyectada para las tierras bajas del país, aplicando los criterios doctrinales de los multi-niveles asimétricos gubernativos, dada la condición de minorías poblacionales dispersas que caracteriza a estos pueblos.

En relación con el órgano legislativo nacional (Asamblea Legislativa Plurinacional), el proyecto de la nueva Constitución establece la siguiente normativa:

I. En la elección de assembleístas se garantizará la participación proporcional de las naciones y pueblos indígena originario campesino.

II. La ley determinará las circunscripciones especiales indígenas originario campesina, donde no deberán ser considerados como criterios condicionales la densidad poblacional, los límites departamentales ni la continuidad geográfica (artículo 147).

La regla general es que se eligen representantes poblacionales y departamentales por sufragio universal y directo (véase artículo 146-I). Si bien se prevé proporcionalidad de representantes indígenas se refiere a la composición de candidaturas en listas electorales. Por su parte, las circunscrip-

ciones especiales que contemplen criterios de unidad sociocultural para la elección de representantes, proyectan la redefinición de jurisdicciones electorales especialmente en tierras bajas tomando en cuenta a las unidades culturales de esas regiones a fin de mejorar la posibilidad de los pueblos indígenas del oriente para acceder a la representación legislativa.

3. Carta de derechos, deberes y garantías constitucionales

Los derechos son facultades o atribuciones reconocidas a las personas individuales y colectivas, derivadas de su condición natural de seres humanos y colectividades. Los deberes, por su parte, son obligaciones impuestas a los individuos y colectividades que derivan de las necesidades emergentes de la vida en sociedad. Las garantías, finalmente, son instrumentos dirigidos a restituir la vigencia de derechos que se encuentran restringidos o vulnerados y salvaguardar aquellos que se encuentran amenazados.

En las Constituciones políticas se recogen las distintas generaciones de derechos humanos considerados fundamentales porque se dirigen a garantizar la existencia y desarrollo de los individuos y las colectividades en función de atributos naturales que no pueden ser restringidos por ninguna persona ni por alguna expresión de poder. Podemos definir a los derechos humanos como las facultades reconocidas jurídicamente a los individuos y colectividades, dirigidas a garantizar su desarrollo integral en condiciones de igualdad, libertad, equidad, participación, identidad y dignidad (Romero, 2005: 314).

Tomando en cuenta distintos momentos en la historia de la humanidad en que se reconocieron, en el ámbito de la comunidad internacional, los derechos humanos se clasifican en tres generaciones: derechos civiles y políticos o derechos de primera generación; derechos económicos, sociales y culturales o derechos de segunda generación, y derechos de las colectividades o derechos de tercera generación.

Los derechos de primera generación se inspiran en los valores de libertad, igualdad y seguridad. Los derechos de segunda generación son propios del constitucionalismo social, apuntan a la cuestión social, protegen a la familia, a los trabajadores y a los gremios, sus valores protegidos son la igualdad y solidaridad. Los derechos de tercera generación se refieren a los pueblos, la ecología, los usuarios, los consumidores y la

competencia; los valores protegidos son las colectividades y la dignidad humana (De Ruiz, en Romero, 2006: 28).

La comunidad internacional ha reconocido tres generaciones de derechos humanos; individuales (civiles y políticos), colectivos de ejercicio individual (económicos, sociales y culturales) y colectivos de ejercicio colectivo (ambientales y de pueblos indígenas). La nueva Constitución ha recogido en su Declaración de Derechos las tres generaciones de derechos humanos, los mismos que tienen alcance universal.

CUADRO 4

<i>Tipo de derechos</i>	<i>Contenidos</i>
Derechos fundamentales	A la vida; integridad física, psicológica y sexual (se prohíbe las torturas, tratos crueles, violencia doméstica); al agua y alimentación (seguridad alimentaria); a la educación (universal para todos); salud (universal sin exclusiones); hábitat y vivienda; a los servicios básicos (agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones).
Derechos civiles	Autoidentificación cultural; intimidad, honor y dignidad; libertad de pensamiento, espiritualidad, religión y culto; libertad de reunión y asociación; petición individual o colectiva; inviolabilidad de domicilio y secreto de comunicaciones privadas; acceso a la información y comunicación; a expresar y difundir libremente pensamiento u opiniones; libertad de residencia, permanencia y circulación en todo el territorio.

<i>Tipo de derechos</i>	<i>Contenidos</i>
Derechos políticos	Participar en la formación, ejercicio y control del poder político directamente o a través de sus representantes (sufragar, elegir, ser consultado, etcétera).
Derechos de las naciones, pueblos indígenas, originarios y campesinos	A su identidad cultural; a existir libremente; a su territorialidad; libre determinación; protección de sus saberes tradicionales; a que sus instituciones formen parte de la estructura del Estado; a su hábitat (territorios); educación (regular, alternativa, especial y superior, está compuesta por instituciones educativas fiscales, privadas y de convenio. Tiene carácter intra-intercultural y bilingüe, obligatoria hasta el bachillerato, la educación fiscal es gratuita en todos sus niveles. Se garantiza autonomías universitarias y las universidades privadas); salud; consulta; participación; reproducción de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos.
Derechos ambientales	A gozar de un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado.

<i>Tipo de derechos</i>	<i>Contenidos</i>
Derechos económicos, sociales y culturales	Salud y a la seguridad social (calidad de vida, bienestar, seguro universal y acceso a servicios públicos); medicina tradicional(medicamentos naturales); trabajo y empleo (en condiciones de dignidad, seguridad industrial, higiene, estabilidad laboral, salario justo, no discriminación); propiedad privada (individual o colectiva, garantizando la sucesión hereditaria); derecho de la niñez, adolescencia y juventud (al desarrollo integral, a crecer en el seno de una familia, a la identidad, a recibir servicios, a la formación integral); familias (en las que todos los integrantes tienen igualdad de derechos, obligaciones y oportunidades); adultos mayores (vejez digna, renta vitalicia, protección, recreación, descanso); personas con discapacidad (protección familiar y estatal, educación y salud, comunicación con lenguaje alternativo, condiciones laborales, no discriminación); personas privadas de su libertad (respeto a su dignidad, a comunicarse con su defensor y personas allegadas, a trabajar y estudiar en centros penitenciarios); derechos de usuarios y consumidores (suministro de alimentos, medicamentos y productos de calidad, información sobre los contenidos de los productos y características de los servicios).

FUENTE: Constitución, artículos 21 a 76

La nueva Constitución desarrolla de manera suficiente las distintas generaciones de derechos humanos (individuales y colectivos), jerarquizan-

do los derechos colectivos dándoles el mismo nivel que los individuales y estableciendo garantías para su implementación expresadas en políticas de Estado. A diferencia de la Constitución actual que sólo incorpora en la carta de derechos a los civiles y políticos, desarrollando parcialmente los derechos colectivos en regímenes especiales, delegando sus garantías a las leyes especiales.

Destaca también el reconocimiento integral de los derechos colectivos: ambientales, de usuarios y consumidores y de los pueblos indígenas y naciones originarias. Adicionalmente se reconocen derechos especiales: niñez, adolescencia, ancianidad, personas con discapacidad, personas con privación de libertad.

Los derechos reconocidos en la nueva Constitución tienen las siguientes características: son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. Inviolables significa que el Estado debe protegerlos y garantizarlos. Universales porque todos los bolivianos y todas las bolivianas gozamos de ellos sin discriminación alguna.

Interdependientes e indivisibles porque unos derechos dependen de otros, es decir están interconectados, por ejemplo el derecho a la vida se efectiviza si existen adecuadas condiciones de salud, para que existan estas condiciones debemos evitar los daños ambientales de alto impacto y así sucesivamente. Progresivos se prevé que a medida del desarrollo de la humanidad nuevos derechos van emergiendo según necesidades y estos serán reconocidos en la comunidad internacional y ampliarán gradualmente la presente Declaración de derechos.

Un aspecto novedoso de la declaración de derechos es la categoría de “derechos fundamentales”. Se la ha incorporado para destacar derechos que son indispensables para preservar la condición y dignidad humana, los mismos que pueden ser individuales (derecho a la vida) como colectivos (derecho a la educación y salud) frente a la tradición constitucional que tiende a ubicar entre los derechos fundamentales a aquellos de titularidad y ejercicio individual (civiles y políticos).

La declaración de derechos de la nueva Constitución establece con nitidez la relación jurídica entre la población y el Estado, en la que la primera representa al sujeto activo titular del derecho, mientras que el segundo es el sujeto pasivo que debe cumplir un deber u obligación; en algunas ocasiones la formulación del deber jurídico es genérica, en tanto que en otras disposiciones se encuentra más desarrollada. Como ejemplos destacamos:

La dignidad y libertad de las personas son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado (artículo 22).

Toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad física, psicológica y sexual. Nadie será torturado. Nadie será torturado, ni sufrirá tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillantes. No existe la pena de muerte (artículo 15-I).

I. Toda persona tiene derecho a un hábitat y vivienda adecuada que dignifiquen la vida familiar y comunitaria.

II. El Estado, en todos sus niveles de gobiernos, promoverá planes de vivienda de interés social, mediante sistemas adecuados de financiamiento, basándose en los principios de solidaridad y equidad. Estos planes se destinarán preferentemente a familias de escasos recursos, a grupos menos favorecidos y al área rural (artículo 19).

Incorpora, por otra parte, garantías constitucionales como instrumentos de defensa de los derechos cuando estos se encuentran amenazados o efectivamente han sido vulnerados. A diferencia de la anterior Constitución que definía garantías constitucionales sólo para los derechos individuales (*habeas corpus*, *habeas data*), la nueva carta magna establece garantías para accionar el respeto de los derechos colectivos; destaca la acción popular.

Las garantías jurisdiccionales están perfectamente desarrolladas en un capítulo específico; se refieren al principio de igualdad, la imprescriptibilidad de algunos delitos graves, la obligación de reparar, el debido proceso y otras. Asimismo se establecen acciones de defensa de los derechos tales como la acción de libertad, de amparo constitucional, de protección de privacidad, de inconstitucionalidad, de cumplimiento y la acción popular.

4. *Estructura del Estado*

La estructura del Estado es la organización, asignación de funciones, mecanismos de coordinación, herramientas de control a los órganos de poder de un Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). La organización o estructura de un Estado es funcional u horizontal y territorial o vertical.

Funcional porque divide las funciones de los órganos de poder: el ejecutivo implementa las políticas públicas; el Judicial administra justicia; el Le-

gislativo aprueba las leyes. Territorial es la distribución y ejercicio del poder en el conjunto del territorio: gobierno central, departamental, local.

La organización y definición de funciones, mecanismos de coordinación e instrumentos de control de los órganos del poder público que se encuentra más desarrollada es la que corresponde al liberalismo, pues en el sistema socialista se aplica más bien un régimen de asamblea. El pilar central del Estado de derecho liberal es la tesis de la división de poderes, teniendo en cuenta que uno de los objetivos de una Constitución es limitar el ejercicio del poder por parte de los gobernantes para equilibrar su relación con los gobernados y para resguardar la vigencia efectiva de los derechos de estos últimos.

La teoría de la división de poderes tuvo su origen en la época de la antigüedad, en Grecia. Aristóteles en “la Política” distinguía tres ramas en el Estado: deliberativa, de la magistratura o función administrativa y la judicial. En el siglo XVII John Locke propone la división en dos poderes: el Legislativo y el magistrado ejecutivo (Alvarado, en Romero: 30).

Sin embargo, fue Montesquieu quien desarrolló la teoría clásica de la división del poder público en tres órganos: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La tesis se sustenta en dos razonamientos centrales; por una parte, es necesario establecer límites al ejercicio del poder político, una concentración del poder derivaría inevitablemente en discrecionalidad. Por otra parte los derechos de las personas deben ejercitarse con el único límite establecido en la ley y que se orienta a regular las relaciones entre gobernantes y gobernados.

Siguiendo la tesis de Montesquieu, las funciones genéricas que corresponden a los órganos públicos son las de aprobar leyes (órgano legislativo), hacer cumplir las leyes y administrar los asuntos públicos (órgano ejecutivo), y administrar justicia resolviendo los conflictos entre las personas, y entre éstos y el Estado (órgano judicial).

Los tres órganos del Estado son independientes entre sí, es decir, de acuerdo a la concepción doctrinal, ninguno puede encontrarse sometido a los demás. Es por eso que cada uno de los órganos públicos tiene funciones específicas y diferentes, empero, deben gestionar sus asuntos en coordinación entre sí. De tal manera que la independencia y coordinación de órganos públicos constituye la base del sistema democrático y del Estado de derecho, es decir del ejercicio del poder político en estricta sujeción al ordenamiento jurídico vigente.

El sistema de controles mutuos consiste en el reconocimiento de facultades tendientes a lograr equilibrios o “pesos y contrapesos” en el funcionamiento de los órganos públicos, de tal manera que si los legisladores infringen la ley, el órgano judicial debe sancionarlos, en tanto que si la responsabilidad corresponde a las autoridades jurisdiccionales jerárquicas, debe ser el órgano legislativo el que los procese. Si la responsabilidad corresponde a los altos funcionarios del órgano ejecutivo, deben ser el legislativo y el judicial los encargados de conocer el caso.

La conjunción de variables relativas al modelo de Estado y sistema de gobierno determinará el carácter de la estructuración del poder público. Frente a la corriente liberal que se sustenta en la división de poderes, control parlamentario, representación y sufragio, tenemos las teorías que sostienen que la verdadera democracia corresponde al pueblo y la manera de ejercerla se da a través de un régimen de Asamblea al que se subordinan los órganos de poder constituido y donde se concentran las decisiones relativas a la implementación de las políticas públicas que se dirigen prioritariamente a la efectivización de los derechos colectivos. Las instituciones que configuran este sistema se concretan en el régimen de asamblea, intervención y planificación estatal, primacía de derechos colectivos.

CUADRO 5
ESTRUCTURA FUNCIONAL DEL ESTADO EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

<i>Órganos del poder público</i>	
<p><i>Órgano legislativo:</i> constituido por la Asamblea Legislativa Plurinacional, integrada por 166 asambleístas elegidos 36 en circunscripciones departamentales y 130 en circunscripciones plurinominales, uninominales y especiales. Sus potestades son legislativas y de fiscalización. No tienen inmunidad parlamentaria. Sus principales tareas son: legislar, aprobar nuevas unidades político administrativas (departamentos, provincias, etcétera), el plan de desarrollo, presupuesto, medidas económicas en caso de necesidad, leyes tributarias y crediticias, préstamos, contratos estatales, venta de bienes públicos, tratados internacionales, sistema monetario y de medidas, elige seis miembros del Consejo Electoral, preselecciona candidatos del Tribunal Constitucional, autoriza salida de tropas militares e ingreso y tránsito de fuerzas extranjeras.</p>	
<i>Órganos del poder público</i>	
<p><i>Órgano ejecutivo:</i> Integrado por el presidente(a), vicepresidente(a) y ministros de Estado. El presidente(a) y vicepresidente(a) son elegidos por mayoría absoluta de votos o por segunda vuelta. Tienen derecho a reelección consecutiva por una sola vez. El presidente y sus ministros ejecutan la administración pública y la política interior y exterior, la seguridad y defensa y el cumplimiento de las leyes. Las principales tareas del presidente son: promulgar y hacer cumplir las leyes, dictar decretos y resoluciones, hacer cumplir sentencias de tribunales, preservar la unidad del Estado, dirigir la política interior y exterior, la administración pública, administrar las rentas estatales, presentar al legislativo el plan de desarrollo, el presupuesto y los informes de gestión, nombrar al Contralor(a), presidente(a) del Banco Central, regulador de bancos, presidentes de entidades de función económica y social, su representante ante el órgano electoral, al procurador, ministros, comandantes de las Fuerzas Armadas y Policías, presidir el Servicio de Reforma Agraria. El vicepresidente preside la Asamblea Legislativa y articula al Legislativo y Ejecutivo.</p>	
<p><i>Órgano judicial:</i> Tribunal Constitucional.</p>	<p>Para el control de constitucionalidad. Está integrado por magistrados elegidos por voto.</p>
<p>Jurisdicción ordinaria: Integrada por un tribunal supremo con magistrados elegidos por voto.</p>	<p>Además, tiene sus respectivos tribunales departamentales.</p>

<p>Tribunal agroambiental como instancia especializada en materia agroambiental. La función disciplinaria y administrativa está a cargo de una entidad de Control administrativo de justicia.</p> <p>Se reconoce también el sistema jurídico indígena en el marco del pluralismo jurídico a condición de respetar la Constitución, las leyes y los derechos humanos.</p>	
<p><i>Órganos del poder público</i></p>	
Órgano Electoral	Tiene a su cargo administrar procesos electorales, consultas ciudadanas (referendos) y el registro civil.
<p><i>Órganos de control y defensa y seguridad</i></p>	
Contraloría General del Estado	Presidido por un Contralor elegido por la Asamblea legislativa con funciones de control fiscal.
Defensor del Pueblo	Se elige en Asamblea Legislativa vela por el cumplimiento de los derechos humanos y protege a la población frente a eventuales abusos de los servidores públicos.
Ministerio Público	Integrado por un Fiscal(a) General; fiscales departamentales, fiscales de materia y otros. Su función es defender la legalidad y los intereses generales de la sociedad. El Fiscal general es elegido por la Asamblea Legislativa. Procuraduría del Estado defiende los intereses patrimoniales y públicos del Estado.
Procuraduría del Estado	Defiende los intereses patrimoniales y públicos del Estado.

Control social	El pueblo participará en la toma de decisiones públicas y ejercerá control social a la gestión pública en todos los niveles del Estado. La sociedad civil establecerá sus propias normas y funcionamiento para cumplir estas funciones.
Fuerzas Armadas	Están constituidas por el Comando en jefe, ejército, fuerza aérea, armada. Su misión es defender la independencia y seguridad del Estado, el honor y soberanía del país, el imperio de la Constitución, la estabilidad del gobierno, y además participa en el desarrollo integral del país. El servicio militar es obligatorio.
Policía	Su misión es defender a la sociedad, conservar el orden público y el cumplimiento de las leyes en todo el territorio boliviano.

El principal problema de la estructura funcional del Estado ha sido la concentración del poder político que centralizaba las decisiones y la integración de los principales niveles de autoridad pública. Estas decisiones estaban a cargo del sistema político monopolizado por partidos políticos tradicionales que aprisionaron la participación ciudadana en los eventos electorales, abusando del régimen representativo, cohesionando el sistema político en torno a relaciones clientelares (“cuoteo de cargos públicos”).

La nueva estructura funcional, reafirma la concepción liberal traducida en la separación de los órganos de poder y en el diseño de nuevas instituciones con mayor compromiso de mandatos programáticos en relación con el pueblo, en correspondencia con un régimen político que refuerza la participación ciudadana frente al sistema democrático estrictamente representativo. El presidente y vicepresidente se eligen de manera directa (por voto popular), sin mediación del órgano legislativo, lo que vincula programáticamente a estas autoridades en relación con la población, y refuerza la independencia del Ejecutivo respecto del Legislativo.

De todas maneras el nuevo diseño constitucional prevé que muchas decisiones políticas fundamentales se adoptan en el órgano legislativo por mayoría absoluta de votos, lo que significa que el nuevo sistema político se cohesionará a partir de la mayoría política que, al mismo tiempo, controlará los órganos legislativo y ejecutivo. Dado el carácter de sociedad diferenciada de nuestro país, lo ideal sería proyectar un régimen político que concretice una democracia de consensos., sobre todo en la relación entre el gobierno central y los prefectos de departamento.

Si bien la integración de varias autoridades políticas se concentra en decisiones del Legislativo y Ejecutivo; órganos electores, regulación del sistema financiero, Defensor(a) del Pueblo, Ministerio Público, contralor(a), presidentes de entidades con autonomía funcional o con autarquía, procurador(a), Control de Justicia, de todos modos ya no es de su potestad designar prefectos de departamento y autoridades jurisdiccionales máximas (Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional).

A nivel del órgano legislativo las principales modificaciones se refieren a una estructura bicameral integrada por una Cámara poblacional elegida en circunscripciones uninominales, plurinominales y especiales, y otra departamental, con cuatro representantes por Departamento elegidos bajo el sistema proporcional. El nuevo diseño de la Cámara de representantes departamentales pretende lograr una correspondencia plena entre la votación obtenida por los partidos o agrupaciones políticas o el número de representantes departamentales.

Con relación al órgano judicial se proyecta un sistema de pluralismo jurídico al reconocer al sistema jurídico indígena con el límite del respeto a la Constitución, las leyes y los derechos humanos. Los motivos que orientan esta definición se refieren a la diversidad cultural que caracteriza a la población boliviana y a la concreción de la plurinacionalidad en la estructura jurisdiccional.

En la nueva Constitución se asigna a la justicia comunitaria el valor de sistema jurídico bajo el razonamiento de que cuenta con normas y procedimientos propios (derecho consuetudinario), además de dotarse de autoridades a las que se reconoce competencia (legitimidad) para administrar justicia. Reconocer a la justicia comunitaria como sistema jurídico implica que el Estado deberá apoyar sus decisiones desplegando fuerza pública o trabajos periciales a requerimiento de sus autoridades y homologando sus decisiones legítimas cuando fuere necesario.

Se deriva a una ley especial la compatibilización entre la justicia comunitaria y la ordinaria. Sin embargo se establece expresamente que el límite de la justicia comunitaria es el respeto a la Constitución, las leyes y los derechos humanos. Los bienes a los que se dirige preferentemente la justicia comunitaria se refieren a aquellos valores colectivos imprescindibles para garantizar la convivencia armónica de las comunidades y pueblos indígenas originarios. De donde se desprende, en principio, que no deberían haber mayores dificultades para la señalada compatibilización.

Una segunda transformación estructural tiene que ver con la despolitización del sistema judicial ordinario en virtud a que la designación de sus máximas autoridades ya no será por “cuotas políticas” parlamentarias; estas autoridades serán elegidas por voto popular y democrático previa selección en función de méritos acumulados.

Se crea también el Poder electoral con las funciones conocidas de administrar procesos electorales y consultas ciudadanas, además de tener a su cargo el registro civil. En correspondencia con el nuevo sistema de gobierno en el que tiene más importancia la participación ciudadana directa se justifica el nuevo estatus de este organismo público, lo que a su vez plantea el desafío de profundizar su institucionalización, no existiendo suficientes directrices al respecto en el nuevo texto constitucional.

Por otra parte se confirman las instancias de control fiscal “Contraloría General del Estado”, defensa de la sociedad (Defensor del Pueblo), defensa de los intereses del Estado y la sociedad (Ministerio Público), reforzadas con la instancia de defensa de los intereses patrimoniales y públicos del Estado (Procuraduría General del Estado). Todas estas entidades públicas son inherentes a un régimen político democrático con sistemas de controles y contra pesos que salvaguarden su institucionalidad y legitimidad.

Complementariamente se constitucionaliza el control social, que debe ser funcional y trasversal en relación con todas las entidades públicas. Los motivos que justifican la creación de esta instancia tienen que ver con la necesidad de la mayor transparentación posible de la gestión de los asuntos públicos y con un involucramiento creciente de la ciudadanía en los mismos.

III. ESTRUCTURA TERRITORIAL DEL ESTADO EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

La estructuración del poder público no es sólo funcional, sino también territorial. La distribución y ejercicio del poder, bajo un criterio territorial, según Fernando Badía, está íntimamente ligada a la forma de gobierno (en Blancas y otros, 1995: 16). De ahí que pueden distinguirse tres tipos de Estado, siguiendo con el punto de vista del autor citado: Estado Unitario, Estado Federal y Estado Regional. Las diferencias derivan según que cuenten con un único centro decisorio constituyente y legislativo (unitario), con múltiples centros decisivos constituyentes y legislativos (federal), o puede ser un Estado con un único centro decisorio constituyente y múltiples centros decisivos legislativos (regional).

Cada sistema de gobierno se refleja también en el modelo de gestión del territorio. Las políticas de Estado referidas al territorio se conocen como ordenamiento territorial. Se define a éste como “la expresión espacial de las políticas económica, social, cultural y ecológica de cualquier sociedad. Disciplina científica, técnica administrativa y acción política, concebida como práctica interdisciplinaria y global para lograr el desarrollo equilibrado de las regiones y la organización física del espacio”. La anterior definición corresponde a la Carta Europea de ordenación del Espacio (Masiris en Terceros, 2004).

De acuerdo al concepto, se destacan los siguientes elementos: se trata de una política de Estado integral, ya que concurren aspectos políticos, económicos, sociales, culturales y ecológicos aplicados a la ordenación del espacio; es teoría y práctica para la gestión territorial; es interdisciplinaria y busca alcanzar el equilibrio de las regiones y la organización física del espacio.

Existen corrientes que pretenden restringir los alcances del ordenamiento territorial a políticas de regulación de uso del suelo y de organización de ocupación territorial o de asentamientos humanos. Si tomamos en cuenta que, en realidad, el ordenamiento territorial refleja las relaciones de poder expresadas en el control espacial, no podríamos concebirlo simplemente como un procedimiento técnico cuando en definitiva refleja procesos políticos, desarrollos económicos, concepciones y acciones culturales, correlaciones y caracterizaciones ecológicas, construcción de relaciones sociales a partir de la aplicación de distintas lógicas de ocupación del espacio.

Sobre la estructura y organización territorial la nueva Constitución establece lo siguiente:

- “Bolivia se organiza territorialmente en departamentos, provincias, municipios y territorios indígenas (artículo 270).
- La creación, modificación y delimitación de unidades territoriales se hace por voluntad democrática de sus habitantes (artículo 270).
- El régimen autonómico tiene los siguientes alcances: Elección directa de autoridades, potestades normativas administrativas, fiscalizadoras y técnico administrativas. Las modalidades autonómicas son: Departamentales, Regionales (provinciales), Municipales e Indígenas” (artículo 272).
- Una ley marco de autonomías y descentralización desarrollará sus características, atribuciones y organización (artículo 272).

CUADRO 6
COMPETENCIAS DE LAS AUTONOMÍAS EN LA CPE

Tipo de autonomía	<i>Competencias</i>		
	Exclusivas	Concurrentes	Compartidas
Autonomía departamental	Elaboración y aprobación de sus estatutos; planificación del desarrollo humano, empleo, consultas y referendos departamentales, ordenamiento territorial, energía, líneas férreas, transporte interprovincial, aeropuertos públicos, infraestructura departamental, estadísticas departamentales, personalidades jurídicas, sanidad e inocuidad alimentaria, fuentes alternativas de energía, deportes, turismo, impuestos, tasas y contribuciones especiales departamentales,	Protección del medio ambiente, gestión del sistema de salud y educación, ciencia, tecnología e investigación, conservación de suelos, recursos forestales y bosques, servicio meteorológico, frecuencia electromagnética en el ámbito de su jurisdicción, promoción y administración de proyectos hidráulicos y energéticos, residuos industriales y tóxicos, proyectos de agua potable y tratamiento de residuos sólidos, proyectos de riego,	Régimen electoral departamental, servicio de telefonía fija, móvil y telecomunicaciones, electrificación urbana, juegos de lotería y de azar, relaciones internacionales, regulación para la creación y/o modificación de impuestos de dominio exclusivo de los gobiernos autónomos.

	comercio, industria, servicios, expropiaciones, presupuesto y fondos fiduciarios, archivos, bibliotecas, centros de información, empresas públicas departamentales, administración de regalías, servicios de desarrollo productivo, desarrollo económico, inversiones privadas, industrialización.	protección de cuencas, administración de puertos fluviales, seguridad ciudadana, sistema de control gubernamental, vivienda, agricultura, ganadería, caza y pesca.	
Autonomía Regional	Sus competencias serán las delegadas por el Consejo departamental.		
Autonomía Municipal	Elaborar y aprobar su Carta Orgánica, desarrollo humano, consultas y referendos municipales, empleo, medio ambiente, ordenamiento territorial, caminos vecinales, aeropuertos públicos locales, estadísticas municipales, catastro urbano, áreas protegidas municipales, fuentes alternativas de energía, sanidad, deporte,	Las mismas del los departamentos	Las mismas del los departamentos

	<p>patrimonio natural municipal, fuentes alternativas, sanidad, deporte, patrimonio cultural, deporte, turismo local, transporte urbano, registro de propiedad automotor, impuestos, tasas y patentes municipales, infraestructura productiva, expropiación, presupuesto y fondos fiduciarios, centros de información y documentación, empresas públicas municipales, aseo urbano, infraestructura y obras de interés público, desarrollo urbano, alumbrado público cultura, espectáculos, publicidad, mancomunidades, microriego, servicios básicos, áridos y agregados, desarrollo municipal, industrialización.</p>		
Autonomía Indígena originaria campesina	<p>Dictar su estatuto, gestión de formas propias de desarrollo económico, social, político, organizativo y cultural,</p>	<p>Organización, planificación y ejecución de políticas de salud y educación en su jurisdicción, conservación de</p>	<p>Sistema de control fiscal y administración de bienes y servicios, relaciones internacionales, participación y</p>

	<p>gestión y administración de los recursos naturales renovables, planes de ordenamiento territorial, electrificación en sistemas aislados, mantenimiento y administración de caminos vecinales y comunales, administración y preservación de áreas protegidas en su jurisdicción, ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina para la aplicación de justicia y resolución de conflictos a través de normas y procedimientos propios, deporte, patrimonio cultural, políticas de turismo, crear y administrar tasas, patentes y contribuciones especiales, administrar los impuestos de su competencia en el ámbito de su jurisdicción, aprobar el programa anual de operaciones y su presupuesto, planificación y gestión de la</p>	<p>recursos forestales, biodiversidad y medio ambiente, sistema de riego, recursos hídricos, fuentes de agua y energía, en el marco de la política nacional, construcción de sistemas de microriego, construcción de caminos vecinales y comunales, promoción de la construcción de infraestructuras productivas, promoción y fomento a la ganadería y agricultura, control y monitoreo socioambiental a las actividades hidrocarburíferas y mineras que se desarrollen en su jurisdicción.</p>	<p>control en el aprovechamiento de áridos, resguardo y registro de los derechos intelectuales colectivos, referidos a conocimientos de recursos genéticos, medicina tradicional y germoplasma, control y regulación a las instituciones y organizaciones externas que desarrollen actividades en su jurisdicción, inherentes al desarrollo de su institucionalidad, cultura, medio ambiente y patrimonio cultural.</p>
--	---	---	---

	ocupación territorial, vivienda, urbanismo y redistribución población, promover acuerdos de cooperación con otros pueblos y entidades públicas, mantener y administrar sus sistemas de microriego, fomento y desarrollo de su vocación productiva, infraestructura necesaria para el desarrollo en su jurisdicción, participar, desarrollar y ejecutar los mecanismos de consulta previa, libre e informada relativo a la aplicación de medidas legislativas, ejecutivas, administrativas que los afecten, preservación de su hábitat, desarrollo y ejercicio de sus instituciones democráticas		
--	---	--	--

FUENTE: Constitución Política del Estado

Elaboración propia

La estructura territorial del Estado es la organización de su poder político en términos verticales o territoriales. Distribuye este poder en distintos niveles de organización político-administrativa (departamentos, provincias, municipios, etcétera) con la finalidad de construir su institucionalidad en todos los ámbitos espaciales del país. Uno de los aspectos más importante en la reforma constitucional se refiere a la recomposición territorial del poder político (desconcentración). Las demandas legítimas de autonomías apuntalan la democratización del Estado en todo el territorio nacional. Este proceso pretende revertir dos fracturas estatales muy profundas: La desarticulación de la estructura estatal en relación con las regiones (departamentos) y pueblos indígenas.

La nueva Constitución en su artículo primero caracteriza al Estado como descentralizado y con autonomías sustentadas en jurisdicciones territoriales. Respondiendo al mandato de referéndum del 2 de julio del 2006 se reconocen las autonomías departamentales con potestad para elegir a sus autoridades, aplicar facultades legislativa, normativas-administrativas, técnicas, ejecutivas y de fiscalización.

Las autonomías departamentales cohabitan con otras modalidades autonómicas como las regionales (provinciales), municipales e indígenas. Para la convivencia de estos niveles de gobierno se aplica criterios de diferenciación (cada modalidad autonómica tiene sus propias características), lo que garantiza que entre ellas se proyecten complementariedades antes que contraposiciones. Las autonomías regionales se podrán constituir mediante una asociación de provincias, municipios o territorios indígenas, a partir de la voluntad popular de su poblacional, adoptando las competencias que les sean transferidas desde los consejos departamentales.

Las autonomías municipales existen y se reafirman y fortalecen porque adquieren nuevas competencias. Asimismo, las autonomías indígenas originarias campesinas tienen como base jurisdiccional sus tierras colectivas y como alcances la reproducción de sus instituciones culturales y su desarrollo con identidad. Entre sus instituciones destacan la elección de sus autoridades originarias, la aplicación de su sistema de justicia y la gestión de su territorialidad.

En definitiva, uno de los pilares fundamentales del actual proceso de cambio es la asignación de cualidades gubernativas (autonomías) a las entidades político-administrativas que expresan la representación de los departamentos, provincias, municipios y comunidades indígenas. Este proceso permitirá desarrollar iniciativa y proyectar ciudadanía colectiva

en función de dos tipos de identidades colectivas: regionales y culturales. En el caso de los departamentos que pidieron autonomías en el referéndum autonómico del 2006, se mantendrán en un régimen de descentralización, sin embargo podrán adoptar el régimen autónomo en referendos departamentales.

IV. MODELO DE DESARROLLO ECONÓMICO SOCIAL

I. El modelo económico boliviano es plural, y está orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos.

II. La economía plural está constituida por las formas de organización económica comunitaria, estatal, privada y social cooperativa.

III. La economía plural articula las diferentes formas de organización económica sobre los principios de complementariedad, reciprocidad, solidaridad, redistribución, igualdad, sustentabilidad, equilibrio, justicia y transparencia. La economía social y comunitaria complementará el interés individual con el vivir bien colectivo.

IV. Las formas de organización económica reconocidas en esta Constitución podrán constituir empresas mixtas

V. El Estado tiene como máximo valor al ser humano, y asegurará el desarrollo mediante la redistribución equitativa de los excedentes económicos en políticas sociales, de salud, educación, cultura y en la reinversión en desarrollo económico productivo.

En la nueva Constitución se pueden identificar tres elementos fundamentales sobre el modelo económico social: el ser humano como receptor de las políticas públicas, la variedad de sistemas económicos y los principios rectores de acuerdo a la realidad. Al reconocer al ser humano como el sujeto del desarrollo se pretende desmercantilizar las relaciones sociales, a partir de la vigencia plena de los derechos humanos individuales y colectivos.

El reconocimiento del carácter plural o diverso de la economía, proyecta cuatro sistemas económicos: público, privado, comunitario y cooperativo. El sector público se orienta al control de los sectores estratégicos de la economía (recursos naturales, servicios públicos, telecomunicaciones, energía, transporte, etcétera), consiguientemente, el control de los excedentes (ga-

nancias) económicos generados para su reinversión en la diversificación económica, la industrialización y el desarrollo social integral.

El modelo económico reconoce también la iniciativa privada otorgando seguridad jurídica a sus inversiones, en perspectiva de que coadyuven al desarrollo económico social, respondan al interés colectivo y se enmarquen en las políticas, leyes y autoridades del país. El reconocimiento de la economía comunitaria en el modelo de desarrollo, pretende reflejar a un segmento importante de la realidad social del país, como son las comunidades rurales que se manifiesta en el conjunto de prácticas colectivistas y asociativas. Las cooperativas forman parte también de la estructura económica del país.

Los principios orientadores del modelo de desarrollo, apuntan a lograr la justicia social, equidad y complementariedad, reafirmando el carácter social y comunitario de la organización económico-social. Con la principal finalidad de alcanzar el “vivir bien”, concepto derivado de la cosmovisión indígena y que hace referencia al bienestar y solidaridad entre las personas y colectividades.

V. RECURSOS NATURALES

Disposiciones generales

- Los recursos naturales son de propiedad del pueblo boliviano, respetando derechos de propiedad sobre la tierra y de aprovechamiento sobre los recursos naturales.
- Los recursos naturales son de carácter estratégico y de interés público para el desarrollo del país.
- El aprovechamiento de los recursos naturales debe garantizar la sustentabilidad y equilibrio ecológico. Para conservar ecosistemas en determinados lugares, la explotación de los recursos naturales estará sujeta a una consulta a la población afectada.
- En las reservas fiscales no se pueden reconocer derechos en favor de particulares salvo autorización por necesidad pública.
- El Estado a través de entidades públicas, sociales o comunitarias asumirá el control y dirección sobretodo la cadena productiva referida a los recursos naturales. Para su gestión y administración se debe garantizar control y participación social).

La regulación relativa a los recursos naturales destaca tres elementos: la propiedad social, la gestión sostenible y la administración pública. Las Constituciones anteriores declararon el dominio y propiedad estatal sobre los recursos naturales, lo que dio lugar a su privatización por administraciones de turno, tal como ocurrió con las reservas gasíferas. La nueva Constitución establece la propiedad social del pueblo boliviano por lo que ya no se podrán ceder derechos de propiedad, sino, solamente de uso y aprovechamiento. Con esta medida se trata constitucionalmente a los recursos naturales como de carácter estratégico y de interés colectivo antes que de grupos o personas.

Con relación a la gestión de los recursos naturales se articulará el aprovechamiento económico con la conservación ambiental y equilibrio ecológico, de tal manera que el uso de los recursos naturales se enmarque en políticas de ordenamiento territorial y de desarrollo sostenible equilibrando los derechos de las presentes y futuras generaciones. Como parte de estas previsiones se contempla también que, en determinados lugares caracterizados por su fragilidad o por poseer importantes riquezas naturales, se instituirá la consulta previa a las poblaciones locales a fin de generar mecanismos de monitoreo ambiental y otras medidas precautorias para la conservación de los ecosistemas.

La nueva Constitución restituye también el rol estatal en la economía en general y en la gestión de los recursos naturales en particular, dada la necesidad de apropiarse de las utilidades que genera su explotación como base de la promoción del desarrollo integral y de concretizar la soberanía política a partir de la soberanía económica.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ASAMBLEA CONSTITUYENTE, *Constitución Política del Estado*, La Paz, 2008.
- BLANCAS Carlos *et al.*, LANDA César, RUBIN Marcial, *Derecho constitucional general*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, ts. I y II.
- FERNÁNDEZ, Ivanna, *Países multiculturales: análisis constitucional comparado*, La Paz, PADEP-GTZ, 2006.
- FOSSAS, Enric y REQUEJO, Ferran (eds.), *Asimetría federal y Estado plurinacional*, Madrid, Trotta, 1999.

- FOSSAS, Enric, “Asimetría y plurinacionalidad en el Estado autonómico”, en FOSSAS, Enric y REQUEJO, Ferran (eds.), *Asimetría federal y Estado plurinacional*, Madrid, 1999.
- GARCÍA LINERA, Álvaro, *Estado multinacional*, La Paz, Editorial Malatesta, 2005.
- PLANAS, Pedro, *Régimen político contemporáneo*, Lima, Fondo de Cultura Económica.
- ROMERO, Carlos, *El proceso constituyente boliviano. El hito de la cuarta marcha de tierras bajas*, Santa Cruz, Editorial El País, 2005.
- , “Derechos de los pueblos indígenas y reforma constitucional”, *Tema de la agenda nacional*, Santa Cruz, Editorial El País, 2006.
- , *Constituciones comparadas y comentadas. Estados unitarios, federales, autonómicos, socialistas, plurinacionales y multiculturales*, Santa Cruz, Editorial El País, 2007.
- TAPIA, Luis, *La velocidad del pluralismo*, La Paz, Editorial Muela del Diablo, 2002.
- TARLTON, Charles, “Simetría y asimetría como elementos del federalismo. Una especulación teórica”, en FOSSAS, Enric y REQUEJO, Ferran (eds.), *Asimetría federal y Estado plurinacional*, Madrid, 1999.
- TAYLOR, Charles, “Valores compartidos y diferentes”, en FOSSAS, Enric y REQUEJO, Ferran (eds.), *Asimetría federal y Estado plurinacional*, Madrid, 1999.
- TERCEROS, Elva, *Dimensión étnica del ordenamiento territorial*, Mimeo, 2004.

EL NUEVO ANDAMIAJE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

César ASTUDILLO*

SUMARIO: I. *Preliminar*. II. *Algunas reflexiones sobre la inestabilidad político-constitucional del Ecuador*. III. *Reflexiones en torno al nuevo andamiaje constitucional*. IV. *Consideraciones finales*.

I. PRELIMINAR

Me corresponde realizar algunas consideraciones, breves y de carácter introductorio, a los ponencias presentadas por nuestros distinguidos visitantes, los profesores Hernán Salgado Pesantes y Ramiro Ávila.¹ La mesa de análisis a la que gentilmente nos han convocado, tiene como propósito principal reflexionar sobre el Ecuador, desde una triple perspectiva; la primera mira hacia el pasado, con el objeto de hacer un balance de la historia constitucional reciente, dentro de un periodo que abarca tres décadas (1978-2008); la segunda mira hacia el presente, para sacar las primeras conclusiones del proceso de renovación constitucional que finalizó en su primera etapa con el referéndum constitucional que aprobó la nueva Constitución y que se encuentra en plena fase de asentamiento, y la última, que mira al futuro, en la intención de avanzar pronósticos en torno a los resultados que se esperan del nuevo andamiaje constitucional en el corto y mediano plazo.

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas.

¹ Respectivamente, Salgado Pesantes, Hernán, “Sistema de gobierno: relaciones Ejecutivo-Legislativo”; Ávila, Ramiro, “El constitucionalismo ecuatoriano. Breve caracterización de la Constitución del 2008”, incluidos ambos en esta obra. Los trabajos se citan de conformidad con las páginas del original al que se tuvo acceso.

Es por todos conocido que durante 2007 el Ecuador se vio inmerso en un proceso político de amplias dimensiones. El ascenso al poder del presidente Correa detonó la convocatoria a un proceso constituyente que concluyó su fase inicial en abril de ese año, cuando 81.72% de los votantes apoyaron la iniciativa, y que quedó definitivamente asentada el 28 de septiembre de 2008, fecha en que fue finalmente aprobada en referéndum por 63.93% de los votantes que acudieron a la cita. El lunes 20 de octubre del 2008 el pueblo ecuatoriano inició la semana bajo la vigencia de una nueva Constitución política.²

Dentro del conjunto de actos previstos para poner en marcha el nuevo orden constitucional destacan, por su importancia, los comicios para elegir al nuevo presidente de la República. Dichos comicios se realizaron el 26 de abril, y como todos los sondeos lo anticipaban, resultó nuevamente triunfador, pero esta vez en primera vuelta electoral, el presidente Rafael Correa.

II. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA INESTABILIDAD POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

A lo largo de su historia, y tomando en cuenta la de 2008, el Ecuador ha estado regido por veinte constituciones; diecinueve si no se considera, como lo hace por ejemplo Ramiro Ávila en su ponencia, a la de Cádiz de 1812.

En el periodo de tres décadas que va desde la reimplantación de la democracia en 1979, hasta el 2009, se ha sustituido a la norma fundamental en tres ocasiones. El proceso de adopción de nuevos ropajes constitucionales inició con la Constitución de 1979, pasó por la de 1998 (formalmente, reformas a la Constitución anterior), hasta llegar a la de 2008.

La frecuencia con la que se realizan los cambios a la arquitectura constitucional del Estado se debe a circunstancias de naturaleza diversa. El espacio del que disponemos es completamente insuficiente para abordar a cabalidad una problemática tan compleja y de tan variadas aristas. Sin embargo, significativo es observar que analistas y académicos coinciden en afirmar que si existe un elemento cuyo contenido es capaz de

² La *Constitución del Ecuador* se publicó bajo el Registro Oficial núm. 449.

concentrar la historia reciente del Ecuador ese elemento se denomina inestabilidad político-institucional.³

Si analizamos la etapa inmediata anterior a la reintroducción de la democracia, la ausencia de continuidad constitucional se explica principalmente por la asunción al poder de gobiernos no democráticos. Atendiendo solamente a lo acontecido en la década de los setenta, se advierte que entre 1970 y 1972 gobernó una dictadura, y entre 1972 y 1979 la conducción del Estado estuvo a cargo de dos gobiernos militares.

No obstante, el periodo de retorno a la democracia demuestra que la trayectoria de la inestabilidad político constitucional se debe a distintos factores.

Hernán Salgado Pesantes⁴ apunta como uno de estos elementos, la frágil institucionalidad de la República; factor que se expresa en la carencia de un efectivo respeto a la Constitución en virtud del exiguo desarrollo de una cultura cívica. Enseguida, señala la falta de consolidación de una democracia sustancial; la democracia, en su opinión, ha sido únicamente formal, sin poder anclar sus estructuras en postulados de justicia social que logren orientar eficazmente la actividad de los poderes públicos para que canalicen su actividad hacia el abatimiento de la desigualdad en la distribución de la riqueza, lo que permitiría sentar las bases para cerrar la brecha entre pobres y ricos. Finalmente, subraya la ausencia de gobernabilidad; para el autor, ha sido particularmente difícil encontrar vías adecuadas para el diálogo, la búsqueda

³ Es sintomático que el documento ejecutivo sobre El Ecuador realizado por el *International Crisis Group*, inicie con el siguiente epígrafe: “Una historia de inestabilidad”, *Informe sobre América Latina*, núm. 22, del 7 de agosto de 2007. Igual de significativas resultan las palabras claves de un reciente trabajo publicado por el profesor Hernán Salgado Pesantes, “Pugna de poderes, inestabilidad institucional, derrocamiento, ruptura constitucional, Asamblea Constituyente”. De hecho, estas categorías parecen estar ordenadas para seguir la ruta de cambio constitucional experimentado en el Ecuador en las últimas tres décadas. Al respecto, acúdase a “Treinta años de democracia formal en el Ecuador (1978-2008)”, *La evolución político-constitucional de América del Sur, 1976-2005*, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Asociación Chilena de Derecho Constitucional, Librotecnia, 2009, p. 400. El deslizamiento de crisis que en puridad son de gobierno hacia crisis auténticamente constitucionales puede verse en Astudillo, César, “Algunas reflexiones sobre el proceso constituyente del Ecuador”, en Serna de la Garza, José María (coord.), *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina: tendencias y perspectivas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas (en prensa), pp. 2 y ss., del documento original.

⁴ *Ibidem*, p. 401.

de coincidencias y el consenso entre las fuerzas políticas, y paralelamente, mecanismos para propiciar el mejoramiento de las relaciones entre Ejecutivo y Legislativo y estar en posibilidad de hacer frente a una agenda que por su relevancia debe ubicarse por fuera de la coyuntura política y que por ese mismo hecho, no puede ser otra que una auténtica agenda de Estado.

Simón Pachano añade otros factores de la mayor envergadura; anota la existencia de un juego político diseñado para exigir resultados inmediatos, concretos y tangibles que, en el extremo, termina por someter a los políticos y a sus partidos a una evaluación incesante y permanente de parte del electorado;⁵ adicionalmente, y como consecuencia de la frustración generada por la ausencia de resultados en el corto plazo, se encuentra la tendencia a la reforma del régimen político- constitucional, apoyado en un importante número de consultas populares que han impedido la existencia de referencias institucionales estables que permitan un desarrollo razonable de la actividad pública.⁶

Los factores anteriores representan una constante en el devenir del Estado. Son, sin duda, componentes de una realidad que se encuentra imbricada en lo más profundo de la organización institucional y cuya transformación efectiva necesitará de un proceso de cambio impulsado con convicción y constancia.

La inestabilidad política, no obstante, no deriva de apreciaciones generales sino de datos concretos. Por ende, necesario es apuntar algunos antecedentes que demuestran con contundencia el estado de cosas que estamos señalando:

De 1979 a 2009 el Ecuador ha estado gobernado por catorce presidentes, de los cuales nueve han sido electos para ese cargo de manera directa y a través de sufragio popular, cuatro han accedido al poder a través de los mecanismos de sustitución presidencial establecidos por la Constitu-

⁵ Pachano, Simón, “Renovación, agonía y muerte del sistema de partidos de Ecuador”, en Alcántara Sáez, Manuel y García Díez, Fátima (eds.), *Elecciones y política en América Latina*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 168.

⁶ Pachano, Simón, “Reforma electoral en Ecuador”, *Reforma Política y Electoral en América Latina 1978-2007*, en Zovatto, Daniel y Orozco Henríquez, J. Jesús (coords.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 495 y 496.

ción y uno más ejerció el cargo como presidente interino, aunque dicha figura no estaba contemplada en la Constitución de 1978.⁷

La estabilidad institucional del jefe del Ejecutivo muestra importantes claroscuros, ya que mientras los presidentes León Febres Cordero, Rodrigo Borja y Sixto Durán Ballén lograron terminar sus respectivos periodos de gobierno, los presidentes Abdalá Bucaram, Jamil Mahuad y Lucio Gutiérrez fueron destituidos por el Congreso nacional. En promedio, cada uno de los presidentes del régimen democrático ha durado 2.3 años en el poder.

Dentro de este periodo se han presentado etapas en donde la agudización de la crisis política ha sido evidente, detonando cambios de mayor intensidad en la integración, conducción y funcionamiento de las principales instituciones estatales. En la década comprendida entre 1996 y 2006, por ejemplo, el Ecuador se condujo bajo el mando de ocho gobiernos distintos, producto de la caída de los presidentes apenas mencionados; la Corte Suprema se reestructuró cuatro veces como consecuencia de una injerencia de múltiples intensidades de parte del Ejecutivo y del Legislativo, y el propio Tribunal constitucional, nada ajeno a los conflictos políticos por la tarea que le corresponde realizar, tampoco pudo escapar a esta realidad, sufriendo importantes cambios en su integración hasta en tres ocasiones y por idénticas razones. En general, como bien lo apunta Ávila, estamos en un entorno en donde no hubo poder u órgano del Estado “que haya concluido normalmente su periodo de designación”.⁸

Las irregularidades institucionales que se observan a partir de los datos anteriores sólo son entendibles si se les vincula a la histórica preponderancia del Ejecutivo frente a un Legislativo debilitado estructuralmente. La carencia de mayorías legislativas que acompañen la política legislativa del gobierno o que ejerzan un liderazgo opositor eficaz, ha promovido un enfrentamiento constante entre ambos poderes, que al no encontrar formas de solución institucionales, ha sido aprovechada de distintas maneras por los partidos políticos, permitiéndoles conformar “coa-

⁷ En enero de 2002, el Ecuador se gobernó mediante una exigua Junta Gubernamental de Salvación Nacional y un Consejo de Estado, que rápidamente fueron sustituidos con la llegada al poder del vicepresidente Gustavo Noboa. Cfr. *Constitucionalismo autoritario: los regímenes contemporáneos en la región andina*, Pablo Andrade (ed.), Quito, 2005, pp. 86 y ss.

⁸ Ávila, *op. cit.*, nota 1, p. 6.

liciones fantasmas”, como las denominan Mejía y Machado, que no han tenido empacho en ofrecer su apoyo político y legislativo al presidente a cambio de compensaciones de la más diversa índole.⁹

Para tener una idea de esta insuficiencia de apoyos, baste observar que durante el retorno a la vida democrática, ningún partido político ha sido capaz de obtener la mayoría de escaños en el Congreso y sólo tres de diez presidentes de la República han contado, en 1979, 1988 y 1998, con la primera bancada legislativa.¹⁰ Los ejemplos más significativos se encuentran en las elecciones de 1984 y 1992, donde el partido del presidente tuvo un porcentaje de escaños en el Congreso de 12.7%, y 15.6% respectivamente. En contraste, en 1988 el respaldo legislativo del primer mandatario ascendió al 42.3%, pero por paradójico que parezca, la elección intermedia realizada en escasos dos años, hizo que los apoyos al partido en el gobierno se desplomaran hasta un 19.4%.¹¹

Es por demás evidente que nos encontramos frente a un arreglo institucional que no ha sido capaz de forjar los incentivos institucionales y políticos para generar mayorías estables que garanticen cierto margen de gobernabilidad democrática que, a su vez, contribuyan o faciliten la concretización de la política legislativa del gobierno en turno.¹²

Lo que no deja de sorprender es que sea la propia legislación electoral auspiciada por partidos y movimientos, e incluso por el propio gobierno, la que aliente la carencia de dichos incentivos, y que contrariamente, se den a la tarea de experimentar con normas e instituciones que muchas veces terminan por propiciar una realidad política altamente contradictoria.

No es casual, por ejemplo, que mientras el número de candidaturas de los partidos y movimientos políticos ha ido tendencialmente en aumento en las últimas tres décadas, la influencia del factor “partido” ha ido tendencialmente en decremento, en una nota fuertemente característica que, como puntualmente señalan Alcántara y García, “acompaña a los proce-

⁹ Mejía Acosta, Andrés y Machado Puertas, Juan Carlos, “Las democracias asfixiadas en los Andes Altos: elecciones e inestabilidad en Bolivia, Ecuador y Perú”, Alcántara Sáez, Manuel y García Díez, Fátima (eds.), *Elecciones y política en América Latina*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 189 y 190.

¹⁰ Pachano, “Renovación, agonía y muerte...”, *op. cit.*, p. 158.

¹¹ Al respecto, Astudillo, “Algunas reflexiones...”, *op. cit.*, p. 6.

¹² Salgado Pesantes, “Sistema de gobierno...”, *op. cit.*, pp. 7 y ss.

sos de desinstitucionalización” que vive no sólo el Ecuador, sino en conjunto de países andinos.¹³

La falta de correspondencia entre el dato cuantitativo y el cualitativo se refleja, por ejemplo, en el número de candidatos postulados en elecciones para la primera magistratura; mientras que en 1978 compitieron seis fórmulas; en 1984 se presentaron nueve, y ocho años más tarde, en 1992, se alcanzó un total de doce candidaturas, cantidad solamente superada por las trece de los comicios de 2006. Las elecciones del 26 de abril del año en curso registraron un leve descenso, al presentarse un total diez candidaturas, pero la flexibilidad con la que se puede conformar un movimiento político conduce a pensar que en las elecciones venideras el alto número de candidaturas seguirá siendo elevado.¹⁴

Lo paradójico del caso se encuentra en que Correa se presentó a los comicios de 2006 amparado en normas que impiden a los partidos el monopolio en la presentación de candidaturas, hecho que le permitió competir bajo un movimiento político cuya estrategia se basó en impulsar una campaña bajo un claro discurso antipartidos que incluyó, entre otras cosas, la no presentación de candidaturas al Congreso. A pesar de ser una estrategia riesgosa le resultó favorable, ya que tuvo la fuerza política necesaria para impulsar la convocatoria a un proceso Constituyente, para hacerse de una mayoría suficiente dentro de dicha Asamblea y lograr la aprobación de la nueva norma fundamental, y sobre todo para ganar, en el contexto de la nueva norma, una segunda elección constitucional bajo las siglas del mismo movimiento.

Bajo lo apenas señalado, nada de particular tiene que desde varios años atrás se venga observando la paulatina descomposición del sistema político, producto, entre muchos factores, de la crisis de legitimidad que envuelve a los partidos políticos por su incapacidad para aglutinar y representar efectivamente los distintos intereses que conviven al interior de una sociedad heterogénea y pluricultural como la del país andino. Ni que decir tiene que este fenómeno, anómalo para la salud política de cual-

¹³ Alcántara Sáez, Manuel y García Díez, Fátima, “Introducción: El carrusel electoral latinoamericano o la normalidad de la incertidumbre política en países fuertemente heterogéneos”, Alcántara Sáez, Manuel y García Díez, Fátima (eds.), *Elecciones y política en América Latina*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 4.

¹⁴ En esta última elección, a lado del actual y reelegido presidente Correa, compitieron Álvaro Novoa, con quien contendió en 2006 y Lucio Gutiérrez, presidente destituido en el 2005.

quier país, ha generado un notable impacto en la gobernabilidad democrática del Estado ecuatoriano.¹⁵

Los someros datos que se han expuesto evidencian que no han existido mecanismos idóneos para procesar el creciente pluralismo político y social que se vive en Ecuador, y lo que es todavía más preocupante, que las condiciones para propiciar la gobernabilidad dentro de un gobierno dividido o compartido no han madurado, lo cual, más que una cuestión de diseños institucionales, parece una cuestión de actitud política de los actores directamente involucrados, y de cultura democrática de parte de sus actores secundarios¹⁶

Sin embargo, parece conveniente anotar que más allá de los ingredientes electorales o institucionales, la inestabilidad política depende sustantivamente de factores de otra naturaleza. En este sentido, tienen razón Mejía y Machado cuando afirman que nos encontramos frente a una deficiencia estructural resultado de la combinación de una intensa fragmentación étnica y regional del tejido social, y de la insuficiencia de un modelo económico que ha facilitado la exclusión, la casi nula legitimidad y sobre todo la pobreza, todo lo cual se ha convertido en el mejor caldo de cultivo para la desequilibrio del régimen político.¹⁷ Por ello, a pesar de que el diseño institucional y la ingeniería electoral coadyuven a resolver algunos problemas, si no se establece una estrategia política a favor de la inclusión y el reparto de la riqueza bajo premisas más equitativas, como lo sugiere el propio Salgado Pesantes,¹⁸ difícilmente podrá resolverse una crisis que no sólo depende del mejoramiento de las relaciones entre los órganos del Estado, o entre las fuerzas políticas y el Estado, sino que implica fundamentalmente una nueva relación entre el Estado y la sociedad.

¹⁵ En este sentido, Pérez Loose, Hernán, “Ecuador y la metamorfosis constituyente”, Serna de la Garza, José María (coord.), *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina: Tendencias y perspectivas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas (en prensa), p. 17 de la ponencia original.

¹⁶ Cfr. Mejía Acosta, Andrés, *Partidos políticos. El eslabón perdido de la representación*, Quito, CORDES, 1998, pp. 20 y ss.

¹⁷ Mejía-Machado, “Las democracias...”, pp. 186 y ss.

¹⁸ “Sistema de gobierno...”, *op. cit.*, p. 3.

III. REFLEXIONES EN TORNO AL NUEVO ANDAMIAJE CONSTITUCIONAL

La nueva Constitución del Ecuador ha venido a dar nuevos ropajes a la nación andina. Es un documento emanado de un acto puntual en el tiempo, que a partir de ahora comienza su andadura como proceso histórico. Está en el centro del debate, por lo que será recurrentemente objeto de sopesadas reflexiones jurídicas, como la que hoy nos convoca, bajo el propósito de desvelar los alcances de su contenido normativo; no obstante, la carga política de las relaciones que regula, hará inevitable que se convierta en el epicentro de la disquisición política sobre todo para discutir su base consensual, su legitimidad y sobre todo su viabilidad como documento rector de la convivencia política y social.

Apunto nada más, algunos elementos que se encuentran plenamente documentados, pero que un análisis serio y riguroso no puede dejar de tener en cuenta.

El primero de ellos es el proceso de gestación de la Constitución. A nadie escapa el amplio dominio político que sobre la Asamblea constituyente ejerció el presidente Correa (73 escaños de un total de 130, representando 56.1% de la Asamblea),¹⁹ lo que permitió que el órgano representativo de la soberanía mantuviera su “cordón umbilical” —como lo denomina Salgado Pesantes— unido al presidente, demorando los trabajos constituyentes con la intención de priorizar las acciones de desmantelamiento del antiguo edificio constitucional y de sus principales operadores.²⁰

La Asamblea aprobó una Constitución que más que una norma de organización estatal representa un auténtico programa político y social empuñado en la transformación de raíz del Estado ecuatoriano. Es un documento de una pesada carga ideológica y de un profundo espíritu igualitario que inicia, como no podría ser de otra manera, con un amplísimo despliegue de derechos fundamentales, y se hace acompañar de un entramado institucional con mayores instrumentos de participación democrática y control político, en la que se advierte el denodado empeño de condicionar las acciones de los poderes públicos en la realización de los fines y las metas constitucionalmente trazadas. El acomodo de estas

¹⁹ Pachano, “Renovación, agonía y muerte ...”, *op. cit.*, p. 180.

²⁰ Astudillo, “Algunas reflexiones...”, *op. cit.*, p. 27. Algunos de estos elementos los apunta también el profesor Ávila en su ponencia. *Cfr.* “El constitucionalismo ecuatoriano...”, *op. cit.*, p. 7.

piezas, consideradas necesarias para la gestación de un nuevo Estado asentado en un documento rector de carácter fundacional, generó un alto porcentaje de adhesión ciudadana.

No obstante, no hay que dejar de advertir que ni todos los ciudadanos, ni todos los grupos políticos y sociales se sienten representados en esa Constitución; la ven más como la imposición unilateral de una nueva élite de poder, y menos como un amplio compromiso político de vocación democrática, y por ello alzan la voz señalando que no encuentran diferencia sustancial alguna entre este proceso constituyente y los anteriores.²¹

El asunto no es banal, porque sabemos que gran parte de la legitimidad y la fuerza vinculante de la Constitución reside en la capacidad con que se integran los intereses y se armonizan las diferencias en el compromiso constitucional. Si ese compromiso logra el consenso, las condiciones que permiten una vigencia más prolongada del texto se fortalecen, en virtud de que las premisas fundamentales del acuerdo constituyente se mantienen al margen de la disputa política del día a día. Si, en cambio, ese consenso no se presenta, la legitimidad de la Constitución puede ponerse en entredicho con mayor facilidad, hecho que impacta negativamente en la estabilidad y la vigencia de la Constitución porque quienes no se sienten reconocidos en ella emplearán sus mejores estrategias para deslegitimarla, y apenas tengan el poder suficiente, ante la alternativa de reformarla o sustituirla, es posible que opten por cambiarla de principio a fin. Es este, uno de los efectos que genera la expedición de una Constitución como la del Ecuador, concebida como proyecto político y social a alcanzar en el corto y mediano plazo, y no como marco constitucional permanente y estable desde el cual sea posible la convivencia y concretización de proyectos políticos y sociales de diverso cuño.

El segundo elemento tiene que ver con la fuerza normativa de la Constitución. La vocación vinculante de la Constitución como norma jurídica capaz de condicionar a todo el ordenamiento jurídico y al conjunto de sus operadores depende, en primer lugar, de la fortaleza de ese consenso constitucional, y en segundo, de la existencia de un órgano de garantía constitucional cuyas decisiones sean acatadas sin excusas por todos los poderes públicos y los ciudadanos. Que la nueva Constitución del Ecuador pase de ser un documento cuya intención principal es reflejar el

²¹ Recordemos que Ávila sostiene, siguiendo a distintos autores, que la Constitución de 1998 fue aprobada por una Asamblea Nacional, “hegemonizada por los intereses y conceptos de las élites del poder”. “El constitucionalismo ecuatoriano...”, *op. cit.*, p. 5.

nuevo sistema de relaciones políticas existente, a una norma de vocación efectivamente vinculante depende, en buena medida, del tipo de acuerdo que soporta al edificio constitucional, —que si no se produjo en el momento de “generación” constitucional, necesita buscarse en el mismo proceso histórico de desarrollo constitucional, en los buenos oficios y en la disposición de la clase política y los grupos sociales—, y de la existencia de condiciones favorables para que el nuevo Tribunal Constitucional pueda alzarse como un legítimo pacificador de las disputas políticas y un efectivo guardián de los derechos de los ecuatorianos.²²

En tercer elemento se vincula al modelo estatal adoptado. La potencialidad del nuevo texto no puede depender únicamente de los factores someramente anotados. La Constitución ecuatoriana se encarga de fundar un nuevo modelo de Estado que ha quedado puntualmente señalado en la cláusula de apertura del texto, en donde se define al Ecuador como un “Estado de derechos y justicia”, cuyo contenido, como señala Ramiro Ávila, sintetiza la esencia de todo el texto normativo. La apuesta es evidente y audaz: avanzar una organización avocada a remover desde lo más profundo el *status quo* vigente, y dirigir el ejercicio de la acción pública hacia el pleno goce y ejercicio de los derechos, en el contexto de una sociedad más justa y equilibrada.

A nadie escapa que la vocación transformadora que se reconoce a la nueva Constitución busca prefigurar un nuevo tipo de ordenación social. Sin embargo, no puede negarse que el tipo de ordenación social deseado viene condicionado por el tipo de ordenación estatal impulsado, y que, por lo mismo, la concretización de derechos como los de vocación social, la realización de valores como la dignidad humana, de metas como la solidaridad, y fines como la justicia social, reconocibles plenamente de manera expresa o tácita en la Carta dependen, en buena medida, de la arquitectura estatal y del perfil, la legitimidad y la orientación de sus instituciones, pues son elementos que valorados conjuntamente, desvelan la disposición del Estado para quedarse como mero espectador en la dinámica de las relaciones sociales o, por el contrario, reflejan su voluntad de instalarse como un verdadero promotor del cambio social a partir de remoción de aquellos obstáculos que impidan la igualdad en el goce y disfrute de los derechos.

²² Ávila señala que estas condiciones no siempre han existido en etapas anteriores, lo que ha dificultado el papel del Tribunal constitucional. *Ibidem*, p. 5.

El modelo igualitarista de Estado en el Ecuador, como lo denomina Ávila,²³ parece abrigar esperanzas de que institucionalmente está preparado para dirigir a los poderes públicos hacia aquellas metas colectivamente establecidas en el gran proyecto político y social representado por la Constitución. Ha hecho suyos nuevos contenidos materiales y para hacerse cargo de ellos se ha reinstitucionalizado, tal y como lo menciona el mismo autor.²⁴ Empero, abrigo esperanzas de que la conducción política de ese proceso sea abierta, democrática, transparente y tolerante; que implique un acuerdo básico de suma de voluntades de todos los poderes públicos, preponderantemente del Ejecutivo y el Legislativo, que los constriña a que cada se haga cargo de la responsabilidad que les corresponde, anteponiendo siempre el más amplio respeto por las diferencias que puedan suscitarse. Lo apenas señalado implica, ante todo y sobre todo, sujeción plena a una norma que determine el modo de dirimir por la vía pacífica y por medios institucionales, las controversias políticas que se generen, bajo la premisa de mantener la continuidad del Estado y la estabilidad del marco constitucional.

Finalmente, el presidencialismo. Si la Constitución, como reconocen los profesores Salgado Pesantes y Ávila en sus respectivos trabajos, refuerza significativamente el sistema presidencial de gobierno, lo hace por una cuestión histórica derivada de la historia ecuatoriana, y por qué no decirlo, de la historia de América Latina.²⁵ Empero, reconocer que el presidente puede legítimamente impulsar una política legislativa para realizar su programa de gobierno, no significa asumir que se convierta en el principal y único promotor de la transformación social. Es indispensable, en este ámbito, valorar el papel del Congreso en la concretización legislativa del programa constitucional, y sobre todo, generar todas aquellas condiciones para que las medidas de control político y jurisdiccional incorporadas a la Constitución sean eficaces y se pongan como garantías válidas frente a un poder que, al menos en el papel, aparece con un abultada lista de atribuciones.

No hay que olvidar, además, que el proceso de cambio político y social requerirá de un tiempo prudente y necesario para rendir sus primeros frutos y que, eventualmente, necesitará de ajustes sobre la marcha. La so-

²³ *Ibidem*, p. 2.

²⁴ *Ibidem*, pp. 24 y 25.

²⁵ Salgado, Pesantes, "Sistema de gobierno...", *op. cit.*, p. 10. Ávila, *cf.* "El constitucionalismo ecuatoriano...", *op. cit.*, pp. 10 y ss.

ciudad ecuatoriana, en este sentido, deberá ser más paciente que en el pasado reciente, en donde el deseo de cambio inmediato, producto de la misma realidad andina, ha generado grandes expectativas que después, al paso de unos años, se convierten en grandes desilusiones.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Las ponencias de los profesores Salgado Pesantes y Ávila nos aproximan al nuevo texto aprobado por una amplia mayoría del pueblo ecuatoriano. Describen el nuevo modelo de Constitución impulsado, la nueva estructura del Estado que se erige para generar un renovado tipo de organización institucional anclada en el pleno reconocimiento y disfrute de una gran gama de derechos e, igualmente, se detienen en un punto neurálgico para la vida institucional del Estado, como son las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo.

Por este hecho, las valoraciones que ahora puedan hacerse tienen que ser confirmadas o negadas por la realidad efectiva en la medida en que, como hemos señalado líneas atrás, la Constitución se exterioriza a través de un acto puntual en el tiempo, fijado a la hora de la aprobación referendaria de su texto, pero sobre todo, representa un proceso histórico que se ve expuesto a múltiples factores que lo enriquecen o empobrecen, que lo fortalecen o que coadyuvan a debilitarlo.

Lo que no parece estar en duda es que el gran reto del Estado ecuatoriano es sentar las bases para hacer realidad, en el menor tiempo posible, el modelo igualitario que se encuentra en lo más hondo de la Constitución, pero hacerlo de una manera tal que el desmantelamiento de las viejas estructuras institucionales y la imposición de las nuevas no signifique el sacrificio de las libertades que la misma Constitución reconoce a todos, incluidos por supuesto, y de manera particular, los de todos aquellos que ideológicamente no comparten el modelo constitucional adoptado.

La fortaleza de una Constitución reside justamente en permitir que las distintas fuerzas políticas luchen por imprimir su ideología al edificio estatal, respetando los límites que impone el propio texto. Me parece que la legitimidad, la viabilidad y la permanencia de la Constitución ecuatoriana se encuentra en compartir como premisa de partida y de llegada, la remoción de parte de los poderes públicos de aquellos obstáculos que impidan el pleno goce y disfrute de los derechos para generar un Estado

más justo e igualitario, pero reconocer al mismo tiempo, que no existe una estrategia única para alcanzar esas metas y que es posible llegar a ellas a través de políticas legislativas impulsadas por fuerzas políticas asentadas en ideologías diferentes, e incluso opuestas.

Para conseguir lo anterior, inexorable resulta que la propia Constitución, sus instituciones y sus funcionarios se hagan cargo de proteger y promover las condiciones esenciales de la vida democrática, entre las que destaca, de modo preponderante, la tutela de los derechos de participación política.

EL CONSTITUCIONALISMO ECUATORIANO.
BREVE CARACTERIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN
DE 2008

Ramiro ÁVILA SANTAMARÍA *

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El desarrollo constitucional del Ecuador*. III. *Antecedentes de la Constitución de 2008*. IV. *Caracterización de la Constitución de 2008*. V. *Perspectivas*.

I. INTRODUCCIÓN

El 20 de octubre del 2008 entró en vigencia en la Constitución Política del Ecuador¹ (en adelante “La Constitución”), aprobada mediante referéndum el 28 de septiembre del mismo año. La Constitución contiene importantes innovaciones y ha sido objeto de múltiples comentarios, más políticos que jurídicos, y el debate, como se explicará, se ha restringido a aspectos puntuales. Actualmente, la Constitución está en proceso de implementación, que no ha sido pacífico, y es parte de una transformación política que pretende reinstitucionalizar al Estado y alterar las relaciones inequitativas que existen en el país.

Este ensayo está dividido en cuatro secciones. En una primera realizaremos una breve síntesis histórica del desarrollo constitucional ecuatoriano; en segundo lugar relateremos la trayectoria política de la última reforma constitucional; en una tercera parte destacaremos las instituciones que caracterizan a la nueva Constitución ecuatoriana; finalmente, haremos un balance sobre la situación actual y el impacto que ha tenido, ad-

* Doctor en juisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

¹ La Constitución se publicó con el Registro Oficial 449.

virtiendo que es aún prematuro cualquier análisis definitivo sobre su realización y eficacia.

Aunque es inevitable hacer valoraciones de carácter político, haremos el intento de ser objetivos y críticos.

II. EL DESARROLLO CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

Ecuador ha tenido diecinueve constituciones sin contar una primera expedida en 1812 que no fundó propiamente al Ecuador como República y que, más bien, fue un acto de respaldo a la Corona Española que había sido temporalmente desplazada por Francia). Ecuador, como sostiene el historiador Ayala Mora y que resume nuestro proceso constitucional):

tiene un record en la adopción de nuevas constituciones. Pero esto no se debe fundamentalmente a la necesidad de cambios sino, más bien, a la inestabilidad política, que ha traído consigo dictaduras frecuentes. En medio del enfrentamiento político se han establecido gobiernos de hecho y se ha roto o derogado la Constitución vigente. Al cabo de un tiempo de régimen dictatorial, se ha vuelto al régimen jurídico mediante la emisión de una nueva Constitución que, por lo general, ha entrado en vigencia con un nuevo gobierno electo.²

Muchos criterios podríamos utilizar para analizar los periodos históricos en los que hemos tenido Constituciones. Uno de ellos, el más clásico, sería asociar las Constituciones a los periodos de influencia política de los presidentes. El otro, de acuerdo a grandes periodos históricos, lo dividiríamos en las Constituciones del siglo XIX y las del siglo XX, que no aporta mayores luces al análisis. Adoptaremos uno, en función de la prevalencia ideológica entre lo liberal y lo igualitario. Desde esta perspectiva podríamos periodizar al constitucionalismo ecuatoriano en dos grandes periodos, que representan a dos modelos: liberal e igualitarista. En el primero distinguiríamos cuatro fases del liberalismo: 1) conservador, 2) laico, 3) social, y 4) neoliberal. En el segundo tenemos la primera Constitución 5) igualitarista, que es la del 2008, y está por verse si realmente marca el inicio de un nuevo periodo significativo y duradero.

² Ayala Mora, Enrique, *Ecuador patria de todos*, 2a. ed., Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Corporación Editora Nacional, 2004, p. 190.

1. *Modelo liberal*

El modelo liberal se basa en el ejercicio de las libertades individuales. Uno de los mejores exponentes es R. Nozck.³ En este modelo, el Estado tiene que ser mínimo, lo suficiente para garantizar la seguridad de los contratos, la propiedad y el monopolio de la fuerza para reprimir delitos. Cualquier exceso se considera abusivo y una extralimitación intolerable. Por ejemplo, el sacrificio de la propiedad, vía tributos, con el pretexto de redistribución no se puede considerar legítimo. En el modelo liberal, como consecuencia, tenemos el predominio económico y político de grupos humanos identificables, que tienen mayores capacidades para ejercer sus libertades y predomina el individualismo como forma de vida y modelo económico.

Constitucionalismo liberal-conservador. El derecho constitucional decimonónico, que es propiamente liberal-conservador, asoció riqueza con poder político y el Estado no reguló en absoluto la economía; podría afirmarse, en términos contemporáneos, que el libre mercado y el sector privado caracterizaban el espacio público. En cuanto a los derechos, los reconocidos son exclusivamente los individuales, de carácter civil y político. El debate giró alrededor de la política; en esta línea, las normas constitucionales establecieron el requisito fundamental para ejercer la libertad en el ámbito público: la ciudadanía. Fueron ciudadanas las personas mayores de edad, hombres, propietarios que no trabajaban en relación de dependencia y educados, y en una de las constituciones hasta católicos.⁴ Por supuesto que tales requisitos sólo tuvo un actor fundamental, después de la independencia de la colonia española: la clase criolla, conformada por propietarios de hacienda, ricos comerciantes importadores y exportadores, banqueros y, a finales del siglo XIX, manufactureros e industriales.⁵ Éstos accedieron a cargos de representación, ejercieron la soberanía popular y expresaron, mediante leyes, la voluntad general. Este fenómeno fue común en Francia, Inglaterra⁶ y también,

³ Véase Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, USA, Basic Books, 1974, p. 26.

⁴ Constitución de 1869, que fue conocida en Ecuador como la “Carta Negra” del presidente García Moreno.

⁵ Paz y Miño Cepeda, Juan J. y Pazmiño, Diego, “El proceso constituyente desde una perspectiva histórica”, *Nueva Constitución, Revista La Tendencia*, Quito, Gráficas Araujo, 2008, p. 28.

⁶ En Inglaterra, el enunciado de igualdad será “efectivo exclusivamente para los hombres varones que son propietarios virtuosos, excluyendo así a las mujeres, a los es-

por supuesto, en toda Latinoamérica. En nuestro continente, se entendía como “pueblo” “exclusivamente como el cuerpo civil de criollos ilustrados y poderosos, y excluía de la soberanía popular al pueblo ínfimo, criollos e indios iletrados”.⁷ “Las masas indígenas, los antiguos esclavos africanos, los mulatos y los zambos, los mestizos y los inmigrantes empobrecidos constituirán un pueblo de pobres excluidos de la ciudadanía real”.⁸ En Ecuador, las doce primeras constituciones tienen estas características.

Constitucionalismo liberal-laico. La Constitución de 1906 marca una nueva época en el constitucionalismo ecuatoriano, caracterizado por el laicismo: separación del Estado a la Iglesia, secularización de la cultura, se reconocen las libertades de los ciudadanos. El ámbito de discusión ya no es meramente político sino también económico. Se liquida, por ejemplo, el concertaje y se confiscan las tierras a la Iglesia. Sin embargo, el ámbito de la ciudadanía sigue siendo restringido y el modelo político, marcado por un presidencialismo autoritario, siguió siendo el mismo.

Constitucionalismo liberal-social. Aunque puede sonar contraproducente el calificativo liberal-social, en esta época, que comienza con la Constitución de 1929, es liberal en tanto es un modelo económico individual, privado, de un Estado mínimo, con ciudadanía restringida. En cuanto a la teoría del derecho, pregonada en las universidades, desarrollada por tratadistas y aplicadas por la administración de justicia, gira alrededor del Código Civil y de la protección de los intereses de los propietarios. Es social en tanto se reconoce derechos sociales, económicos y culturales comenzando por los derechos laborales y a mediados del siglo pasado con los derechos a la educación, seguridad social y salud, estos últimos a partir de 1945), el Estado asume ligeramente un rol más activo en la economía se crea, por ejemplo, el Banco Central y la Contraloría del Estado), se esboza una reforma agraria (1963) y se reconoce la responsabilidad social de la propiedad, subordinándola incluso al interés del país. Nuevos actores aparecen en la arena pública, especialmente los trabajadores y los partidos de izquierda socialista y comunista). A finales de los años sesenta y hasta los años ochenta tendremos, con una influencia

clavos africanos, a los indios americanos y a los asiáticos, a los trabajadores ingleses asalariados)”. Véase Dussel, Enrique, *Política de la liberación, historia mundial y crítica*, Madrid, Trotta, 2007, p. 271.

⁷ *Ibidem*, p. 417.

⁸ *Ibidem*, p. 422.

norteamericana marcada, regímenes militares anticomunistas y autoritarios. En esta época los intereses privados vuelven a tomar fuerza Constitución de 1967) y se visibilizan clases sociales con privilegios, cuestión que se acentúa con el “desarrollo” provocado por la explotación del petróleo, que se convertiría en “un momento excepcional para el crecimiento empresarial en el Ecuador, que definitivamente consolidó el sistema capitalista”.⁹

Constitucionalismo neoliberal. Esta fase, que también podríamos identificar como de transición hacia la democratización del Estado, comienza con la Constitución de 1979, en la que se establece una economía planificada de mercado, se amplían los catálogos de derechos, reconociendo explícitamente los derechos económicos, sociales y culturales, se amplía el ámbito de la ciudadanía y, por tanto, los derechos políticos (por ejemplo, analfabetos). La presencia de nuevos actores, en particular los indígenas, es notoria en la esfera pública. Sin embargo, como dice Paz y Miño, “la balanza se inclinó a favor de los grupos de poder, con alto perjuicio para la sociedad ecuatoriana”.¹⁰ En esta época, que coincide con el famoso consenso de Washington al que Ecuador se suscribe —y que “avanzó a pesar y en contra de la mayoría del pueblo ecuatoriano”—¹¹ el país privatiza muchos servicios públicos, desregula la economía y se flexibilizan las relaciones laborales.

En 1998 se expide la última Constitución del siglo pasado, aprobada por una Asamblea Nacional, que fue “hegemonizada por los intereses y conceptos de las élites del poder”.¹² Aunque, hay que afirmarlo, hubo importantes avances en materia de derechos, tales como los derechos de los indígenas, de los niños y niñas, de las mujeres, de las personas con discapacidad, entre otros, determinó que el Estado es social de derecho, estableció un Tribunal Constitucional, estableció constitucionalmente el amparo como garantía judicial. Sin embargo, todos los reconocimientos en derechos, que se consideró un avance, no tuvo su contraparte institu-

⁹ Paz y Miño Cepeda Juan J. y Pazmiño, Diego, *op. cit.*, p. 36.

¹⁰ *Ibidem*, p. 37.

¹¹ Ramírez Gallegos, Franklin, “Proceso constituyente y tránsito hegemónico”, *Nueva Constitución, Revista La Tendencia*, Quito, Gráficas Araujo, 2008, p. 58.

¹² Paz y Miño Cepeda, Juan J. y Pazmiño, Diego, *op. cit.*, p. 38.

cional.¹³ Además, “la Constitución de 1998 legitimó una economía excluyente... en función de la liberalización de la economía, armonizándola con la globalización de la economía mundial, para atraer y captar inversión extranjera”.¹⁴ El Estado mínimo junto con crecientes demandas sociales, agravadas por una crisis bancaria en de 1999, hicieron que las promesas de los derechos de esta Constitución se incumplan y que las garantías también sean ineficaces. El Tribunal Constitucional, al final, no fue el tan deseado árbitro de la constitucionalidad y más bien, como ha sido tradición en el Ecuador, se sucedieron varios golpes de Estado y los militares resolvieron las crisis políticas.

2. *Modelo igualitarista*

Por un modelo igualitarista entendemos, tal como lo describe Pablo Andrade, desde una posición filosófico-política:

...el derecho a la autoderminación colectiva, es decir el auto gobierno de la sociedad en su conjunto, y de los individuos por separado. Adicionalmente, una posición igualitaria apoya la idea de que la voluntad ciudadana debe tener un amplio espacio en las instituciones que gobiernan la vida política. En tercer lugar, una concepción igualitaria toma en serio la necesidad de garantizar a todos los miembros de la sociedad colectiva e individualmente) su pleno desarrollo y autonomía esto es, no habría tal cosa como una ciudadanía política que no pueda ejercerse por falta de recursos económicos, acceso a la educación y otros servicios básicos). Finalmente, el igualitarismo es antagónico con la pretensión mayoritaria de imponer un solo modo de vida como deseable o adecuado, dejando a la decisión individual esta elección.¹⁵

¹³ “Una Constitución avanzada desde la perspectiva de los derechos expresada en su parte dogmática, pero retrasada en su parte orgánica o sea en aquella que define los mecanismos concretos de realización de los derechos bajo forma de decisiones políticas, o de políticas públicas”. Echeverría, Julio, “Plenos poderes y democracia en el proceso constituyente ecuatoriano”, en Echeverría, Julio y Montúfar, César (eds.), *Plenos poderes y transformación constitucional*, Quito, Abya Yala, 2008, p. 33.

¹⁴ Paz y Miño Cepeda, Juan J. y Pazmiño, Diego, *op. cit.*, p. 38.

¹⁵ Andrade, Pablo, “Prólogo”, Verdesoto Custode, Luis, *Procesos constituyentes y reforma institucional*, Quito, Flacso-Abya Yala, 2007, p. 12.

Sin duda alguna, como intentaremos demostrar en las características, la Constitución ecuatoriana inaugura una nueva forma de concebir la constitucionalidad, los derechos, las garantías, la organización del Estado y la misma supremacía constitucional desde un modelo igualitarista, que no proscribire ni posterga las conquistas liberales en materia de derechos humanos, aunque condiciona algunos derechos como la propiedad privada.

III. ANTECEDENTES DE LA CONSTITUCIÓN DE 2008

Desde la vigencia de la Constitución de 1998, Ecuador sufre una manifiesta crisis económica, política-institucional y social. En lo económico, en 1999, desde el gobierno se ordenó el congelamiento de los depósitos, se descalabra el sistema bancario y se dolariza la economía, lo que provocó una pauperización de la situación de las ecuatorianas y ecuatorianos, que asumieron los costos de una administración bancaria poco transparente, dispendiosa y hasta corrupta. En lo político-institucional, tres presidentes son derrocados y tenemos ocho gobiernos distintos, tenemos cuatro cortes supremas de justicia que se cesan en sus funciones por intervención de otros poderes, tres tribunales constitucionales que no dejan de tener influencia en sus decisiones por parte del congreso y del ejecutivo, los partidos políticos pierden total legitimidad y son rechazados mayoritariamente por la población; podríamos afirmar que no hay poder ni órgano del Estado, incluyendo el Congreso Nacional y el Tribunal Supremo Electoral, que haya concluido normalmente sus periodos de designación.

En suma: “la precariedad de la institucionalidad democrática, la desestabilización de la economía y la sociedad, y el progresivo repliegue de las élites hacia el control de espacios locales... convirtieron al Estado en una débil estructura política incapaz de catapultar ninguna dinámica de articulación en torno a actores políticos con proyecto y vocación hegemónica en el nivel nacional”.¹⁶ En lo social, la protesta en las calles no cesó de manifestarse, tanto en contra de los gobiernos de turno como en favor de mejores condiciones de vida.

¹⁶ Ramírez Gallegos, Franklin, “Proceso constituyente y tránsito hegemónico”, *Nueva Constitución, Revista La Tendencia*, Quito, Gráficas Araujo, 2008, p. 59.

En estas circunstancias, Rafael Correa conforma el movimiento Alianza País, se postula como candidato a la presidencia y se presenta con una estrategia, como la califica Ramírez, antisistémica, con la promesa de un cambio radical, en sintonía con los anhelos de la ciudadanía.¹⁷ Sus propuestas de campaña se materializaron en la no presentación de candidatos al Congreso Nacional, en el no juramento ante la Constitución de 1998 cuando se posesionó, en la convocatoria a una Asamblea Constituyente de plenos poderes para dictar una Constitución y reformar institucionalmente al Estado, en el cese de funciones del Congreso, en el no pacto con las fuerzas políticas tradicionales, en denostar a sus adversarios políticos, a las élites económicas y a los medios de comunicación.

La estrategia antisistema funcionó. El movimiento Alianza País obtuvo representación mayoritaria en la Asamblea. El movimiento, que no ha tenido una trayectoria histórica considerable, estuvo conformado por personas con tendencias ideológicas e intereses heterogéneas y hasta contradictorias. Los debates en el pleno fueron formales; la verdadera discusión se produjo fuera del recinto parlamentario en reuniones del bloque de Alianza País. Por otro lado, la metodología adoptada no fue la más adecuada para redactar la Constitución se dividieron en mesas temáticas, que estaban totalmente desvinculadas de lo que sería la estructura de la Constitución y, en consecuencia, se duplicaron esfuerzos y hasta se aprobaron en mesas aspectos incompatibles). Además, la Asamblea expidió normas jurídicas distintas a las constitucionales,¹⁸ que han sido duramente criticadas por la oposición y los medios de comunicación, y que ocuparon tiempo y atención de la Asamblea que, en algunos casos, no contribuyeron al delineamiento de la Constitución. Finalmente, para evitar incumplir los plazos establecidos en el mandato constituyente, la Asamblea aprobó gran parte de la Constitución en el último mes de trabajo. Por estas razones, F. Ramírez tiene razón cuando afirma que “en este escenario surge un proyecto constitucional presentado al país no con todo el rigor democrático que era de esperarse”.¹⁹ A pesar de ello, la Asamblea, como pocos espacios democráticos, en su primera fase, recibió a cientos de personas y agrupaciones y procesó, de igual modo, semejante cantidad

¹⁷ Ramírez, Franklin, *op. cit.*, p. 52.

¹⁸ La Asamblea Constituyente aprobó 6 leyes y 21 mandatos constituyentes. Véase <http://www.asambleaconstituyente.gov.ec/> visita 26 de febrero 2009).

¹⁹ Ramírez, Franklin, *op. cit.*, p. 64.

de propuestas, y logró plasmar interesantes innovaciones en relación con la Constitución anterior y a un modelo distinto de constitucionalismo.

IV. CARACTERIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 2008

En esta parte del ensayo partimos de la premisa de que la calificación al Ecuador, establecida en las primeras palabras del artículo 1o. de la Constitución del 2008, como un “Estado constitucional de derechos y justicia” sintetiza el contenido de todo este texto normativo. En un trabajo anterior desarrollamos las concepciones de cada una de estas palabras,²⁰ en este lo que intentaremos es demostrar que las tres palabras, que caracterizan al Estado ecuatoriano, son ejes transversales en todas y cada una de las instituciones reconocidas y reguladas por la Constitución. Las categorías nos permiten destacar los cambios paradigmáticos de un modelo de Estado a otro, como un salto hacia adelante, y también visualizar las innovaciones en dos áreas: la teoría del derecho y el modelo político de Estado.

El Estado constitucional nos ayuda a responder las preguntas sobre *quién* es la autoridad, *cómo* se hacen las normas y *qué* contenido deben tener. El Estado de derechos nos da luces para responder *dónde* encontramos las normas y *para qué* se las expiden. Finalmente el Estado de justicia nos resuelve el problema del *por qué* el Estado.

Este acápite está dividido en tres partes comprensivas que corresponden a cada una de las categorías determinadas en la calificación que hace la Constitución al Estado como constitucional, de derechos y justicia, y en seis otras partes que pretenden dar contenido a las preguntas sobre el derecho y el Estado que tienen respuesta en la Constitución.

1. *Del Estado legal al constitucional*

El Estado constitucional es el resultado de la evolución del Estado legal. El Estado legal se basa en el principio de legalidad, por el que todo acto del poder sólo puede hacer lo determinado en la ley y todo acto privado es per-

²⁰ Véase en Ávila Santamaría, Ramiro, “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”, Ávila Santamaría, Ramiro, *Constitución del 2008 en el contexto andino, Análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Quito, V&M Gráficas, 2008, pp. 19-38.

mitido en tanto no esté prohibido. El Estado constitucional, en cambio, se basa en que los actos públicos y privados están sometidos a la Constitución, incluso la ley. Tres preguntas son claves para distinguir estos dos modelos: quién, cómo y qué.

A. *Quién*

En un modelo anterior al Estado legal, que se suele identificar como el *Anciane Régime*, la autoridad estaba determinada por quien se imponía por la fuerza: *rex facit legem*.²¹ La autoridad es anterior y superior a la ley. Hay que suponer que los grados de temor y también de inseguridad en relación con quien ejercía el poder, eran enormes. El Estado legal de derecho significa un avance significativo frente a este modelo. La autoridad está sometida a la ley: *lex facit regem*. La ley es anterior y está sobre la autoridad y ésta sólo puede hacer lo establecido en la ley. En el Estado constitucional las máximas autoridades están definidas en la Constitución, tanto su nominación, su forma de designación como sus competencias, y están sometidas a la Constitución. En esta caracterización no hay mayor diferencia entre el Estado legal y el constitucional de derecho, salvo que el procedimiento de nominación y las competencias tienen control constitucional por parte de la Corte Constitucional. Es más, se podría afirmar que el sometimiento de la autoridad a la ley, en el modelo legislativo, es semejante en el modelo constitucional.

“Quiénes”, en la Constitución del 2008, son las autoridades que ocupan distintos espacios de poder:²² 1) el pueblo, que ejerce el poder a través de la organización colectiva,²³ de la participación en los diferentes niveles de gobierno,²⁴ de la democracia directa,²⁵ de las organizaciones políticas,²⁶ de la representación;²⁷ 2) las personas assembleístas;²⁸ 3) el

²¹ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2002, p. 21.

²² Constitución de 2008, título IV, “Participación y organización del poder”, capítulo primero, “Participación en democracia”, artículos 95-118.

²³ Constitución de 2008, título IV, sección segunda, artículos 96-99.

²⁴ Constitución de 2008, título IV, sección tercera, artículos 100-102.

²⁵ Constitución de 2008, título IV, sección cuarta, artículos 103-107.

²⁶ Constitución de 2008, título IV, sección quinta, artículos 108-111.

²⁷ Constitución de 2008, título IV, sección sexta, artículos 112-117.

²⁸ Constitución de 2008, título IV, capítulo segundo, artículos 118 y 119.

presidente o presidenta;²⁹ 4) los jueces y juezas;³⁰ 5) el Consejo de participación ciudadana y control social y órganos de control; 6) el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral, y 7) la Corte Constitucional.

Uno de los mayores problemas no superados por la Constitución del 2008, y que se viene arrastrando desde la primera Constitución en el Ecuador, es el fortalecimiento del presidencialismo. Parecería que las Constituciones siempre estuvieron realizadas y promovidas bajo la sombra del personaje histórico del momento y que no han permitido el fortalecimiento de una democracia más participativa y una auténtica división y control de poderes. En este sentido, el presidencialismo marcado en la Constitución del 2008 no cambia sustancialmente en el 2008 y, más bien, “existe un reforzamiento del presidencialismo a través del aumento de potestades para influir en las políticas legislativas de forma proactiva y reactiva”.³¹ Era de esperarse, si se aprendía las lecciones de la historia, que una ruptura importante en términos de avances constitucionales era la instauración de un régimen semiparlamentario.

Destaquemos dos diferencias importantes con el constitucionalismo pasado. La una es que se añaden dos poderes más a los tradicionales: la función ciudadana y control social y la electoral. La idea de la primera es “institucionalizar la participación ciudadana en todo el ciclo de la gestión pública; es decir, en la planificación, presupuestación, contratación, ejecución, evaluación y control de la gestión pública”.³² La función electoral pretende “garantizar su independencia y garantizar realmente la voluntad de los ciudadanos”.³³

²⁹ Constitución de 2008, título IV, capítulo tercero, artículos 141-146.

³⁰ Constitución de 2008, capítulo cuarto, artículos 167-189.

³¹ Balda Santiestevan, Rafael, “Hacia un nuevo sistema de gobierno: diseño constitucional del presidencialismo en la nueva Constitución del Estado ecuatoriano”, en Ávila Santamaría, Ramiro, Grijalva, Agustín y Martínez, Rubén, *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 188.

³² Tola, Betty, “Participación ciudadana, democracia y buen vivir”, *Debate de la nueva Constitución, Revista de Análisis Político La Tendencia*, Quito, núm. 7, marzo-abril de 2008, p. 69.

³³ Hernández, Virgilio, “Democratizar la democracia: el reto de la nueva Constitución”, *Debate de la nueva Constitución, Revista de Análisis Político La Tendencia*, Quito, núm. 7, marzo-abril de 2008, p. 21.

El otro “quién” importante es la creación de la Corte Constitucional y el fortalecimiento de sus competencias de control sobre todos los actos del poder público, ya porque atentan contra la supremacía de la Constitución ya porque violan derechos con rango constitucional. El Tribunal Constitucional, configurado en la Constitución de 1998, adoleció de grandes defectos: no aseguró la eficacia de la Constitución, no tuvo independencia real ni fue altamente profesional, no fue un verdadero “juez del legislador”, en lugar de resolver problemas políticos de forma jurídica al aplicar la Constitución los intensificó y, lo peor de todo, fue “la precariedad en la protección de los derechos fundamentales”.³⁴ La Corte Constitucional tiene una nueva forma de integración, periodo y atribuciones; entre las atribuciones novedosas en Ecuador está la de ser el máximo intérprete de la Constitución ya no el Parlamento), la de poder controlar todo acto de poder público incluso las sentencias definitivas de última instancia exceptuadas expresamente en la Constitución de 1998), la de ser el árbitro de los conflictos de competencias antes los garantes del orden jurídicos, en última instancia, eran los militares), son órganos de cierre en el control jurídico- político, crean precedentes rompe con el sistema de fuentes de derecho restringidas a la ley como principal y al resto como secundarias) y desarrolla el contenido y alcance de los derechos y corrige las prácticas estatales y privadas que generan violaciones de derechos.³⁵

B. *Cómo*

El Estado legal sacraliza la forma como una garantía para la seguridad jurídica. En los Estados prelegales no hay procedimientos preestablecidos para expedir normas. La voluntad de la autoridad estatal se manifiesta de formas que no tienen control público. En el Estado legal los procedimientos son importantes. No se puede hacer la ley de cualquier manera sino de la forma determinada previamente en la ley. De igual modo que en la pregunta

³⁴ Grijalva, Agustín, “¿Constitución sin constitucionalismo?: urgencia de un Tribunal Constitucional independiente”, *Los temas de la constituyente, Revista Foro*, Quito, núm. 7, Universidad Andina Simón Bolívar, primer semestre 2007, p. 79.

³⁵ Véase Grijalva, Agustín, “La Corte Constitucional y el fortalecimiento de las garantías”, *Nueva Constitución, Revista La Tendencia*, Quito, Gráficas Araujo, 2008, pp. 118-135.

anterior, en el Estado constitucional no hay mayor diferencia, salvo que siempre el procedimiento para la elaboración de una ley debe estar en la Constitución y la alteración del procedimiento está sujeta a control constitucional. Esta garantía se denomina, en el constitucionalismo, vigencia o validez formal.

La Constitución del 2008 tiene toda una sección, dentro del capítulo segundo (Función Legislativa), que se denomina “Procedimiento legislativo”.³⁶ En este procedimiento se regula sobre qué temas requieren ley, los tipos de leyes orgánicas y ordinarias que se distinguen por el número de personas que requiere para ser aprobadas), las entidades que tienen iniciativa legislativa, el número de debates, el rol del Presidente como legislador³⁷ y su posibilidad de veto parcial o total,³⁸ y sobre el trámite especial de las leyes de urgencia.³⁹ La Corte Constitucional tiene la potestad para resolver acciones de inconstitucionalidad por la forma.⁴⁰

C. *Qué*

“Qué” es lo que se debe legislar o normar es la pregunta esencial que marca la diferencia entre el Estado legal y el constitucional. En el primero, la materia legal depende exclusivamente de la configuración del parlamento. Si se respeta la forma, se supone que el debate democrático realizado por los representantes elegidos mediante votación produce la mejor opción de normatividad. La justicia de las leyes se asume y no es posible cuestionar su validez. En el Estado constitucional, en cambio, no existe libertad de parte de los parlamentarios para decidir la agenda legislativa. Existen expresas prohibiciones para el legislador, tales como no emitir leyes que sean contrarias a la Constitución o los derechos, y existe un marco referencial para legislar. De esta forma, además de la validez formal, se requiere la validez sustancial o material.⁴¹

³⁶ Constitución de 2008, artículos 132-140.

³⁷ Constitución de 2008, artículo 147 11).

³⁸ Constitución de 2008, artículos 137-139 y 147 12).

³⁹ Constitución de 2008, artículo 140.

⁴⁰ Constitución de 2008, artículo 436 2).

⁴¹ Véase Ferrajoli, Luigi, “Juicios sobre la vigencia y juicios sobre la validez. Dos aporías teóricas: la valoratividad y la discrecionalidad de los juicios de validez”, *Derecho*

La Constitución del 2008 tiene una norma que establece la finalidad del Poder Legislativo y el contenido de las normas:

La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.⁴²

Es evidente, entonces, que el paradigma del Estado constitucional, en el que se vincula y limita a todo poder, incluso al legislativo y al judicial ordinario, se encuentra plasmado en la Constitución del 2008.

2. *Del Estado de derecho al Estado de derechos*

El Estado de derecho se caracterizó, aunque suene tautológico, por el sometimiento del Estado al derecho, entendiendo al derecho como el conjunto de normas válidas formalmente incorporadas al sistema jurídico. La referencia para la comprensión del fenómeno político y jurídico fue el derecho. El derecho se basta a sí mismo: por el derecho se crea el derecho, por el derecho se entiende e interpreta el derecho, por el derecho se pretende solucionar los problemas que se producen en la vida real. El derecho, en suma, es autónomo, no requiere del auxilio de otras ciencias para su comprensión ni siquiera de la realidad para su aplicación. Sobra decir que la comprensión del derecho se restringe a la ley y, por tanto, a la producción legislativa. Por su parte, el Estado es el destinatario principal del derecho, ya como estructura, ya como garante de las relaciones jurídicas de las personas. El Estado es el último obligado y es el ente que tiene exclusivamente el monopolio de la fuerza y de ahí los vínculos y límites que imponen los derechos. La frase que resume esta forma de entender el derecho es *lex dura lex*. La ley, mien-

y razón, *teoría del garantismo penal*, 7a. ed., Madrid, Trotta, 2005, pp. 874-876, y Serrano, José Luis, *Validez y vigencia, la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Trotta, 1999.

⁴² Constitución de 2008, artículo 84.

tras está vigente, debe cumplirse, aún cuando se piense que el resultado en la realidad es una injusticia. El cambio de paradigma nos plantea otra pregunta en relación con el objetivo del Estado y su relación con el sistema jurídico.

A. *Por qué*

En el Estado de derechos los puntos de referencia y análisis cambian profundamente. Por un lado, 1) el Estado está sometido a los derechos, 2) el derecho del que de éste emana está sometido a los derechos de las personas y las colectividades. Por otro lado, 3) el punto de referencia ya no es exclusivamente el Estado sino el poder. Todo poder que pueda vulnerar o vulnerar los derechos humanos, están limitados y vinculados por los derechos. Esto es lo que Alexy llama el “efecto de irradiación”.⁴³ Todo poder, público o privado, está sometido a los derechos. Finalmente, para reforzar la idea de que los derechos están por sobre el Estado, el derecho y cualquier poder, se desarrollan de manera integral las 4) garantías.

Veamos como se manifiesta esta afirmación en el texto constitucional del 2008.

1) El Estado sometido a los derechos:

1. Es deber primordial del Estado garantizar el efectivo goce de los derechos.⁴⁴
2. El más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos.⁴⁵
3. La participación en todo asunto de interés público es un derecho.⁴⁶
4. La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa no pueden atentar contra los derechos.⁴⁷

⁴³ Alexy, Robert, “Efecto en terceros o efecto horizontal”, Teoría de los derechos fundamentales, España, Centro de Estudios constitucionales, 1997, pp. 506-524.

⁴⁴ Constitución de 2008, artículo 3 1).

⁴⁵ Constitución de 2008, artículo 11 9).

⁴⁶ Constitución de 2008, artículo 95.

⁴⁷ Constitución de 2008, artículo 84.

5. La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas, cuya rectoría la tiene el ejecutivo,⁴⁸ garantizan derechos.⁴⁹
6. Los jueces y juezas administran justicia con sujeción a los derechos.⁵⁰
7. La función de transparencia y control social protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos.⁵¹
8. La función electoral garantiza los derechos de participación política.⁵²

Toda función del Estado, en suma, está vinculada y sometida a los derechos. Podríamos seguir con la enumeración y afirmar que esta relación de sometimiento a los derechos se repite en la administración pública,⁵³ en el modelo de desarrollo,⁵⁴ en el sistema económico,⁵⁵ en la deuda externa,⁵⁶ en la formulación del presupuesto del Estado,⁵⁷ en el sistema financiero,⁵⁸ en los sectores estratégicos, en la inversión,⁵⁹ en la producción.⁶⁰

2) El derecho sometido a los derechos: esto quiere decir, que nuestros representantes parlamentarios y todo funcionario con potestad normativa no tienen libertad para configurar la ley y otras normas jurídicas, sino que están estrechamente vinculados por los derechos. Los derechos se entienden y se interpretan a partir de la realidad en la que ocurren las violaciones o restricciones a su ejercicio. Luego, el derecho, incluyendo a los derechos, no puede ser autónomo sino que es reflexivo y se entiende gracias al auxilio de otras ciencias.

1.

⁴⁸ Constitución de 2008, artículo 141.

⁴⁹ Constitución de 2008, artículo 85.

⁵⁰ Constitución de 2008, artículo 172.

⁵¹ Constitución de 2008, artículo 204.

⁵² Constitución de 2008, artículo 217.

⁵³ Constitución de 2008, artículo 226.

⁵⁴ Constitución de 2008, artículo 275.

⁵⁵ Constitución de 2008, artículo 233.

⁵⁶ Constitución de 2008, artículo 290 2).

⁵⁷ Constitución de 2008, artículo 298.

⁵⁸ Constitución de 2008, artículo 358.

⁵⁹ Constitución de 2008, artículo 339.

⁶⁰ Constitución de 2008, artículo 319.

En ningún caso las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos.⁶¹

2. La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra norma.⁶²
3. Los derechos son de inmediato cumplimiento y aplicación por parte de cualquier autoridad pública.⁶³

3) Todo poder sometidos a los derechos: el Estado no es ya el destinatario exclusivo de las obligaciones sino cualquier ente, persona o colectividad que está en relación de poder con otra. Es lo que en la doctrina se denomina el “efecto horizontal”. Si hay una relación jurídica en la que una de las partes está en situación de sumisión o subordinación y esto genera violación de derechos, existe la posibilidad de controlar ese poder. En la Constitución se permite, con absoluta claridad, la posibilidad de plantear una acción de protección de derechos en contra de particulares, no sólo cuando actúa por delegación o aquiescencia del Estado, o cuando provoca un daño a un derecho colectivo, sino en cualquier posibilidad en la que se violen derechos fundamentales.⁶⁴

4) Todo el Estado es garante de los derechos: la Constitución ecuatoriana supera la visión reduccionista de que solo las garantías son jurisdiccionales y, entre éstas, que son cautelares o residuales. La Constitución del 2008 asume que las funciones normativas, políticas y jurisdiccionales son garantías para viabilizar, promover y respetar el ejercicio de derechos de las personas. En este sentido, las garantías incluso dejan de ser un solo capítulo de la Constitución sino que se extienden a todo el texto constitucional.⁶⁵ Las garantías son, según la Constitución, de tres clases: las normativas, por las que todo ente público con facultades normativas, tiene el deber de respetar y de desarrollar los derechos de la parte dogmática,⁶⁶ las garantías de políticas públicas, servicios públicos y participa-

⁶¹ Constitución de 2008, artículo 84.

⁶² Constitución de 2008, artículo 424.

⁶³ Constitución de 2008, artículo 426.

⁶⁴ Constitución Política del Ecuador, artículo 88.

⁶⁵ Acosta, Alberto, “El sentido de la refundación constitucional en tiempos de crisis”, *El debate de la nueva Constitución, La Tendencia, Revista De Análisis Político*, Quito, 2008, p. 15.

⁶⁶ Constitución, artículo 84.

ción ciudadana, por las que se debe a través de éstas también garantizar derechos y a través de la participación,⁶⁷ y las garantías jurisdiccionales, que son los mecanismos a través de los jueces para proteger integralmente los derechos.⁶⁸ En las garantías jurisdiccionales existen algunas novedades importantes: se instaura a nivel constitucional un proceso de conocimiento que supera la limitada concepción de lo cautelar, el proceso es reparativo y la reparación es integral, tanto material como inmaterial, de tal forma que se supera el concepto civilista de indemnizaciones y se recogen los avances del derecho internacional de los derechos humanos), y es contra cualquier persona, pública o privada, que ejerza poder así se supera la tradicional concepción de que el Estado es el único actor que puede violar derechos). De esta manera, todos los derechos están protegidos y por todas las instancias estatales, con garantía reforzada por el poder constitucional de los jueces y juezas.

B. *Dónde*

La pregunta que se relaciona con la otra forma de entender al Estado de derechos tiene relación con las fuentes. La ley es la única y exclusiva fuente en el Estado liberal y en este reinado legal se sustentaba la seguridad jurídica. Lo único malo de este reinado fue que se desconoció y, por tanto, se dejó de considerar como objeto de la ciencia jurídica, otros órdenes normativos que nunca dejaron de existir y de producir eficacia en las relaciones humanas.

La pluralidad jurídica es, pues, la otra comprensión necesaria a la idea de “derechos”. La ley era la “reina” de las fuentes en el Estado liberal o legal de derecho. Comprensible desde cierta perspectiva histórica, cuando el Estado nacional debía consolidarse a través de varios instrumentos, entre los más importantes la producción exclusiva del derecho. De esta forma, el derecho que no era reconocible desde el Estado simplemente no era derecho.

El “monismo” de las fuentes generó la invisibilización de otras posibilidades de comprensión del derecho y, por tanto, de otras formas de hacer justicia. El Estado constitucional reconoce varios derechos, además

⁶⁷ Constitución, artículo 85.

⁶⁸ Constitución, artículo 86-94.

del producido por el parlamento: el derecho internacional, la jurisprudencia internacional, la jurisprudencia constitucional nacional, las políticas públicas, el derecho indígena y hasta la moral crítica.

El derecho internacional se encuentra “atravesado” a lo largo del texto constitucional, ya como fuente de los derechos⁶⁹ ya como jerarquía normativa.⁷⁰ No es cualquier derecho internacional sino aquel que tiene por objeto la protección de las personas y no las relaciones entre el Estado u objetos de carácter patrimonial-comercial. La expresión invocada por la Constitución es la de los “instrumentos internacionales”. Intencionalmente el abanico de instrumentos se ha abierto. No se limita a los convenios, que requieren firma, ratificación y depósito, sino a lo que se conoce en el derecho internacional como *soft law*, en cuya categoría se incluyen las declaraciones, las resoluciones de órganos de Naciones Unidas, las normas mínimas, las directrices, las observaciones generales, entre otras.

La jurisprudencia internacional es norma de cumplimiento obligatorio en el Ecuador y puede ser demandada su ejecución a través de la acción por incumplimiento, que textualmente determina que “...tendrá por objeto garantizar... el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos...”.⁷¹ De igual modo que en los instrumentos internacionales, no es cualquier órgano internacional sino aquel que tiene competencia en derechos humanos; se excluyen, por tanto, los órganos que se refieren a materias comerciales o cuyo objeto no sea la protección de la persona.

La jurisprudencia nacional, como fuente del derecho, la encontramos en las atribuciones de la Corte Constitucional, cuando se dispone que “sus decisiones tendrán carácter vinculante”.⁷² Las sentencias de la Corte Constitucional tienen efecto general y obligatorio para toda autoridad pública. Es de entender, porque no puede ser de otra manera cuando se aplican principios como los de los derechos humanos, que los jueces, en sus casos, también generan jurisprudencia que les vinculan a ellos o ellas y a las partes en el conflicto jurídico.

⁶⁹ Constitución de 2008, artículo 11 7).

⁷⁰ Constitución de 2008, artículo 424.

⁷¹ Constitución de 2008, artículo 93.

⁷² Constitución de 2008, artículo 436 1).

Las políticas públicas generan también normas que tienen las características de leyes, en el sentido que son generales y de cumplimiento obligatorio. Un plan de acción, un proyecto, un programa, que tiene fondos públicos, tiene responsables, actividades concretas y formas de medir su ejecución.⁷³

El derecho indígena está expresamente reconocido como un sistema jurídico que tiene su dinámica propia, distinta a la justicia ordinaria, y que tiene procedimientos, autoridades, sentencias, ejecución.⁷⁴ El gran reto que tiene la justicia ordinaria es evitar ser racista, aprender a marcar la línea que separa al un sistema del otro, y aprender en cuestiones que son difíciles de abordar, tales como la oralidad, la confianza en la palabra, las sanciones que fortalecen el vínculo social.

Finalmente, la moral podría ser considerada una fuente más del derecho, si consideramos que los derechos humanos son valores reconocidos y acordados universalmente. No cualquier valor tiene que ser considerado por el derecho sino aquellos que están constitucionalizados. La moral nos importa en tanto introduce al derecho la valoración de la justicia y esto nos lleva al último punto de nuestra caracterización. En la Constitución existe una referencia expresa a reconocer derechos que no están reconocidos en el sistema jurídico positivo, cuando determina que “el reconocimiento de los derechos y garantías... no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”.⁷⁵ ¿Qué es la dignidad? Es una pregunta que nos lleva a la moral y a la filosofía para responderla.

3. Del Estado inequitativo al Estado de justicia

“No es fácil creer en la ley en América Latina. No es fácil hacerlo cuando ella convive tranquila —y a veces sin inmutarse siquiera— con situaciones de desigualdad, exclusión y pobreza que poco tienen que ver

⁷³ Constitución de 2008, artículo 85.

⁷⁴ Constitución de 2008, artículo 171.

⁷⁵ Constitución de 2008, artículo 11 7).

con la igualdad, la libertad y la dignidad de los seres humanos y menos aún con la generalidad de la ley”.⁷⁶

A. *Para qué*

Hay muchas formas de entender la justicia y esta vez la vamos a abordar desde la organización social.⁷⁷ Tenemos varios paradigmas para tratar el tema. La forma clásica es a través del paradigma libertario y el paradigma igualitarista. Quizá el debate más celebre sobre estos modelos es el que se puede desprender del análisis de la *Teoría de la Justicia* de J. Rawls. Unos le acusan de que existe en su teoría un déficit igualitario y otros que existe un déficit libertario.⁷⁸ Más allá de las discusiones sobre las cualificaciones de una sociedad justa, podríamos con la teoría de Rawls caracterizar a una sociedad injusta.⁷⁹

1. Los peor situados están peor absolutamente.
2. Los peor situados están peor que otros.
3. Los mejor situados no se pueden imaginar la situación de los peor situados y por lo tanto existe un gran nivel de insensibilidad de los primeros en relación con los segundos.⁸⁰
4. La situación de los peor situados es generalizable en la población y en la mayoría de los aspectos de la vida.
5. Los mejor situados pueden mejorar las circunstancias de los peor situados. La sociedad que genera injusticia, por tanto, es evitable.
- 6.

⁷⁶ Binder, Alberto, “Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual”, *Justicia Penal y Estado de Derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 2004, p. 297.

⁷⁷ Sobre la relación de la justicia en la teoría del derecho, véase Ávila Santamaría, Ramiro, “Estado constitucional de derechos y justicia”, *op. cit.*

⁷⁸ Gargarella, Roberto, “La polémica en torno a los derechos colectivos”, *Las teorías de la justicia después de Rawls, Un breve manual de filosofía política*, España, Píados Estado y Sociedad, 1999.

⁷⁹ En adelante usaré la lectura de Pogge sobre la teoría de la justicia de Rawls, en Pogge, Thomas, “Propuesta para un dividendo sobre recursos globales”, *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, Brasil, núm. 6, año 4, 2007, pp. 145-169.

⁸⁰ Véase, sobre este punto, el profundo ensayo de Vilhena Vieira, Óscar, “Desigualdad y Estado de derecho”, *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, Brasil, núm. 6, año 4, 2007, pp. 40-51.

Los mejor situados modelan, según sus intereses, el orden social y político y lo imponen a los peor situados. Existe una red global institucional estatal para mantener el sistema educación, comercio, diplomacia, medios de comunicación y fuerza policial y militar).

7. El orden social e institucional reproduce la desigualdad. A menos que se justifique que es el mejor ordenamiento de todos los posibles, carece de legitimidad.
8. Puede existir otro orden social y político.
9. La desigualdad no es atribuible a factores extra sociales. Si los peor situados se los pone en otro contexto geográfico, político y social, no serían pobres.
10. Sólo los mejor situados disfrutan de las ventajas de la explotación, uso e intercambio de los recursos. Los peor situados están excluidos sin compensación. Los pobres comparten las cargas de la degradación de la explotación de los recursos naturales. El uso de ellos es unilateral por parte de los mejor situados y se generan élités globales y locales.

Si nosotros ponemos cifras a estas consideraciones, sin duda podríamos describir a cualquier país de la región o al mismo Ecuador: pocos ricos que acumulan poder económico y político en desmedro de muchos pobres, desposeídos y sometidos. En suma, esta sociedad que produce desigualdad, peor y mejores situados, es una sociedad injusta. Ante esta realidad, podrían caracterizarse dos modelos, uno libertario y otro igualitario.

La Constitución del 2008 asume con vigor el modelo igualitarista, que se basa en la solidaridad, en la protección de los menos favorecidos o peor situados y en un Estado que no puede ser sino fuerte. Se entiende, en este modelo, que la gran mayoría de derechos, en su manifestación prestacional, no serían satisfechos por la iniciativa privada dado que no son rentables. Veamos algunos enunciados:

- Un principio fundamental del Estado es “la distribución equitativa de los recursos y la riqueza...”⁸¹

⁸¹ Constitución de 2008, título I, capítulo primero, artículo 3 5).

- El Estado adoptará medidas que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.⁸²
- La política económica tiene como objetivo, entre otros, asegurar la distribución del ingreso y la riqueza nacional.⁸³
- La política fiscal tiene como objetivos, entre otros, la redistribución del ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados.⁸⁴
- El desarrollo de políticas para erradicar la desigualdad y discriminación hacia las mujeres productoras.⁸⁵
- La elaboración de una política comercial que contribuya a reducir las desigualdades internas.⁸⁶
- El sector financiero tiene como finalidad la prestación sustentable, eficiente, accesible y equitativa de servicios financieros. El crédito se orientará de manera preferente a los grupos menos favorecidos.⁸⁷
- El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos.⁸⁸
- El Estado garantiza igualdad de derechos y oportunidades en el acceso a la propiedad.⁸⁹
- El Estado evitará el acaparamiento o la concentración de factores y recursos productivos, promoverá su redistribución y eliminará privilegios o desigualdades en el acceso a ellos.⁹⁰
- El Estado generará condiciones de protección integral que aseguren la igualdad en la diversidad y no discriminación, y priorizará su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración espe-

⁸² Constitución de 2008, artículo 11 2).

⁸³ Constitución de 2008, artículo 284 1).

⁸⁴ Constitución de 2008, artículo 285 1).

⁸⁵ Constitución de 2008, artículo 334 2).

⁸⁶ Constitución de 2008, artículo 304 4).

⁸⁷ Constitución de 2008, artículo 310.

⁸⁸ Constitución de 2008, artículo 314.

⁸⁹ Constitución de 2008, artículo 324.

⁹⁰ Constitución de 2008, artículo 334 1).

cial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia.⁹¹

- La distribución de los recursos destinados a la educación pública se regirá por criterios de equidad social, poblacional y territorial.⁹²

El orden social que propone la Constitución es uno en el que se pretende alterar el sistema que crea y reproduce una sociedad y un Estado en el que hay élites, los mejor situados, y la gran mayoría que son los peor situados. En esta lógica, la Constitución no es libertaria sino evidentemente igualitarista.

V. PERSPECTIVAS

1. *Las tensiones*

Dos tensiones se pueden visualizar. Una relacionada con el régimen de transición, esto es la aplicación inmediata de la Constitución, y otra relacionada con la cultura jurídica, que tiene que ver con la comprensión del texto constitucional.

El régimen de transición no ha sido fácil. Algunas normas, como aquella que ordenó el sorteo entre los magistrados de la Corte Suprema de Justicia para determinar la reducción de 31 magistrados a 21, fueron inaplicables; algunas instituciones se arrogaron funciones, como el Tribunal Constitucional que se autoproclamó en Corte Constitucional; algunos procesos se complicaron, como aquel de la selección del quinto poder en el que los criterios meritocráticos no fueron tan claros. Algunos sectores de oposición han afirmado que el régimen de transición tiene por objeto fortalecer el poder del presidente. Lo cierto es que ninguna transición es fácil y que, como todo proceso de cambio estructural, toma tiempo. Ecuador está a las puertas de un proceso electoral para renovar a todas las autoridades. El hecho de que el presidente y su movimiento político hasta el momento ha ganado democráticamente varias contiendas electorales no creo que signifique necesariamente que exista acumulación de poder y que éste sea arbitrario.

⁹¹ Constitución de 2008, artículo 334.

⁹² Constitución de 2008, artículo 348.

En relación con la cultura jurídica, se ha presentado un fenómeno parecido al que sucedió en Colombia cuando se enfrentaron concepciones de derecho distintas,⁹³ la una encabezada por la Corte Constitucional y la otra por la Corte Suprema de Justicia, y a la que se denominó metafóricamente “choque de trenes”. En Ecuador la línea contemporánea de derecho, que promueve un Estado constitucional garantista, se ha denominado “neoconstitucionalismo” a propósito del primer libro que publicó el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que fue inmediatamente posterior a la expedición de la Constitución, que se intitula *Neconstitucionalismo y sociedad*) y se ha enfrentado con el derecho civilista positivista. Así, por ejemplo, se ha afirmado que la doctrina sobre derecho constitucional hace retorcijones, y que “el ‘neo constitucionalismo’, significa poder sin reglas, colectivismo, ciudadanía sometida”,⁹⁴ que la teoría es una habilidosa fórmula para ocultar dictaduras⁹⁵ y que “la versión política del constitucionalismo, que tras la literatura y la retórica, revela, además, enorme pobreza conceptual y notable ausencia de raíces, de reflexiones propias”.⁹⁶ La descalificación a la Constitución y a la teoría que la sustenta ha sido a través de artículos de prensa, con carácter eminentemente político-opositor y no ha habido producción literaria importante ni sustentada filosóficamente. La Constitución requiere nuevas categorías jurídicas y de una renovada teoría del derecho, ya que está cargada materialmente de contenido, con muchos principios y con una Corte que produce derecho además del legislativo. La Constitución no puede ser leída a la luz del título preliminar del Código Civil. Lo que sucede en el plano doctrinario, se replica en el plano de aplicación del derecho. Superar estos problemas implican incidir en programas y metodologías nuevas de enseñanza en el derecho, tanto en universidades como en las instancias de aplicación de la ley, promover juristas creativos y críticos, desarrollar criterios de interpretación distintos a los tradicionales de

⁹³ Véase López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Colombia, Legis, 2006, pp. 326-330.

⁹⁴ Corral, Fabián, “Estado sin derecho”, *El Comercio*, 2 de febrero de 2009, http://www.elcomercio.com/noticiaEC.asp?id_noticia=254293&id_seccion=1 visita 27 de febrero de 2009).

⁹⁵ Corral, Fabián, “La Constitución arbitraria”, *El Comercio*, 9 de febrero de 2009 http://www.elcomercio.com/noticiaEC.asp?id_noticia=255789&id_seccion=1 visita 27 de febrero de 2009).

⁹⁶ Corral, Fabián, “¿Es útil la Constitución?”, *El Comercio*, 23 de febrero de 2009, p. 12.

resolución de antinomias subsunción) y anomias analogía) y, en fin, una relación de compromiso del derecho y quienes lo crean y aplican con los sectores más vulnerable de la sociedad.

Finalmente, podríamos afirmar que las críticas y comentarios a la Constitución se han reducido a aspectos puntuales de la Constitución y no se ha visto la misma en su integralidad. El presidencialismo y la idea de la concentración de poder han sido comentados sin analizar el garantismo que podría ser el límite y el control del poder ejecutivo. En unos casos parecería que la Constitución se reduce a la función ejecutiva⁹⁷ y que las garantías no son mecanismos de protección de derechos y en otros se ha sostenido que son contradictorias con el presidencialismo y que, en esa contradicción, prevalece el poder ejecutivo por sobre el control constitucional.⁹⁸ Por otro lado, desde la perspectiva metodológica, quienes han escrito sobre la Constitución confunden el plano de la realidad política con el modelo teórico-formal de la Constitución del 2008. Al confundir estos planos, fácilmente se cae en la falacia real, al suponer que la Constitución no tiene sentido porque no se aplica, cuando por ejemplo afirma que al existir un gobierno autoritario la Constitución avala una dictadura. Bobbio distingue con absoluta claridad estos planos, que se abordan desde perspectivas científicas distintas la justicia desde la filosofía, la validez desde la ciencia jurídica y la eficacia desde la sociología del derecho).⁹⁹

2. *Los retos*

Una Constitución con tal enumeración de derechos, como la ecuatoriana, puede generar algunos efectos negativos y otros tantos positivos.

⁹⁷ Torres, Luis Fernando, “El presidencialismo constituyente y el Estado constitucional de Montecristi”, Foro organizado por la Universidad Andina Simón Bolívar, noviembre 2008.

⁹⁸ Sin duda el trabajo mejor sustentado en términos teóricos de los que he podido conocer en contra de la Constitución, especialmente del régimen de transición y del hiperpresidencialismo, como lo llama, y que reconoce los avances en términos de constitucionalismo contemporáneo y garantismo, lo encontramos en Montúfar, César, *La Constitución ecuatoriana 2008 y su base de legitimación plebiscitaria*, Universidad Andina Simón Bolívar, Área de Estudios Sociales y Globales, Quito, febrero de 2009.

⁹⁹ Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, 2a. ed., Bogotá, Editorial Temis, 2008, pp. 22-24.

Entre los efectos negativos podemos enumerar las posibles ineficacia, ilegitimidad del Estado e inconsistencias normativas. Como efecto positivo, la materialización y la reinstitucionalización del Estado.

En Ecuador hay un dicho popular que dice que “los derechos son letra muerta” o que “los derechos son papel mojado”, para denotar que la brecha entre lo prescrito en la Constitución y la realidad son enormes e insuperables. El análisis sobre la realización de lo prescrito en la norma en la realidad es lo que N. Bobbio denominó eficacia.¹⁰⁰ En este punto entra en cuestión el funcionamiento efectivo de las garantías constitucionales. La función judicial y la Corte Constitucional está dotada de todas las herramientas y posibilidades para poder controlar todo acto del poder público que atente contra derechos o contra la supremacía constitucional. El reto, en este sentido, consiste en que la función judicial sea absolutamente independiente y que tenga el conocimiento y la sensibilidad suficiente para asumir el encargo de controlar la constitucionalidad. Si uno mira las estadísticas y las percepciones que tienen los usuarios de la función judicial, la primera reacción sería ser escépticos. Sin embargo, parecería que existe la voluntad política para que eso no suceda. Ecuador aprobó una Ley Orgánica de la Función Judicial que pretende constitucionalizar y profesionalizar, a través de evaluaciones constantes y de la escuela judicial, a todos los servidores de la justicia.

L. Ferrajoli¹⁰¹ sostiene que mientras más derechos se reconoce, más posibilidades de que un Estado se torne ilegítimo, y que, contrariamente, mientras menos derechos reconocidos, más legitimidad. Lo paradójico de la constatación es que en el segundo caso nos acercamos a un régimen autoritario en el que la voluntad soberana de la autoridad no suele ser contradictoria. El riesgo, en este sentido, de cualquier gobierno que aplique la Constitución es que será materialmente imposible tener un programa de plena realización de los derechos y que, por tanto, el nivel de frustración ciudadana sea enorme al punto de hacer ingobernable o impopular al gobierno de turno.

Finalmente, al ser la Constitución tan innovadora, el sistema jurídico ecuatoriano se ha tornado manifiestamente antinómico. Si bien se dice que, en materia de derechos, la Constitución es de aplicación directa e inmediata, no cabe duda que, por la cultura jurídica imperante en el país

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 20.

¹⁰¹ Ferrajoli, Luigi, *Razón y derecho, Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2001, p. 854.

que hace que el respeto a la ley por sobre cualquier otra norma sea casi incondicional, es importante la reforma jurídica integral del sistema normativo ecuatoriano. El gobierno del presidente Rafael Correa, no sólo por la agenda legislativa impuesta en las normas transitorias sino también por la necesidad de cambiar la estructura institucional del país, ha entrado en un proceso de reforma legislativa bastante intenso.

En lo positivo, el sistema jurídico, al menos en teoría, está fuerte y profundamente materializado, en el sentido de que los derechos humanos se han constituido en el fin del Estado y éste en un medio para su realización. No podría actividad alguna del Estado dejar de verse desde la realización o violación de los derechos.

Además, al considerar que todas las más altas autoridades públicas y los órganos democráticos de las funciones del Estado tienen reglas nuevas de funcionamiento y hasta de designación, y que las que están en funciones son transitorias, lo que se pretende es reinstitucionalizar al Estado. Existirán nuevas autoridades y se supone que lo que se procurará es la transformación del Estado.

El reto, entonces, consiste en minimizar o evitar los efectos negativos y potencializar y efectivizar los aspectos positivos que trae la Constitución.

LA NUEVA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR

Hernán SALGADO PESANTES*

SUMARIO: I. *Primera reflexión*. II. *Segunda reflexión*. III. *Tercera reflexión*. IV. *Sistema de gobierno: relaciones Ejecutivo-Legislativo*. V. *A manera de conclusión*. VI. *Bibliografía*.

En la tercera mesa de debate sobre Ecuador nos correspondió, al doctor Ramiro Ávila Santamaría y al suscrito, analizar las nuevas tendencias constitucionales en nuestro país, que tiene una flamante Constitución promulgada el 20 de octubre de 2008. Entre los aspectos positivos de este texto constitucional está la parte dogmática con sus principios, valores y derechos de la persona.

El desarrollo de los derechos humanos, su conciencia y aplicación, ha sido una de las tendencias que en los países latinoamericanos ha incidido favorablemente. También el constitucionalismo ecuatoriano recogió esta tendencia desde la carta política de 1929, la cual introdujo el denominado constitucionalismo social e incluso reconoció los derechos políticos de la mujer. En los años posteriores a la segunda gran guerra el catálogo de los derechos seguirían ampliándose, hitos importantes son 1945 y 1998.

La nueva Constitución del Ecuador, como bien lo ha expuesto mi antiguo discípulo doctor Ramiro Ávila, es muy progresista en materia de derechos y libertades, ellos han sido objeto de gran desarrollo y colocan a la vanguardia a esta Constitución. Comparto plenamente la mayoría de sus criterios en relación con la dogmática constitucional; sin embargo, con el fin de enriquecer nuestra discusión presentaré tres reflexiones res-

* Doctor en ciencias políticas por la Universidad *Pantheón Sorbonne* de París; ex magistrado del Tribunal Constitucional de Ecuador.

pecto de los derechos constantes en la Constitución de mi país, que creo puedan ser de utilidad.

I. PRIMERA REFLEXIÓN

Nuestra carta magna de reciente promulgación despojó a los derechos del calificativo de “humanos”, los menciona únicamente como “derechos”, sólo cuando se refiere a los instrumentos internacionales habla de derechos humanos.

En mi criterio, aquello entraña una disminución de su contenido esencial y jerarquía superior, no se trata de cualquier derecho o derechos. Al momento actual —2009— existe una aceptación universal en la comunidad de naciones para denominar como derechos humanos, a estos derechos inherentes a la persona, propios de su naturaleza y dignidad.

1. *La dignidad, fundamento de los derechos humanos*

Entre los fundamentos que se buscan para explicar la razón de ser de los derechos humanos, el más aceptable desde un punto de vista racional es el de la dignidad, atributo esencial e irrenunciable de toda persona, ella orienta su conciencia y voluntad. La dignidad que se inicia con la vida humana trasciende más allá de la muerte, y en el lapso intermedio la dignidad también se la construye.

La dignidad —*sensu stricto*— no puede ser considerada como un derecho más de la persona social o individual, la dignidad es la fuente primordial de los derechos humanos y, al mismo tiempo, viene a ser el resultado final, el corolario de un haz de derechos, derechos que deben concretarse para que la dignidad tenga una real dimensión. Asimismo, la vulneración de cualquier derecho humano afecta directamente a la dignidad de la persona y, por tanto, a su condición misma.

Si bien el número de los derechos humanos permanece indefinido (mientras exista el ser humano en la tierra) no así su contenido, el cual tiene que responder a la dignidad de la persona, es decir, los derechos humanos deben tener un contenido trascendental, abordar cuestiones que se consideran esenciales desde la perspectiva humana. Es en este punto que aparece la clara diferencia con la clasificación de los derechos subjetivos.

2. *¿Derechos subjetivos?*

La carta constitucional ecuatoriana al hablar simplemente de “derechos” corre el riesgo de que sean considerados como derechos subjetivos, tesis que no ha dejado de ser afirmada. Los derechos humanos no pueden ser considerados o catalogados como derechos subjetivos. En mi criterio, esto significaría reducir el valor y la finalidad de los derechos humanos. Veámoslo.

La categoría de derechos subjetivos aparece en contraposición con los derechos objetivos; se trata de una división —polémica— del derecho con miras a una mejor comprensión. Por un lado está la norma jurídica que regula las conductas y por otro la facultad o poder para actuar frente a los demás, en este último punto se sitúan los derechos subjetivos (mi derecho a...), ellos son numerosos y variados, van desde pretensiones muy simples hasta otras de mayor importancia.

Tradicionalmente, en la clasificación de los derechos subjetivos se ha incluido a los derechos personalísimos o de la personalidad que serían los derechos humanos.¹ De aquí se deriva el criterio de considerar como derechos subjetivos a los derechos humanos, lo cual no favorece a éstos ni les da la jerarquía que tienen, pues no se trata de cualquier pretensión o facultad, son derechos esenciales, fundamentales como los ha calificado el derecho constitucional.

Además, muchos tratadistas insisten en que el cumplimiento del derecho subjetivo o facultad se dará si la norma o derecho objetivo lo protege (por tanto si la norma positiva ordena el apartheid el involucrado no puede pretender que no se le dé este trato). Esta limitación no va con los derechos humanos, en nuestra época ya no queda al arbitrio de un Estado determinar los derechos que reconoce, para ello existe la protección internacional de los derechos humanos, con sus respectivos sistemas.

Por otro lado, para fundamentar los derechos humanos no serviría ninguna de las teorías elaboradas para explicar la naturaleza de los derechos subjetivos (por ejemplo, ni la teoría de los intereses jurídicamente protegidos de Ihering, ni la de la manifestación de voluntad de Windscheid).

¹ En los inicios del siglo XX, J. Jellinek hizo la clasificación de los derechos subjetivos públicos, donde distinguió tres clases de facultades: los derechos de libertad, los derechos que se traducen en la facultad de pedir la intervención del Estado, y los derechos políticos; estos derechos forman el *status* de una persona.

En conclusión, dada la jerarquía de los derechos fundamentales no es aceptable que se los califique simplemente de “derechos”, como cualquier pretensión, y, vale agregar, que tampoco se los puede concebir como categoría de derechos subjetivos, ellos se fundamentan en la dignidad humana. Por lo expresado, la denominación de “derechos humanos” ha sido universalmente aceptada hoy en día. Y si se trata de una categoría universal hay que seguir tales parámetros.

II. SEGUNDA REFLEXIÓN

La Constitución del Ecuador ha establecido un grupo de derechos (humanos) bajo la denominación “derechos del buen vivir”, en este grupo figuran unos derechos conocidos y otros nuevos (como el agua, la alimentación, el hábitad).² Esta denominación responde a la traducción que los constituyentes han hecho del vocablo quichua: *sumak kawsay*. Como se ha explicado a la opinión pública ecuatoriana, el *sumak kawsay* es la cosmovisión de los pueblos indígenas, donde conjugan sus creencias respecto a la madre naturaleza con una determinada forma de vida social y política.

Esta cosmovisión del pueblo quichua es muy respetable pero no es necesariamente la del pueblo ecuatoriano, mestizo en su mayoría. Los indígenas quichuas viven en la sierra ecuatoriana (hay otros que no son quichuas en la región amazónica y en la costa) y según datos censales representan menos de la cuarta parte de los trece millones de ecuatorianos que viven en el país.

La cosmovisión de la mayoría de ecuatorianos es la llamada occidental cristiana, similar a la que tienen los países latinoamericanos. En este contexto cultural, antropológico y político el *sumak kawsay* carece de sentido para la mayoría o, por lo menos, no será el que le atribuyen los indígenas quichuas. El concepto del buen vivir sufrirá distorsiones.

La idea mantenida por el constitucionalismo ha sido la de vida digna, y esta expresión se ha transformado en un referente común. La dignidad de la persona —preconizada por el cristianismo— ha servido de medida y estándar para el comportamiento social.

² En el título II, bajo el epígrafe de “Derechos”, consta el capítulo segundo “Derechos del buen vivir”, desde el artículo 12 de la Constitución, en adelante.

En síntesis, al consagrar el *sumak kawsay* se está desconociendo la cosmovisión que profesa la mayoría de ecuatorianos, incluso la de otros pueblos indígenas o nativos; de esta manera no se construye una sociedad pluralista, pues por este camino se incurre en una discriminación, tan lamentable como la ocurrida con los pueblos indígenas y que ahora se trata de remediar. Y, esto sucede en materia de derechos humanos ¿no es contradictorio?

III. TERCERA REFLEXIÓN

Un tema que generó mucha discusión ha sido el reconocer derechos a la naturaleza. Nadie ha puesto en tela de duda que los derechos implican también obligaciones o deberes (aunque nos hayamos acostumbrado a hablar únicamente de derechos). Se trata de dos aspectos correlativos, dos caras de una misma medalla. En el caso de la naturaleza —lógicamente— sólo se reconocen derechos pero no existen obligaciones.³

Me atrevo a sostener que si la naturaleza del planeta Tierra tiene valor es por el ser humano; la dignidad de éste se transmite a su entorno, a cuanto le rodea. En la hipótesis —no aceptable— de que desapareciera el ser humano de la Tierra, este planeta ya no tendría ningún valor trascendente, sería tanto como la Luna, Marte o un meteorito.

Desde el punto de vista jurídico no se ha ganado mucho con otorgar a la naturaleza determinados derechos, pues al tener una incapacidad absoluta se necesita la intervención de las mismas personas, utilizando la fórmula de los intereses difusos. Esto significa que en el Ecuador seguiremos actuando de la misma manera como se había venido haciendo. Cosa similar ocurre en todos los países al momento actual. Para no dañar ni afectar a la naturaleza lo que se necesita es, primero, tomar conciencia y, luego, poner en marcha controles efectivos y eficaces, que involucren al gobierno, a los jueces y a la ciudadanía.

Para concluir con el tema de los derechos humanos en la Constitución del Ecuador vale reiterar que los derechos cobran vida cuando se los practica tanto a nivel de ciudadanía como a nivel gubernamental. El cumplimiento de todos los derechos humanos significa un gran desafío

³ Hay mucho de ironía cuando frente a la proclama de derechos se piensa en las fuerzas de la naturaleza y en los daños que de ellas se derivan: terremotos, erupciones, inundaciones, sunamis, etcétera.

para el actual gobierno y para aquellos que democráticamente se sucedan en el poder.

Es de esperar que esta nueva Constitución no sea de las nominales o de papel, que los derechos y libertades no queden simplemente escritos. Que la nueva dogmática constitucional no implique una devaluación de los derechos. Y, ante la tendencia hacia el autoritarismo que caracteriza al actual gobierno ecuatoriano hay que tener muy presente que únicamente en democracia se pueden desarrollar los derechos humanos, de modo auténtico y efectivo.

IV. SISTEMA DE GOBIERNO: RELACIONES EJECUTIVO-LEGISLATIVO

1. *Planteamiento del tema*

En el Seminario de Santiago de Chile en septiembre de 2008 se analizó la trayectoria constitucional de los países de América del Sur, allí tuve la ocasión de exponer sobre los treinta años de democracia formal que vivió el Ecuador (1978-2008). Un punto de necesaria referencia fue el relativo a las complicadas relaciones entre Ejecutivo-Legislativo en el contexto de una frágil institucionalidad política y jurídico constitucional.

Ahora vuelvo sobre este tema, de manera específica, para tratar de aprehender los elementos esenciales de esta relación que, a no dudarlo, es básica para vivir una democracia constitucional. El análisis se insertará en la metodología establecida para este Seminario que busca evaluar el periodo 1978-2008, el cual se divide en tres decenios que permitan observar la trayectoria y experiencia constitucional del Ecuador, con sus oportunidades y riesgos.

No cabe duda que en cada época se presenta una gama de factores (socio-culturales, económico-políticos) que inciden en el derecho y particularmente en la Constitución, donde se reflejan las circunstancias históricas que atraviesa un pueblo. El resultado es un complejo proceso, que las fuerzas sociales buscan inscribirlo en el cambio político —que incluya a esos factores— pero un cambio con conciencia democrática: cuestión esencial para el suscrito.

2. *Las relaciones Ejecutivo-Legislativo en un sistema presidencial*

El proceso político que entrañan las relaciones Ejecutivo-Legislativo tiene que ser examinado desde la perspectiva de lo que constituye un sistema presidencial, aquel que fuera implantado en los países latinoamericanos con características a la vez propias y diversas de otros.

Al igual que en otros países de la región, el sistema presidencial ecuatoriano, desarrollado desde los inicios republicanos, se ha caracterizado por el predominio del Ejecutivo sobre el Legislativo —del presidente de la República sobre el Congreso—; este predominio ha derivado en ocasiones en una abierta hegemonía presidencial, al límite de la Constitución. El uno y el otro entrañan un franco autoritarismo, con intensidad diversa.⁴

En ese contexto, el Legislativo —representado por el Congreso— quedó supeditado a un nivel inferior del Ejecutivo presidencial, con pocas excepciones; una de ellas se dio con la Constitución de 1929, que inicia el constitucionalismo social en el Ecuador. Esta carta política introdujo determinados elementos del parlamentarismo y, al hacerlo de modo aislado, dio como resultado la desarticulación del sistema presidencial.⁵

Entre aquellos elementos constan el consejo de ministros, la responsabilidad solidaria del gabinete y el voto de desconfianza. Esto permitió al Congreso destituir a varios gabinetes, para finalmente terminar destituyendo al propio presidente de la República en 1933; hecho que propició inestabilidad en esa década.

En el Ecuador, como en los países de la región, todavía han quedado los ecos sobre la conveniencia de ir hacia un sistema semipresidencial, de acudir a las fuentes del sistema parlamentario para buscar elementos que permitan atenuar el presidencialismo y corregir algunas deficiencias.

⁴ En mi criterio, hay grados de diferencia entre predominio y hegemonía: en todo sistema presidencial (incluido el de los Estados Unidos) existe, como característica propia, un mayor despliegue de poder por parte del presidente sobre los demás órganos del Estado (ya por ser un órgano unipersonal, por sus atribuciones, por la acción de gobierno) lo que se traduce en un predominio; mas si dicho predominio significa sumisión de los demás órganos estatales estamos en una hegemonía, que dejó de ser una característica connatural a la presidencia y es una situación que bordea la dictadura. Nuestra experiencia es rica en este sentido.

⁵ Se puede consultar mi obra *Lecciones de derecho constitucional*, 3a. ed., Quito, Ediciones Legales, 2004, pp. 75 y 76.

La idea que tiene menos adeptos es la de sustituir el presidencialismo por un parlamentarismo.

En este punto, concuerdo con el análisis del profesor Jorge Carpizo sobre la necesidad de realizar un diagnóstico certero de nuestros presidencialismos, lo que nos demostrará que los fracasos democráticos no son atribuibles al sistema presidencial, las causas son otras.⁶

3. *La influencia transformadora del constitucionalismo social*

Luego de la Segunda Guerra Mundial el panorama constitucional es alentador y propicio al cambio de las estructuras estatales, y a la actitud positiva de los gobiernos para orientar y realizar políticas que satisfagan las necesidades vitales de la comunidad. Lo dicho se sintetiza en las tesis de justicia social.

En este ambiente de renovado optimismo van generándose los cambios, algunos más perceptibles que otros, que tomarán tiempo para alcanzar su realización. Bastante claras son las transformaciones en materia de derechos humanos, a tal punto que se puede afirmar que la conscientización de los derechos es un rico legado que nos transmitiera el siglo XX.

Es conocido que los derechos individuales son complementados con aquéllos de contenido económico, social y cultural, con los derechos colectivos y difusos; que hay —cada vez más— un catálogo creciente de las libertades y derechos de la persona humana, indivisibles e interdependientes; mientras se reconoce la diversidad de los grupos humanos que forman el Estado. Las garantías jurisdiccionales se inscriben dentro de la jerarquía constitucional. Y, a la tutela interna de los derechos se suma la protección supranacional.

En lo concerniente a las estructuras del Estado, los cambios tienden a impulsar una mayor participación ciudadana en las decisiones políticas, quedan rotas las restricciones al sufragio, se ponen en práctica los mecanismos de consulta popular (llámense referéndum o plebiscito, revocatoria o *recall*, iniciativa popular, etcétera), se da representación a las minorías. Se busca racionalizar la administración frente a un crecimiento de los servicios públicos, siendo indispensables los instrumentos de planificación económica y social.

⁶ Carpizo, Jorge, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 115 y ss.

Los tres clásicos poderes del Estado tendrán su reforma, no siempre adecuada ni compartida por todos. Es el caso del fortalecimiento del Ejecutivo que fuera propugnado para los sistemas de gobierno de tipo parlamentario, esta tesis no era aplicable a nuestros gobiernos presidenciales dado el carácter hegemónico o autoritario que han mantenido en el contexto institucional. No obstante, varios países de tipo presidencial —incluido el nuestro— consideraron que había que fortalecerlo, frente al Congreso.

Asimismo, para dar mayor representatividad al Ejecutivo, en el Ecuador y en otros países, se establece la elección presidencial en doble vuelta electoral (*ballotage*); algunos disponen la delegación legislativa para determinadas circunstancias o en receso del Congreso.

Bajo diversos criterios se reorganiza al Legislativo, se elimina al Senado y se establece la unicameralidad (en Perú y en Ecuador); se reajustan los sistemas de control político particularmente en lo relativo al *impeachment* o juicio político; en la iniciativa para presentar proyectos de ley va a tener un papel más activo el Ejecutivo, igual que en las reformas a la Constitución.

En lo relativo al Poder Judicial todos están de acuerdo en garantizar su independencia, modernizar la administración de justicia, adecuar el marco legal procesal, impulsar las escuelas judiciales. De manera casi general se establecen los consejos de la judicatura o magistratura.

Estos y otros cambios importantes se producen luego de la segunda guerra a nivel regional y mundial que permiten hablar de un nuevo constitucionalismo, donde el énfasis se pone en lo social y en la normatividad de la Constitución. A finales del siglo XX y comienzos del XXI esta evolución se acentuará con elementos que adquieren una nueva significación y son señalados como paradigmas constitucionales.

4. *Los límites fácticos del cambio, el Ecuador en la encrucijada*

Mientras el cambio jurídico constitucional avanza en la segunda mitad del siglo XX, para el Ecuador —y en general para América Latina— se presentan límites que obstaculizan este afán transformador. Uno de los mayores retos estuvo en superar las dictaduras militares y desterrar los regímenes autoritarios con sus constituciones nominales de mera fachada.

Para obviar este obstáculo se comprobó —y se continúa a comprobar— la necesidad de implantar una cultura democrática, pluralista y par-

ticipativa. Pero este camino pasa por erradicar la pobreza, acabar con la marginalidad social y hacer efectiva una distribución equitativa de la riqueza. A estos hechos se agrega un mal de nuestra época: el analfabetismo constitucional.

Para el Ecuador, de la segunda mitad del siglo XX, el cambio se presentó como un imperativo histórico. La transformación política, social y económica es una divisa que agitan los partidos de izquierda y los nuevos movimientos, es parte de las proclamas de los políticos que aspiran a convertirse en caudillos. La idea del cambio fortalece el discurso populista. Sin embargo, el *statu quo* se mantiene.

La cronología constitucional del Ecuador de la Segunda posguerra es bastante accidentada, lo cual afecta a las instituciones y gobiernos, y genera un círculo vicioso. Cuando las Constituciones ecuatorianas implantaron determinados cambios, éstos no pudieron concretarse debido a la inestabilidad política y los breves periodos democráticos no fueron suficientes para dar continuidad a la reestructuración del Estado.

Así, la Constitución de 1945 se presenta muy avanzada para la época pero sucumbe ante la inestabilidad; la de 1946 —menos ambiciosa que la anterior— logra dar cierta normalidad institucional hasta 1963, en que una dictadura militar pone fin al periodo; la de 1967 busca restaurar la democracia sin conseguirlo, y en la década de los años setenta vuelven los regímenes de facto.

Con estos antecedentes, señalados en lo principal, el Ecuador inicia la primera década de este periodo que quiere ser democrático.

5. Primer decenio 1978-1988

Para 1978 el Triunvirato militar preparaba la entrega del poder, una vez que se había aprobado un texto constitucional, de los dos que fueron presentados, en consulta popular de referéndum (15 de enero de 1978). Luego se realizaron las elecciones legislativas y presidenciales.

Al año siguiente el Ecuador regresó a la vida constitucional y tropezó con muchas dificultades tanto para fortalecer la frágil institucionalidad, como para hacer efectivo el respeto a la Constitución y a la ley. Sin embargo, y a pesar de las pugnas de poder, que se inician entre el presidente y el Congreso, se mantuvo el orden constitucional.

Comenzaré señalando los dos cambios importantes que se mantendrán en todo el periodo. En la mayoría de constituciones se estableció que haya también un vicepresidente para que acompañe al primer mandatario y le subrogue en caso necesario. La deficiencia es que nunca las constituciones le asignaron funciones concretas, sólo la de 1946 (tomando el modelo norteamericano) le puso como presidente del Senado y en consecuencia del Congreso.

Al respecto, en toda elección presidencial se elige también al vicepresidente y, anteriormente, se podía votar por separado lo que significaba que a un presidente le podía acompañar un vicepresidente postulado por un partido o movimiento contrapuesto. Este hecho era fuente de problemas y recelos de parte del primer mandatario.

Desde 1979, a la fecha, el binomio consta en una misma papeleta electoral, por tanto el triunfo del presidente es también el de su vicepresidente; de este modo, se eliminaron los problemas, pero no del todo, porque todavía hay suspicacias y recelos que el segundo mandatario esté actuando para captar el poder. Entonces la recomendación política es que quien acompañe al presidente sea una figura de segundo orden.

Personalmente he sostenido que bien puede eliminarse la figura del vicepresidente, pues no es realmente necesaria; la subrogación puede darse por otro conducto. Algunas Constituciones ecuatorianas así procedieron, hay experiencia, en estos casos quien subroga al primer mandatario es un ministro de Estado; nuestra práctica hizo que fuera el ministro del Interior (de Gobierno). Hasta tiempos recientes se han suscitado conflictos entre presidente y vicepresidente y, además, el costo burocrático es elevado.⁷

Otro cambio importante tiene que ver con la modalidad establecida en el texto constitucional para la elección popular directa del binomio presidente y vicepresidente de la República, se establece la doble vuelta electoral en caso de que el binomio vencedor no obtenga la mitad más uno de los votos válidos; es decir, se toma el sistema francés denominado *ballotage*.

Anteriormente bastaba la simple mayoría y los candidatos más votados, como el caso del doctor Velasco Ibarra (caudillo popular) obtenía en sus triunfos electorales entre un 33 y 40% de la votación total. No obstante, fue derrocado cuatro veces de sus cinco presidencias. Se pensó que

⁷ Si se quiere ampliar el tema, véase mi obra, *Lecciones de derecho constitucional*, op. cit., pp. 107 y ss.

para que un presidente tenga un respaldo político moral convincente nada mejor que sea elegido, al menos, por más de la mitad de los votos válidos de la población electoral participante.

Además, como en el Ecuador se presentan muchas candidaturas presidenciales (más de seis binomios) difícilmente se podrá ganar en la primera vuelta electoral, hecho que se ha confirmado hasta hoy pero que tal vez cambie con la nueva elección del actual presidente Correa; se pronostica que ganaría en la primera vuelta. En todo caso son situaciones diferentes, pues se trata de una reelección inmediata (estilo norteamericano), la primera de este género en el Ecuador, realizada por canales democráticos.

Esta segunda vuelta electoral, sufrió una variante desde 1998: es suficiente para ganar la designación si se obtiene más del cuarenta por ciento de los votos válidos y hay una diferencia mayor de diez puntos porcentuales sobre la votación del binomio que ocupa el segundo lugar. De esta manera continúa este cambio constitucional hasta la fecha.

Los críticos han expresado que este sistema no trae la estabilidad deseada y que más complica y pervierte las prácticas políticas, pues para la segunda vuelta se realizan toda clase de negociaciones con quien ocupa el primer lugar, la mayoría de las veces en pugna con los postulados éticos.

6. La estructura unicameral del Poder Legislativo

Cuando el Ecuador retornó al régimen constitucional, en 1979, lo hizo con un Poder Legislativo de estructura unicameral, lo que sucedía por cuarta vez en nuestra evolución política. Es decir, había algún antecedente pero en realidad no se había podido evaluar el sistema de la cámara única, debido a la inestabilidad que pronto sustituía una Constitución por otra.

En la búsqueda de un esquema diferente que permita un trabajo ágil al órgano legislativo, se consideró eliminar la cámara alta del senado. Una idea central fue que la bicameralidad constituye un freno al cambio, y si se quiere impulsar las transformaciones desde la Legislatura se necesita de un sistema unicameral. De este modo, se llevará de mejor manera la política legislativa y de fiscalización; además, por este medio se puede equilibrar a los poderes del Estado en cuanto a contrarrestar el predominio del Ejecutivo presidencial.

Bien se conoce que los argumentos en favor o en contra del bicameralismo o de la cámara única son relativos; es en función de la realidad

concreta de un país, de sus necesidades y experiencias que se puede tener elementos de convicción para adoptar uno u otro sistema.

En mi criterio, nuestro Congreso unicameral ha dejado mucho que desear, con pocas excepciones, estuvo lejos de ser un acelerador para el cambio. Su actividad legislativa siguió con igual o peor lentitud que cuando hubo bicameralidad, hubo precipitación —como dice la doctrina— para adoptar determinadas decisiones y también confirmó otro punto señalado por la doctrina, que es la concentración de poder.

En efecto, al haber un Congreso con una sola cámara, el poder de esta función estatal se torna fuerte y surgen conflictos con el Ejecutivo; al no haber la cámara del senado que pueda jugar un papel de árbitro mediador esos conflictos se vuelven sistemáticos e insolubles. El senado amortigua tales conflictos. También se podría calificar a estos criterios de relativos, pero tengo la seguridad de que esto ha sucedido en el Ecuador, agravado por la inestabilidad política. De lo expresado surgen —en mi concepto— los enfrentamientos con el presidente de la República.

7. Segundo decenio 1988-1998

Algunos analistas hablaron de que la década de los años ochenta fue una década perdida. Quizá incidió en este criterio el pobre crecimiento económico que tuvieron muchos de nuestros países. Ecuador sufrió en esa década serias catástrofes naturales (un terremoto que paralizó la exportación del petróleo; destrucción de las carreteras de la costa a causa de la denominada corriente del niño).

Estoy tentado a pensar que estos hechos ocasionados por la naturaleza impidieron a nuestra clase política a conspirar contra el orden constitucional, porque la sucesión presidencial continuó normalmente hasta 1997, fecha en que se produce la primera ruptura —de este periodo— con la destitución del presidente Bucaram. Dos años después será derrocado el presidente Mahuad y, después, vendrá un tercero.

A finales de este segundo decenio, el Congreso unicameral toma un papel de controversia frente al Ejecutivo, se presenta como un poder que confronta al presidente de la República. A estos hechos se los ha calificado como la “pugna de poderes”, que lo voy a examinar. Esta pugna se agravará en el tercer decenio (a partir de 2000). Más aún, el Congreso

unicameral jugará un papel decisivo en determinados momentos políticos, como lo señalaré.

8. *Pugna de poderes: Ejecutivo-Legislativo*⁸

Al revisar las relaciones Ejecutivo-Legislativo se observa que en el Ecuador, en estas últimas tres décadas (que conforman el periodo de este análisis), ha habido una falta de colaboración del Congreso con el presidente de la República, y, es conocido que dentro de un sistema de separación de poderes es importante el trabajo coordinado entre estos órganos. Sin embargo, algunos creen que la separación de poderes ha sido concebida para crear gobiernos débiles: que a esto conducen los pesos y contrapesos que finalmente se convierten en bloqueos, en responsabilidades divididas y en desconfianza entre los poderes; que esta es la paradoja del sistema presidencial.

En todo caso, la obstrucción que el primer mandatario ha encontrado en el Congreso, le ha llevado a buscar por todos los medios, incluso los no éticos, una mayoría para disponer de los votos necesarios para aprobar leyes o impedir la censura a los ministros de Estado. Es obvio que el presidente para desarrollar su programa de gobierno necesita el apoyo de los legisladores y al faltar esa colaboración ningún gobierno, sea de derecha o de izquierda, puede cumplir satisfactoriamente su programa en abierto perjuicio para el país.

En el medio político ecuatoriano no se ha comprendido que colaborar no significa dejar de lado el análisis crítico o la oposición constructiva; lo que significa es no obstruir la labor que emprende un gobierno.

Entre las razones para que se haya dado esta confrontación casi permanente entre los dos poderes del Estado, se puede señalar la fragmentación política que predomina en el Congreso, al no existir una representación mayoritaria de los partidos políticos. Esto ocurre ya porque los partidos y movimientos políticos son pequeños y numerosos, ya debido

⁸ Esta pugna de poderes entre las funciones ejecutiva y legislativa va a ser una constante en los gobiernos, acentuándose con mayor fuerza en los periodos comprendidos: entre 1984 y 1988 (gobierno del ingeniero León Febres Cordero) y desde 1996 en adelante (década que abarca a los periodos de los tres presidentes defenestrados y que son: Abdalá Bucaram (1997), Jamil Mahuad (2000) y Lucio Gutiérrez (2005).

al sistema electoral que posibilita el acceso de grupos minoritarios sin mayor representatividad ni ideología.

También se ha atribuido esta atomización por haber introducido para la elección presidencial la segunda vuelta electoral (*ballotage*), que en lugar de consolidar las alianzas partidarias las divide después de la elección. Personalmente creo que si esto sucede es por la poca o ninguna consistencia ideológica de las agrupaciones que se alían para la segunda vuelta, las cuales únicamente miran los beneficios que obtendrían al unirse al posible vencedor y al no conseguir sus pretensiones políticas cierran filas con la oposición.

Un mecanismo que permitiría obtener una mayoría partidaria en el Congreso, para articular su acción con la del presidente, tiene que ver con la elección de los legisladores en la segunda vuelta electoral (en el Ecuador se realiza en la primera vuelta). Pero lo dicho también resulta relativo cuando los partidos y movimientos políticos permanecen debilitados mientras prolifera su número, como ocurre en el Ecuador.

Entonces difícilmente un gobierno presidencial —al carecer de una representación mayoritaria en el Congreso— tendrá apoyo y colaboración. En este punto hay similitud con el sistema de gobierno parlamentario, con la diferencia de que las reglas de juego del parlamentarismo contemplan el cambio del primer ministro. En nuestro presidencialismo la sustitución del primer mandatario sólo ha traído graves complicaciones.

En suma, estos enfrentamientos o pugnas entre los dos poderes del Estado han incidido en nuestro sistema presidencial, modificando la relación de fuerzas. El Congreso tuvo un papel decisivo, tanto como lo fue el de las Fuerzas Armadas, para dar por terminadas las funciones de los tres presidentes que fueron defenestrados en la última década. La función legislativa propició la cesación de Bucaram en 1997, declaró el abandono del cargo de Mahuad en el 2000 e igualmente lo hizo con Gutiérrez en 2005.

Los reajustes introducidos en la derogada Constitución de 1998 buscaron mejorar estas relaciones Congreso-presidente, pero sin resultados positivos. Así, por ejemplo, se suprimieron las elecciones de diputados en medio periodo, es decir, cada dos años, tratando de evitar que ingrese al Congreso una mayoría opositora al Ejecutivo.

Igualmente, se modificó el juicio político en lo que respecta a los ministros para que no sean destituidos automáticamente al ser censurados y se optó por dejar en la decisión presidencial el removerlos o no. También

se dispuso que si se dieran conflictos de competencia entre el presidente y el Congreso, éstos puedan ser dirimidos por el Tribunal Constitucional.

Otra reforma de 1998 tenía relación con el periodo de sesiones del Congreso: debían laborar durante todo el año con dos recesos de un mes cada uno. Se pensó, entonces, que este sistema de trabajo permitiría al Congreso ser más ágil en los trámites de leyes y otros asuntos, pero no sucedió aquello; por el contrario, se podría afirmar que dedicaron mayor tiempo a obstaculizar la labor del Ejecutivo.

Algo positivo fue que en ese contexto ya no eran necesarios los periodos extraordinarios de sesiones, como sucedía antes. Había un abuso en convocar a los llamados “Congresos extraordinarios”. El Código de Ética creado para los legisladores en algo ha contribuido para que éstos tengan una actuación más transparente. En todo caso, este instrumento legal permite que el propio Congreso ejerza un control sobre sus miembros, so pena de ser despojados de su investidura.

Cabe poner de relieve el paulatino desprestigio que fue minando a la función legislativa, lo cual le ha debilitado grandemente en los últimos años. Este desprestigio del Congreso —y falta de credibilidad— tiene sus motivos: ya por haberse enfrascado muchas veces en una oposición irracional al Ejecutivo, utilizando en demasía el juicio político, o por el tráfico de influencias de los legisladores que han incurrido incluso en actos de corrupción.

Este desprestigio de la función legislativa explica lo sucedido en el gobierno del presidente Correa. Cuando en el 2007, la mayoría de legisladores de la oposición (57 de 100) fueron destituidos por el Tribunal Supremo Electoral, con la acusación de oponerse a la convocatoria de la Constituyente, la opinión pública encontró justificaciones para este hecho —a todas luces inconstitucional— y le restó importancia.

9. El tercer decenio 1998-2008

Como se dijo, después de la destitución del presidente Bucaram sobrevino en el 2000 la del presidente Mahuad y en el 2005 la del ex coronel Gutiérrez. El derrocamiento —casi secuencial— de tres presidentes tuvo una incidencia grave especialmente en el ámbito político, al romper los esquemas de gobernabilidad tan difícilmente construidos en el Ecuador, como en otros países de la región.

Estos hechos trajeron una crisis institucional que muchos creíamos superada. Igualmente graves y en extremo confusas fueron las consecuencias en el orden jurídico constitucional: ya porque se relativizaron los mandatos de la Ley Fundamental, con interpretaciones de carácter coyuntural, ya por la desvalorización misma de la Constitución.⁹

Para destituir un presidente de la República el único medio jurídicamente válido constituye el denominado juicio político (*impeachment*), institución que en la mayoría de países no está a la orden del día por las consecuencias que pueden sobrevenir. El remedio, como suele repetirse, será peor que la enfermedad. En un país como el nuestro, con una frágil institucionalidad, más fácil es tomar el atajo de la destitución de hecho, recubriéndola de juridicidad incluso para minimizar la intervención militar.

Estos hechos trajeron variadas consecuencias socioeconómicas, políticas y jurídicas, que a la postre llevaron a aceptar la instalación de una Asamblea Constituyente para que elabore un nuevo texto constitucional; este proceso —con algunas vicisitudes— concluyó en el tiempo previsto, y la Carta constitucional fue sometida a un referéndum.

10. *La disolución del Congreso y la destitución del presidente*

La nueva Constitución (de 2008) trae en su normativa un elemento del sistema parlamentario: el órgano legislativo, que ha sido denominado Asamblea Nacional, puede destituir al presidente de la República y éste puede disolver a la Asamblea.

Según la disposición constitucional, la destitución del primer mandatario opera: “1. Por arrogarse funciones que no le competan constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional. 2. Por grave crisis política y conmoción interna” (artículo 130).

Estas dos causales sirven igualmente para la disolución de la Asamblea Nacional, pero se le agrega una tercera relativa a la obstrucción que presente ésta a la acción del Ejecutivo:

⁹ Motivo de preocupación entre los constitucionalistas es esta pérdida de valor de la carta magna, de reducir la eficacia de sus normas a un simple criterio programático para un futuro que no llega. En este contexto, la frustración popular se resuelve cambiando de Constitución. No es de extrañarse que nuestro pueblo no diferencie un régimen dictatorial de uno llamado democrático y constitucional.

Artículo 148. La presidenta o presidente de la República podrá disolver la Asamblea Nacional cuando, a su juicio, ésta se hubiera arrogado funciones que no le competan constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional; o si de forma reiterada e injustificada obstruye la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, o por grave crisis política y conmoción interna.

Como se observa, para el presidente y para la Asamblea hay la causal de arrogarse funciones de modo inconstitucional, y para que proceda la destitución o la disolución, en este caso, debe haber un dictamen favorable de la Corte Constitucional. Desde el punto de vista constitucional, esta causal parecería razonable, pero ¿será confiable la Corte Constitucional? La actual, que usurpó funciones y de Tribunal se transformó en Corte, no es confiable, y, tiene un sometimiento vergonzoso al presidente.

La segunda causal que, posiblemente, recoge la experiencia de aquellas situaciones de trastorno social y político que llevaron al derrocamiento de tres presidentes, quiere encaminar constitucionalmente tales situaciones de crisis y conmoción. Pero, para considerar que hay una crisis y conmoción ¿cuáles serán los parámetros de análisis y de evaluación? En un país caracterizado por su inestabilidad me temo que esas mediciones serán subjetivas, de acuerdo a cómo soplen los vientos de la política.

Hay que precisar que por mandato constitucional estas atribuciones son ejercidas por una sola vez y dentro de los primeros tres años del cuatrienio del periodo de duración de estos órganos, lo cual es aceptable por los límites que se imponen. Igualmente, para la disolución como para la destitución, se prescribe que dentro del plazo de siete días el órgano electoral convoque a elecciones presidenciales y de legisladores por lo que queda del cuatrienio constitucional.

Esta última cuestión de poner término al mandato del jefe de gobierno y, del mismo modo, a los asambleístas, es una forma de zanjar un conflicto político que se adecua bastante bien a las características del régimen parlamentario. Como se sabe, esta situación político-jurídica configura la denominada arma de persuasión.

Para el Ecuador, esta arma de persuasión ¿surtirá todos sus efectos jurídico-políticos, como en el parlamentarismo? Me temo que, incluso si se lleva conforme al espíritu constitucional, la disolución y la destitución servirán para ocasionar mayores trastornos que para solucionar los con-

flictos políticos. En nuestro país, estas soluciones extrañas a nuestra cultura política son difícilmente adaptables.

No hay que olvidar nuestros antecedentes —que los mencioné al inicio de este ensayo—, tenemos un sistema presidencial (“presidencialista” según analistas europeos, como Duverger) donde hay un natural predominio del Ejecutivo —vale decir del presidente— que en nuestro medio se inclina más al ejercicio autoritario del poder, y que, no pocas veces, desemboca en la hegemonía arbitraria y despótica.

En todo caso hay que destacar que los constituyentes recogieron en forma completa la cuestión disolución-destitución, en el sentido de que la disolución del órgano legislativo no opera aisladamente (como fue propuesta en el pasado) y se pone en contrapartida la destitución presidencial; asimismo, se completa esta fórmula con el sometimiento de los dos poderes al veredicto popular, mediante nuevas elecciones.¹⁰

Vale señalar que aparte de esta fórmula parlamentaria de disolución-destitución, se mantiene en la Constitución el juicio político por parte del Legislativo unicameral al presidente de la República (artículo 129). Para ello es necesario que una tercera parte, por lo menos, de los legisladores lo soliciten y las causales son: 1) delitos contra la seguridad del Estado; 2) delitos de concusión, cohecho, peculado o enriquecimiento ilícito; 3) delitos de genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro u homicidio por razones políticas o de conciencia.

La última causal (tercera) no hubo anteriormente, en este aspecto es un avance positivo; lo inadecuado —en mi criterio— es que en este acto de control político muy propio de la función legislativa deba intervenir la Corte Constitucional con la finalidad de dar un “*dictamen de admisibilidad*”, conforme lo dispone el artículo 129 de la Constitución.

De esta manera, el dictamen de admisibilidad se convierte en un requisito necesario para que —el otrora primer poder del Estado— pueda iniciar el juicio político. Esta forma de organización constitucional es patética: demuestra claramente la disminución de atribuciones que sufre la función legislativa (que no sólo se da en este caso) mientras el Ejecutivo

¹⁰ En esto se distingue la concepción constitucional ecuatoriana de lo establecido en Perú en el artículo 134 de su carta política, impulsada por el señor Fujimori en 1993. Un caso propio de una dictadura camuflada fue la disolución impuesta en la Constitución paraguaya de 1967 por el “presidente” Strossner. El caso de Uruguay es diferente por cuanto allí opera un régimen semipresidencial, inspirado en el modelo francés.

aumenta las suyas. Mis compatriotas podrán argumentar que el desprestigiado Congreso, ahora transformado en Asamblea Nacional, no merece confianza. Esto significaría que la presidencia de la República sí es confiable y también lo es la Corte Constitucional, cuyo dictamen se pide en este y otros casos.

Con esta normativa se comprende porqué durante el periodo en que actuó la Constituyente se habló de que había que “blindar” al organismo de control de la constitucionalidad; blindaje que podría ser positivo si fuera para proteger y fortalecer el Estado de derecho. El tiempo que ha transcurrido desde la promulgación de la nueva Constitución y los hechos que ha protagonizado la autodenominada Corte Constitucional no abonan a pensar en aquello. ¿Será más promisorio el futuro de las instituciones ecuatorianas?

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Las relaciones Ejecutivo-Legislativo tienen particular importancia, al tiempo que reflejan la situación que vive un país. En el sistema presidencial uno y otro provienen de elección universal popular, lo cual les convierte en auténticos representantes o mandatarios de la voluntad nacional.

Como se sabe, el Ejecutivo y el Legislativo son los dos poderes o funciones que tienen a su cargo toda la actividad política del Estado, a diferencia del Poder Judicial y otros organismos estatales que se caracterizan por tener funciones esencialmente técnicas.

Las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo descansan en el clásico principio de la separación de poderes, que implica a la vez independencia y coordinación: conceptos básicos para el ejercicio de las competencias y funciones que la Constitución asigna a cada uno. Si los órganos actúan con independencia y coordinación se está en el buen camino del equilibrio institucional.

Todo sistema de gobierno democrático, no sólo requiere sino que exige, que exista una labor coordinada y de colaboración entre los órganos Ejecutivo y Legislativo; ni el presidente de la República puede menospreciar o subestimar al Congreso, ni los legisladores pueden bloquear u hostilizar la gestión administrativa del titular del Ejecutivo.

Todos estamos conscientes que por encima de uno u otro órgano del Estado están los fines y los valores superiores de la sociedad, que el

Estado social de derecho encuentra su razón de ser cuando crea las condiciones necesarias para alcanzar el desarrollo integral de su comunidad.

Uno de los principales problemas del Ecuador, que afecta a su gobernabilidad, ha sido la carencia —casi total— de encontrar vías de diálogo y de consenso en los temas políticos, que permita a sus actores establecer coincidencias y trabajar mancomunadamente en ellas. Constantemente se ha insistido en que hay que desarrollar la cultura política para saber dialogar y llegar al consenso.

Con el marco jurídico que establece la nueva Constitución, que confiere mayores atribuciones al presidente de la República mientras reduce las de la función legislativa, no se va a conseguir el ansiado equilibrio e independencia de los dos poderes que fortalezca nuestra frágil institucionalidad. En este contexto, todo dependerá de quien tenga mayoría en la Asamblea legislativa, pero esas mayorías también serán vulnerables, como ocurrió en el pasado reciente que las denominaron “mayorías móviles”.

La ausencia de partidos políticos democráticamente organizados complica esta situación. Las nuevas fuerzas sociales, particularmente los jóvenes (quienes a los dieciséis años ya pueden sufragar), deberán llenar esta carencia, al tiempo de impedir que los ecuatorianos caigamos en una polarización de fuerzas políticas, que sólo desgasta y desintegra.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, trad. y estudio preliminar de Héctor Fix-Zamudio, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, Quito, 20 de octubre de 2008.
- CARPISO, Jorge, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- FABRIS, Sergio Antonio (ed.), *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ensayos em homenagem ao professor Antonio Augusto Cancado Trindade*, Porto Alegre, 2005, t. I.
- MASTIAS, Jean y GRANGÉ, Jean, *Les Secondes Chambres du Parlement en Europe Occidentale*, París, Economica, 1987.

SALGADO PESANTES, Hernán, *Lecciones de derecho constitucional*, 3a. ed., Quito, Ediciones Legales, 2004.

———, *La Constitución y los derechos humanos*, en FABRIS, Sergio Antonio (ed.), *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ensayos em homenagem ao professor Antonio Augusto Cancado Trindade*, Porto Alegre, 2005, t. V.

ENTRE LA LIBERTAD, LA JUSTICIA Y LA EFICACIA
EN EL GOBIERNO: AVANCES Y DILEMAS DEL ESTADO
CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO LATINOAMERICANO

Raúl ÁVILA ORTIZ
J. JESÚS OROZCO HENRÍQUEZ
Daniel ZOVATTO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El panorama general*. III. *Seis temas desde la perspectiva comparada*. IV. *Tres experiencias nacionales alternativas a debate*. V. *Un tema adicional: instituciones de rendición de cuentas*. VI. *Conclusiones y reflexiones finales*. VII. *Bibliografía consultada y recomendada*.

I. INTRODUCCIÓN

El presente texto ofrece un apretado recuento de los principales planteamientos presentados a lo largo del Seminario Internacional que dio lugar al volumen que el lector tiene en sus manos. Sumado a lo anterior, esta colaboración rescata y coloca en la agenda temática que animó al Seminario un tópico específico relativo al sistema de gobierno, el cual involucra una de sus debilidades más notorias y exigencias ciudadanas más insistentes y justificadas: la rendición de cuentas. Asimismo, esta contribución pretende iluminar algunos de los avances prominentes y dilemas constitucionales sensibles que se infieren a partir de los valiosos análisis expresados durante el Seminario, los que reflejan un rico debate intelectual respecto a la intensa vida pública latinoamericana en la búsqueda por consolidar, y en algunos casos reconstituir, el Estado constitucional democrático en América Latina.

Para hacerlo, los coautores de este trabajo se han basado en las notas aportadas por Raúl Ávila; la refinación de una parte de un ensayo elabo-

rado por Jesús Orozco y Daniel Zovatto (citado en la bibliografía), y las reflexiones compartidas por los tres respecto a los temas examinados durante el Seminario.

Los coautores abrigan la esperanza de que las líneas que siguen aporten insumos complementarios a las contribuciones de los distinguidos especialistas que participaron en el referido Seminario y sean útiles para abonar a la comprensión de los avances y retos pendientes de la institucionalidad democrática en la región

II. EL PANORAMA GENERAL

Hace ya algunos años que las ciencias sociales, en general, y el derecho constitucional comparado, en particular, han dejado en claro que los métodos de análisis son instrumentos al servicio de su operador para producir conocimiento pertinente y válido. Así, ubicar los temas específicos de una agenda de investigación regional y nacional supone una “ida y vuelta” por el círculo de la inducción y la deducción, los datos empíricos y su confrontación con ideas y principios, así como el desarrollo de éstos para ser aplicados en la práctica y vueltos a contrastar más tarde.

Desde la perspectiva más general, los datos particulares se integran en un discurso que pretende ofrecer horizontes amplios para el análisis y la discusión más específicos. Ese fue el sentido de las tres conferencias magistrales que tuvieron espacio en el Seminario.

1. *Tendencias, retos y problemas generales del constitucionalismo y la democracia*

Al practicar un repaso de las principales tendencias del constitucionalismo y la democracia en América Latina a lo largo de los últimos treinta años, Jorge Carpizo (México) planteó un método de análisis a partir de un amplio listado de características de la democracia; sus retos; tendencias, y problemas.

En cuanto a sus *características*, es claro que la democracia representa un proceso progresivo y dinámico vinculado a los derechos humanos pues sin éstos y la división de poderes no hay Constitución, como no hay Constitución sin democracia pues mediante sus reglas se eligen gobernantes, distribuyen competencias y controla el poder.

La democracia incluye, entre otras notas distintivas, un orden jurídico, Estado de derecho y Constitución; no perpetuación en el poder; pluripartidismo; minorías protegidas; tutela de derechos humanos; derechos de libertad e igualdad; no discriminación; calidad de vida; transparencia; control del poder con pesos y contrapesos; laicismo; diálogo, negociación y concertación; medios de comunicación plurales y fuerza del estado protectora de derechos. La democracia se singulariza, especialmente, por su carácter de fuerza expansiva

En términos de los *retos*, es posible documentar ciclos y olas en los diversos Estados en favor y en contra de la democracia.

Así, se registra una ola inicial en favor de la democracia después de la Segunda Guerra Mundial; una contraola a partir de 1959, debido al impacto de la revolución cubana, que militarizó los gobiernos de todos salvo cuatro países de la región; otra ola democratizadora a finales de los setenta, que se extiende a los ochenta y noventa, en particular en el ámbito electoral; en tanto que en la última década se advierte una nueva contraola caracterizada por el hiperpresidencialismo y concentración de poderes, desprecio del Estado de derecho, desequilibrio entre Estado y mercado; crecimiento económico sin reducción de la desigualdad —lo que se verá agravado por la crisis económica—, índice de corrupción en aumento, concepción democrática sin arraigo social, no obstante lo cual, en los últimos seis años, paradójicamente, en la región creció el sentimiento de felicidad.

En cuanto a las *tendencias*, se advierte en el constitucionalismo latinoamericano la influencia europea, tanto española como portuguesa e italiana, alemana y francesa.

Las tendencias registran, por ejemplo, la nueva presencia de la jurisdicción constitucional dotada de garantías procesales; habeas data; *ombudsman*; autonomía técnica del Ministerio Público (no efectivo en la práctica); matices parlamentarios (interpelación legislativa, voto de confianza y censura en diversas modalidades, jefe de gabinete y segunda vuelta); supremacía constitucional y recepción de normas internacionales; judicialización electoral; fiscalización del ejercicio de recursos públicos pero con órganos sin efectiva autonomía técnica debido a intervención del Congreso o el Poder Ejecutivo; reconocimiento constitucional de partidos políticos e incorporación del principio de representación proporcional en las fórmulas electorales; sustitución de presidentes por vía constitucional, y alternancia presidencial que incluye, hoy, a una mujer (Chile), un sindicalista (Brasil) y un indígena (Bolivia).

Las tendencias positivas no están exentas de *problemas*: éstos, entre otros, se expresan en pluripartidismo extremo (en once países hay más de diez partidos, más de ochenta, junto con movimientos sociales, en Venezuela, y ocho en México) acompañado de percepción negativa hacia ellos por parte de la ciudadanía; gobiernos divididos, compartidos (en el periodo examinado, cayeron 17 presidentes con mayoría y 16 sin mayoría en el Congreso) y de coalición; recurrencia al referéndum (no convocatoria a congresos constituyentes sino asambleas proyectistas de textos constitucionales complementadas por referéndum pero con riesgo de manipulación mediática y política); debilitamiento de la legalidad y del poder judicial; movilización popular; crimen organizado y narcotráfico en procesos electorales, y deterioro de la moral pública.

En particular, el riesgo más inquietante del constitucionalismo de hoy radica en el hiperpresidencialismo y en la negación de la democracia sustancial, lo que implica la privación de satisfactores sociales.

2. *El diálogo constitucional iberoamericano*

Más que influencia del constitucionalismo español sobre el latinoamericano, lo que ve Javier Pérez Royo (España) son momentos o ciclos de una y otras experiencias; diálogo fructífero y supervivencia constitucional de las instituciones.

La diferencia específica de la historia del constitucionalismo español en relación con el resto de Europa consiste en la relación entre sociedad y Monarquía, de modo que las crisis de la Monarquía preceden a las nuevas constituciones españolas que han buscado restaurarlas (al menos así fue hasta 1931), en que el árbitro siguió siendo el rey, antes de que Francisco Franco tomara el poder.

Aunque en 1975 se presenta una vez más la crisis de legitimidad monárquica, entonces el proceso constituyente no incluye a dicha institución en la discusión. De allí que en 1978 se haya fijado el principio de legitimidad democrática basada en el proceso político y la soberanía nacional, detrás de lo cual —no antes— se coloca la figura del rey. Había plena conciencia entre los españoles que se quería una Constitución de corte europeo y que ésta se beneficiaría de la experiencia europea en la construcción del estado constitucional y democrático de derecho, lo que

representó la culminación del proceso constitucional europeo y el inicio de la inserción de España en la Unión Europea.

La esencia de la Constitución Española radica en el reconocimiento democrático de los derechos fundamentales, su garantía e indisponibilidad, a partir de cuyos parámetros es posible valorar el diálogo constitucional entre España y los países latinoamericanos.

3. La importancia del análisis comparativo contextual

Semejanzas y diferencias; problemas, tendencias y retos; historias compartidas de ideas, estructuras y acción, encuentros y desencuentros, hacen que el análisis constitucional comparado cobre especial relevancia, según lo advierte Lucio Pegoraro (Italia), y elevan sus problemas metodológicos a objeto de estudio cuidadoso, de modo que sigue siendo básico distinguir entre derechos extranjeros y su análisis en perspectiva comparada, a la vez que se convierte en cada vez más pertinente poner atención a los dilemas que la riqueza de la experiencia histórica contextual, diversidad cultural y multiplicidad de lenguajes de un entorno dinámico, plantean al comparatista contemporáneo.

III. SEIS TEMAS DESDE LA PERSPECTIVA COMPARADA

En la vertebración del Estado constitucional democrático moderno y contemporáneo, sea en su versión liberal clásica, o bien, en su modalidad racionalizada —con fuerte contenido social y poderes públicos reforzados— y complementada —aunque en varios casos se tendió a sustituir aquel sentido social— con la variante multicultural, y más tarde con la sustancialista y garantista de los entre siglos XX y XXI —la apuesta por el Estado constitucional democrático y social de derecho— no exenta en caso alguno de rigideces y hebras autoritarias heredadas del pasado, se advierte la presencia de los derechos humanos —ahora también fundamentales; el sistema electoral, de partidos y la democracia semidirecta —ésta última ya operante en el siglo XIX; el sistema de gobierno— especialmente la relación Ejecutivo-Legislativo; Poder Judicial; el papel del Estado en la economía, y la interpretación constitucional. Por ello, el análisis comparativo constitucional en el tiempo de la “tercera ola demo-

cratizadora” en América Latina colocó en el Seminario esos temas con el propósito de valorar sus principales dinámicas y tendencias.

1. *Derechos fundamentales*

Miguel Carbonell (México), en su ponencia introductoria, destacó la pertinencia y relevancia de los derechos fundamentales en tanto piedra angular del constitucionalismo contemporáneo; hizo notar su carácter progresivo y acumulativo, así como la lucha permanente por su vigencia efectiva en la región, en el contexto de la democratización. En un mundo globalizado, plural y diverso, la internacionalización de sus mecanismos de tutela y temas tales como la ponderación y proporcionalidad entre principios y derechos en tensión se erigen en cuestiones constitucionales de primer orden.

Néstor Osuna (Colombia) hizo énfasis, precisamente, en el proceso de internacionalización del régimen de libertades frente al constreñimiento de los derechos debido a la criminalidad organizada, crisis sociales y económicas, agravadas en algunos casos por actos terroristas, ante lo cual la institución del “régimen de excepción” genera también contradicciones y riesgos. Recordó que Colombia estuvo 37 años bajo estado de sitio constitucional, en la modalidad de estado de conmoción y emergencia, y aún lo estuvo doce años más después de la Constitución de 1991, la que lo reguló en detalle. En Colombia, subrayó, luego del año 2001 la política de seguridad ha limitado libertades y derechos, y otro tanto ha producido la llamada “cultura del miedo”.

Gonzalo Aguilar (Chile) hizo notar que, en América del Sur, el proceso democratizador ha mostrado avances en el tema de los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, la transición: fortaleció la institucionalidad de los derechos humanos, incluida la inserción de la figura del *ombudsman*, de la cual sólo carecen formalmente Brasil y Chile; propició la inserción del sistema interamericano de protección de los derechos en los órdenes constitucionales nacionales, vía artículos específicos (notoriamente, el caso de Paraguay, cuyo texto admite el orden jurídico supranacional en todos los ámbitos de los derechos, y, en el extremo contrario, Chile, Nicaragua, Guatemala y El Salvador); generó, salvo excepciones, el desarrollo amplio de normativas que ahora se extienden hasta la identidad cultural y los derechos indígenas tanto en su línea individual cuanto en la colectiva (aunque no es

así, por ejemplo, en Chile), y contribuyó a forjar un derecho americano de los derechos humanos que lucha por su efectividad a partir de la casuística de las resoluciones de la Corte Interamericana. El proceso no está exento de dilemas y desafíos que pasan por la desigualdad (Chile, Venezuela o Perú) y el descenso en índices de desarrollo humano (Argentina o Bolivia); corrupción e impunidad; falta de eficacia en la administración de justicia; crimen y violencia de género; falta de implementación de los derechos económicos, sociales y culturales, en particular en relación con niños, jóvenes y adolescentes. Consecuentemente, se exige fortalecer la cultura de los derechos humanos; implementar y tutelar judicialmente los derechos económicos, sociales y culturales; acatar decisiones del sistema interamericano; reconocer la diversidad cultural y fortalecer un sistema normativo unitario y coherente de derechos humanos.

Héctor Gros (Uruguay) reconoció su preferencia por el concepto de “derechos humanos” más que el de “derechos fundamentales”, dado que todos son esenciales. El enfoque “generacional” de los derechos es impertinente porque supone la muerte de la generación previa cuando los derechos humanos son acumulativos, de modo que se reconocen, ajustan o amplían según nuevas necesidades sociales. Todos los derechos son universales e interdependientes a riesgo de negarlos a todos, por lo que no es conveniente sectorizar su titularidad y goce, si bien el concepto de igualdad entraña medidas compensatorias para los grupos vulnerables y las minorías (en todo caso, según lo establecía la Constitución italiana, el Estado debe estar obligado a remover obstáculos para el ejercicio de los derechos). Existe un principio de complementariedad interna/externa de los derechos con base en el diverso principio de subsidiariedad interna respecto al sistema internacional. En la región se ha registrado una primera etapa de la ola democratizadora en la cual se recibe el aire internacional de los derechos humanos y se acude al fin de la impunidad mediante la no inmunidad internacional de los jefes de estado o de gobierno y el adiós a la imprescriptibilidad de sus delitos. A esa etapa ha seguido un periodo en que los derechos sociales han complementado a los derechos civiles y políticos en tanto que los derechos indígenas han sido reconocidos y se están armonizando con el derecho liberal.

2. Sistema electoral, sistema de partidos y democracia semidirecta

José de Jesús Orozco (México) introdujo el tema advirtiendo que, a lo largo del proceso democratizador latinoamericano, el derecho y la justicia electoral han jugado un papel central.

Entre otros aspectos, es notoria la extendida presencia del principio de representación proporcional en la integración de los poderes; dos tercios de los países prevén la reelección, y doce, elecciones concurrentes; en todos se aprecia el fenómeno de los organismos electorales especializados y, en trece de ellos, la regulación de la democracia interna en los partidos políticos; en la mayoría el financiamiento es mixto con énfasis en la modalidad pública y límites al financiamiento privado con regímenes diversos de fiscalización; el acceso a medios de comunicación está pobremente regulado y sólo Brasil, Chile y México prohíben a partidos y candidatos compra directa de tiempo en radio y televisión; la equidad de género mediante cuotas está más presente que el tema de la participación de pueblos y comunidades indígenas en tanto que los movimientos políticos, agrupaciones y candidatos independientes aparecen diferenciadamente pero de manera generalizada en el caso de elecciones legislativas; salvo en México y República Dominicana, la democracia semidirecta está prevista y se usa de manera variable pero intensamente en Venezuela, Bolivia y Ecuador. Durante los últimos treinta años se percibe un énfasis en democracia y representación en tanto que ahora se exige más gobernabilidad.

Julio César Ortiz (Colombia) apuntó que la Constitución colombiana de 1991 desbloqueó la bipartidización pero fragmentó la personería en ochenta expresiones; si bien está es una tendencia en la región, en Colombia generó partidos irregulares que refleja la realidad de 75 diputados encarcelados por vínculos con la narcoguerrilla. Seis reformas constitucionales no han logrado reinstitucionalizar a los partidos políticos aunque sí han reducido los llamados “famipartidos” y “narcopartidos”, en tanto la figura de la “silla vacía” penaliza al partido junto con el político al prohibir su sustitución en el Congreso una vez que se le priva de ese derecho merced a conductas delictivas. Una reforma que está en proceso prohíbe la doble militancia, autoriza el voto en blanco, modifica la cifra repartidora, introduce inhabilidades e incompatibilidades, sanciona el transfuguismo y hace que el registrador (quien organiza la elección) sea electo por el Congreso. Esas dinámicas tienen lugar en un contexto en que el presidente busca la reelección por tercera oca-

sión e incurre en abuso mediático y privatización intensa, lo cual alimenta la desinstitucionalización y el personalismo.

Javier Patiño Camarena (México) recordó que los instrumentos básicos de la democracia son la soberanía popular, la representación y los partidos políticos, pero en determinados sistemas también se cuenta con la democracia participativa, la cual no siempre es favorable a la propia democracia pues suele estar afectada por factores contextuales e institucionales. En México, a lo largo de cien años se ha luchado por pasar de la democracia representativa a la democracia participativa sin que este tránsito se haya consumado. Cuatro intentos tuvieron lugar: uno en 1823, cuando Chiapas decidió seguir formando parte de México; otro en 1856-1857, cuando en la Constitución de este año se plasmó un sistema de reforma secuenciada mediante dos legislaturas y un referéndum adicional (que nunca se aplicó); otro en 1977 pues se colocó en el artículo 97 constitucional la figura del referéndum que, sin haberse aplicado, desapareció diez años después, y finalmente, en 1996, cuando la Secretaría de Gobernación se pronunció en el sentido de que las decisiones políticas fundamentales no podían modificarse ni siquiera mediante “referéndum”. En México, la democracia semidirecta sigue siendo un desafío pendiente, el cual no carecerá de problemas de implementación.

Salvador Sánchez (Panamá) estableció que el sistema electoral se define tanto por las relaciones inter e intrapartidistas como por su relación con la administración electoral en procesos electorales para integrar poderes ejecutivos y legislativos. El proceso democrático adolece de tensiones entre fuerzas diversas, algunas de ellas autoritarias, y su consolidación depende en buena medida de la democracia participativa que a su vez depende de su funcionalidad y la cultura política.

3. Sistema de gobierno: relaciones Ejecutivo-Legislativo

Lorenzo Córdova (México), al introducir la Mesa, puso en relieve la importancia del tema y ejemplificó con el caso mexicano en donde la democratización mediante sucesivas reformas electorales produjo pluralidad democrática, pero dejó intacto el régimen político antiguo, el cual requiere ser modificado.

Francisco Eguiguren (Perú) explicó la experiencia peruana, basada en el esquema del presidencialismo atenuado, que revela que los diseños latinoamericanos son variados respecto al modelo original y están lejos de

resolver todos los problemas pues el titular del Poder Ejecutivo siempre conducirá o manipulará en su favor cualquier correlación política con sus subordinados. No obstante, admitió que determinados rediseños equilibrantes del poder en el contexto específico podrían generar mejor eficacia gubernamental, aún en gobiernos divididos.

Abundó sobre el tema de matices parlamentarios aclarando que en la región hay trece países que establecen el refrendo; once la interpelación; once la censura; varios el jefe de gabinete con iniciativa legislativa y en casi todos la participación de ministros en debates parlamentarios, no obstante lo cual los contrapesos al Poder Ejecutivo siguen siendo débiles con lo que se propicia la práctica del personalismo y el caudillismo. Perú se caracteriza por matices parlamentarios heredados desde el siglo XIX en el entendido de que cuando se genera una mayoría parlamentaria favorable al presidente se incurre en el hiperpresidencialismo. En este caso, la censura no afecta al presidente o conductor de la política sino a los ministros o al gabinete, lo que lo hace diferente del modelo parlamentario debilitando a los propios ministros. Por lo general, cuando ha habido mayoría parlamentaria natural o coaligada los gobiernos han permanecido y no lo han hecho en el caso contrario. Ante ese dilema, el parlamentarismo no parece viable debido a la oposición ciudadana a la elección indirecta del gobierno y a la desorganización de los partidos. El presidencialismo puro tampoco corresponde a la tradición peruana. Por ello, quizás algunas transferencias de facultades a ministros, gabinete y consejo de ministros podrían generar mayor responsabilidad política frente al presidente, lo cual tendría que ser complementado con la fortaleza institucional y cultura política partidistas.

Oswaldo Ramos (Honduras) describió la Constitución de su país, de 1982, la cual ha estado vigente durante siete gobiernos electos y ha incorporado cambios democráticos tales como el *ombudsman*, tribunal superior de cuentas, fiscalía general del estado, sala constitucional en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, habeas corpus y habeas data. En su opinión, establecer la acción de inconstitucionalidad con efectos generales sería crucial para fortalecer al Poder Judicial.

4. *Poder Judicial*

Eduardo Ferrer (México), en su ponencia introductoria, hizo notar que el Poder Judicial ha sido clave en el proceso democratizador a partir de

transformaciones orgánicas o formales y adjetivas o procesales. Así, se crearon consejos de la judicatura con más garantías para la independencia e imparcialidad de la institución y un juzgador sujeto a rendición de cuentas y transparencia; nuevos tribunales y modelos de Cortes constitucionales fuera y dentro del Poder Judicial; salas constitucionales y tribunales o Cortes con funciones de constitucionalidad, lo cual ha dado lugar, en algunos casos, a la llamada “Guerra de las Cortes”. En la línea procesal, se le dotó de nuevas facultades, entre ellas las interpretativas; se codificó la ética judicial, incluso generando un código-tipo que incorpora el principio ético de la motivación en las sentencias y resoluciones, y se profundizó la transparencia o diálogo del juez con la sociedad para comunicar sus decisiones.

Iván Escobar Fornos (Nicaragua) defendió al Poder Judicial en tanto clave de la democracia y reconoció que no se le deja ejercer plenamente sus competencias debido a sus importantes impactos políticos. Hay diversos factores que favorecen a la institución, tales como la forma de nombramiento y permanencia en el cargo, así como la libertad del juez, en tanto que hay otros que le perjudican, por ejemplo, las culturas de ilegalidad, impunidad y poderes fácticos, la corrupción, pobreza y también una legislación vetusta.

José Luis Lovo (El Salvador) subrayó que en su país se ha vivido una transición civilista y un proceso político democratizador que ha tenido en el Poder Judicial un factor relevante.

Humberto Nogueira (Chile) precisó que América Latina cuenta con más variantes que los modelos de justicia o jurisdicción constitucional convencionales dado que opera el control concentrado, desconcentrado o mixto, dentro o fuera del Poder Judicial. Explicó que el concepto de tribunal constitucional no puede restringirse a su autonomía orgánica porque ello significaría que aquellas variantes se quedarían fuera del modelo, salvo los casos de los cinco países de la región andina y Venezuela (que sí cuentan con tribunales constitucionales fuera del Poder Judicial). Describió casos nacionales específicos, tales como el de Chile, en donde se ha incrementado de siete a diez la integración de la Corte Constitucional y se mantiene la concurrencia de los poderes Ejecutivo y Legislativo en el procedimiento de nombramiento, aunque, como en Colombia y Venezuela, opera un comité de investigación, propuesta y nombramiento. Fórmulas determinadas, tales como la presencia indígena en la justicia boliviana, cuyos integrantes pueden ser sujetos de revocación, o bien, el

caso ecuatoriano, que incluye la equidad de género en la integración, resultan novedosas. En otros aspectos, subrayó que el nombramiento clásico mixto, en que participan el Ejecutivo y el Legislativo se complica en casos de gobierno dividido; que el parámetro clásico de control ya no es sólo la Constitución formal sino la sustancial, lo que debilita el principio también clásico de jerarquía normativa; que en países de la región andina (Bolivia, Chile, Colombia y Perú) se prevé el control judicial sobre la reforma constitucional con énfasis en el control sobre aspectos procedimentales, si bien Colombia y Perú han reservado un núcleo constitucional disponible sólo mediante asamblea constituyente pero sólo en sentido progresivo y nunca regresivo. Detalló que el control preventivo supone aplicar el derecho de los derechos humanos, en particular en relación con tratados internacionales, salvo el control reparador existente en Perú, aunque Chile mantiene el control preventivo obligatorio y facultativo en cierto tipo de leyes. En tanto, el control reparador puede ser abstracto (con efectos generales) o concreto (al evaluar la norma derivada del enunciado normativo aplicable al caso).

5. Papel del Estado en la economía

Daniel Barceló (México) introdujo la mesa planteando que el tema se inscribe en la discusión entre desarrollo y subdesarrollo y que, cualquiera que sea el grado de intervención del Estado en la economía, la formación de poderes fácticos hace necesaria la toma de decisiones políticas.

Jorge Reinaldo Vanossi (Argentina) puntualizó que el tema se ubica en la deserción del Estado respecto a la regulación mínima que debe proveer para la operación del mercado y el capital, algo que tiene que realizar debido a la inexorabilidad de la globalización. Hacerlo requiere transparencia y acceso a la información, sobre todo en el ámbito de las finanzas públicas; competencia en beneficio del capital, consumidores y beneficiarios, y juego justo en términos de reglas que se cumplan para la generación de confiabilidad. Hasta 1929, el mejor Estado era el menor Estado en tanto Roosevelt superó el llamado “carnaval de inconstitucionalidades” generado por la Suprema Corte de Justicia respecto a su legislación económica y social, la que propició inversión pública para sacar a Estados Unidos de la Gran Depresión. A su vez, Milton Friedman planteó la desregulación radical de la economía y su versión jurídica, encarnada en Richard Posner, desnaturalizó los valores constitucionales en que se funda, y de allí que la teoría del análisis economí-

co del derecho (AED) se distinga por el consecuencialismo y antiaxiologismo en favor del interés privado. A manera de ejemplo, apuntó que en Argentina no hay seguridad ni estabilidad en las reglas del juego sino más bien políticas contingentes basadas en percepciones inmediatistas, en lugar de planeación y responsabilidad; falta de índices oficiales confiables; manipulación de medios de comunicación y de la publicidad; empresas fantasmas y manejo de la ilegalidad, por lo que el mercado no funciona adecuadamente.

Mario Fuentes (Guatemala) estableció que la posición del Estado en relación con la economía y la sociedad se define a partir de la política fiscal, bancaria y crediticia, así como del grado de regulación, observancia y simulación jurídica. Ello implica: *a)* Reglas del juego para proteger la economía de mercado vía la protección de personas, bienes y acuerdos, tolerancia cero a la corrupción; auditoría social; modernización de controles financieros y acceso a la información; formalización de la economía informal y supresión de privilegios; *b)* Eficacia fiscal mediante incentivos, desburocratización, descentralización y racionalización, y *c)* Fortaleza jurídica lo mismo que apoyo a infraestructura, educación, inversión social y combate a la delincuencia organizada.

6. *Interpretación constitucional*

Pedro Salazar (México) adelantó que interpretar es determinar significados, acción que está condicionada y especializada de acuerdo con el sector en que ello ocurra, por ejemplo, el derecho constitucional. Bajo las teorías neoconstitucionales contemporáneas, se plantea el tránsito de la simple subsunción a la interpretación, lo que involucra el tema de la lectura moral de la Constitución. Advirtió que la corriente del garantismo jurídico, igualmente en boga, no sincroniza con el neoconstitucionalismo en algunos aspectos de la interpretación, más aún cuando la estructura de algunos textos constitucionales torna más compleja esta labor.

Rubén Hernández Valle (Costa Rica) mencionó que la Sala Constitucional de su país ha generado 300 mil criterios mediante el uso de los métodos de interpretación “conforme con la Constitución”, el evolutivo y el sistemático favoreciendo los derechos humanos y la democracia. Citó diversos ejemplos de la aplicación de cada uno de esos métodos y enfatizó que un criterio interpretativo de la Sala Constitucional permitió superar el biparti-

dismo costarricense que la legislación electoral había propiciado desde 1974 al fijar como base para la financiación partidista los resultados electorales. Asimismo, en respuesta a una pregunta formulada desde el público asistente, precisó que la reelección presidencial en Costa Rica fue reactivada precisamente mediante una decisión de la Sala Constitucional que declaró inconstitucional el procedimiento de reforma que lustros atrás la había prohibido, bajo el argumento de que un órgano constituido había reducido el derecho fundamental político electoral de los ciudadanos a optar por diversos candidatos, incluido el postulante a la reelección.

Marcelo Figueiredo (Brasil) recordó que la Constitución brasileña de 1988 recibió influencia de los textos español, portugués y alemán, y que se trata de una Constitución extensa, analítica y programática, la cual construyó un supremo tribunal federal en el modelo de la Suprema Corte de los Estados Unidos pues el presidente de la República propone a los once ministros ante el Senado, el cual los aprueba. Hay diversos casos de interpretación judicial constitucional que durante los últimos decenios han favorecido los derechos humanos, en particular en los ámbitos de la libertad de expresión y la libertad de prensa.

Jorge Silvero (Paraguay) planteó que el concepto (interpretación) y el contexto (proceso político) interactúan evolutivamente. Bajo esa premisa, recordó que García Belaúnde ya advertía en 1993 el ascenso de la interpretación constitucional como objeto de estudio específico, a la vez que anunciaba el adiós al legislador en tanto intérprete único de la ley y la llegada de una pluralidad de intérpretes que tenían en la Suprema Corte al intérprete final y definitivo. Pasó revista a diferentes autores, por ejemplo, Héctor Fix-Zamudio y Valencia Carmona, Eduardo Ferrer y Néstor Sagués, Jorge Ulises Carmona y Carla Huerta, quienes han contribuido de manera relevante a la doctrina interpretativa constitucional, y subrayó que la reforma constitucional, total o parcial, ha sido un denominador común en el proceso de democratización latinoamericano. Abundó al decir que se ha creado y enriquecido la jurisdicción constitucional mediante la erección de cortes y salas; la ampliación de facultades para tutelar judicialmente los derechos humanos; la modificación de la posición orgánica de la jurisdicción constitucional y el ajuste del perfil del juez constitucional, entre otras innovaciones. Para confirmar su tesis, citó el caso de Guatemala, en 1993, cuando el entonces presidente Serrano quiso disolver el Congreso y cesar a los ministros de la Corte, frente a lo cual ésta anuló el decreto correlativo

que fue acatado por su autor, quien fue forzado a dimitir. Citó también el caso de Paraguay, en donde en dos ocasiones la Corte jugó un papel relevante emitiendo exhortos al diálogo y la negociación en circunstancias políticas complejas. Concluyó reiterando que la transición produjo democracia constitucional como concepto y norma jurídica tutelar de derechos y poderes, y que ha quedado en definitiva atrás la noción kelseniana del tribunal constitucional en tanto legislador negativo, la cual ha sido reemplazada por un modelo en el que no sólo es tal sino que, especialmente, crea derecho y reconstituye el orden jurídico y social.

IV. TRES EXPERIENCIAS NACIONALES ALTERNATIVAS A DEBATE

Ahora bien, el Estado constitucional liberal y democrático de derecho, cuya justificación es, en el fondo, la justicia social alcanzada mediante la operación de sus diversos instrumentos y funciones institucionales y normativas; que ha ofrecido a minorías marginadas su inclusión multicultural y a todos sus súbditos la garantía de la democracia sustancial, se enfrenta contra-reloj al desafío de ideas, voluntades y actores que plantean una inversión de términos en la organización y el funcionamiento del propio Estado: limitar la libertad a cambio de garantizar la justicia no sólo social sino cultural. Sin embargo, para hacerlo corren el riesgo de pervertir la idoneidad de las instituciones democráticas, a las que acusan de parapeto de intereses oligárquicos, y lanzan una nueva proclama populista y neomarxista, en algunos casos etnonacionalista y comunitaria, que abre una página adicional del análisis constitucional comparado. Éste fue el sentido de poner a debate las tres experiencias nacionales más representativas de esta tendencia.

1. *Venezuela*

José María Serna (México) introdujo la mesa planteando que en el siglo XX el constitucionalismo forjó el estado liberal y social en tanto que, a inicios del siglo XXI, emerge un nuevo modelo motivado en crisis estructurales alimentadas por la deslegitimación de la estructura política, desigualdad, pobreza y crisis de representación política, entre otros factores, que conducirían a explorar una estrategia diferente. En su criterio, la necesidad de relegitimación e inclusión exigió la construcción de un modelo que combina diversos elementos de la experiencia constitucional.

Carlos Ayala Corao (Venezuela), en perspectiva analítica y crítica, recordó que la Constitución venezolana de 1961 formalizó el Pacto político de 1958 introduciendo figuras tales como el amparo y la descentralización hasta llegar, incluso, a tutelar el enjuiciamiento de un presidente y generar reformas que luego darían lugar a la Constituyente que Hugo Chávez concretó en 1999. El documento base de la Asamblea Constituyente no la concebía como originaria pero mediante decretos terminó reestructurando el poder judicial y otros aspectos institucionales. La Comisión Legislativa nacional se integró con seis expertos electos y seis ciudadanos de a pie, generó legislación y creó la Comisión de reestructuración y funcionamiento del Poder Judicial, de modo que el trabajo de la constituyente fue y sigue siendo francamente interventor de esta institución. Si bien en derechos humanos se reconoció el derecho Internacional y su tutela efectiva, y se dio vida a una superpoderosa Sala Constitucional, a la vez que se confirió el gobierno y administración del Poder Judicial al tribunal supremo de justicia, en la práctica el Comité de postulaciones para ocupar altos cargos en la judicatura fue integrado, dudosamente, por diputados “prochavistas” y organismos sociales diversos. Como prueba de las contradicciones existentes en todo ese proceso, hizo notar que el tribunal supremo enjuició al propio ex presidente de la Constituyente; en 2002 falló en favor de enjuiciar a determinados militares y en 2003-2004 hizo otro tanto en relación con el referendo revocatorio, además de que justificó el reforzamiento del Poder Judicial mediante un procedimiento heterodoxo de destitución masiva de jueces y nombramiento de otros al vapor, incluso sin concurso y sujetos a libre destitución, todo en favor del “bolivarianismo”. Citó, igualmente, el sonado caso de la destitución de magistrados y allanamiento del tribunal de lo contencioso administrativo, expediente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos conoció fallando en contra, y que luego sería declarado inejecutable por la referida Sala Constitucional venezolana. En conclusión, sentenció, no se puede concretar el estado socialmente justo sacrificando al estado constitucional.

Carlos Escarrá (Venezuela), en defensa de la Constitución y la estrategia “chavista”, argumentó la excepcionalidad histórico cultural de su país en el contexto mesoamericano pues, entre otros rasgos, no sufrió la herencia colonial —sólo fue una Capitanía General— lo que definió el carácter sociopolítico e institucional del país, cocido, además, en una tradición antiimperialista. Argumentó, igualmente, que la referida Constitución incluye avances relevantes pues reconoce la representación indígena y la equidad de género

con resultados tangibles; expresa una revisión del estado liberal burgués; entiende al derecho como instrumento y no como fin en sí mismo, en particular al enderezarlo en contra de las mafias judiciales; elimina la discriminación sociojurídica y busca la prevalencia del estado social como actitud y conducta que supera y va más allá del derecho pues se justifica en la reivindicación de la justicia material; se opone a la democracia representativa clásica burguesa y la reemplaza por la democracia participativa y la transferencia de poder y recursos al pueblo; pero también establece el control constitucional difuso y la revocabilidad de todos los cargos electivos. En síntesis, se trata de un nuevo paradigma y cambio de relaciones de poder, cuyo balance favorable está reflejado en el Latinobarómetro, que revela mejoría en todos los índices en comparación con trece años atrás, aún reconociendo que el proceso constitucional pudo y puede estar, como toda obra humana, salpicado de problemas y hasta contradicciones. Aún así, dijo, es mejor que lo que se tenía antes.

2. *Bolivia*

Raúl Ávila (México) apuntaría la singularidad del proceso reconstituyente boliviano, que representa una apuesta por el Estado plurinacional y comunitario, y diría al concluir la ponencia que tanto el programa concertado para el seminario como la estrategia constitucional boliviana muestran la pertinencia de realizar ejercicios de análisis comparativo multidisciplinario sin que se violen las reglas del discurso acordado para tal efecto. Advirtió que la riqueza del conocimiento especializado de carácter sistémico se conjuga con la experiencia específica de construcciones constitucionales que resultan relevantes en atención a sus instituciones y contextos diferentes y complejos en que tienen lugar.

Carlos Romero (Bolivia) explicó que, debido al agotamiento de sus estructuras fundamentales, su país ha entrado en momentos constitutivos tanto a inicios del siglo XIX y mitad del siglo XX como en la coyuntura actual, en la que el neoliberalismo se encuentra extenuado.

Apuntó que el diagnóstico de la presente coyuntura, que ha llevado a un nuevo esfuerzo constitucional, revelaba una fractura entre Estado y economía (lucha por el excedente económico); otra entre Estado y pueblos indígenas (la llamada “cuestión nacional”), y otra más entre Estado y regiones (la cuestión regional).

Abundó que la primera fractura se traduce en el problema del Estado primario exportador/extractivo improductivo y antinacional, que sólo dejaba al país el 10 por ciento de los beneficios; préstamos internacionales equivalentes al 35% del presupuesto; impuestos del 26%; contracción de capital financiero y de la demanda, aunado al aumento de la pobreza y la reducción de la soberanía estatal; es decir, dos economías, la mercantil simple y la tradicional popular, dependientes desfavorablemente de la economía liberal compitiendo desigualmente en un mercado desregulado, pero con 83% de la población atada a aquellas dos formas económicas mientras que el neoliberalismo terció las relaciones laborales, fragmentó a la sociedad y desconcentró, minimizó y compartamentalizó a las organizaciones políticas y sus demandas, lo cual impactó en las etnias, paradójicamente, la población mayoritaria del país.

La cuestión nacional implica que la identidad pasó de ser vergüenza histórica a capital político y de sujetos de reivindicación a sujetos integrales politizados, a lo que se sumó la convergencia de clases medias por la defensa de los recursos naturales.

El tema regional pasaba por la preeminencia de un Estado central que negaba la regionalidad boliviana para mantener privilegios de una minoría.

Las opciones que se presentaban ante tal estado de cosas eran la vía violenta o la pacífica y democrática, misma que tuvo lugar en tres tiempos: de 2000 a 2005, en que los movimientos sociales demandaban reivindicación; de 2005 a 2008, cuando ocurrió la reconstitución reformulando relaciones y estructuras de poder en cuatro ejes, y de 2008 en adelante, en que se inicia la implementación de la nueva Constitución.

Los cuatro ejes sobre los que se asienta el nuevo modelo constitucional son *a)* el modelo de Estado pues se define como un orden jurídico político social de derecho con respeto a la institucionalidad democrática liberal; Estado plurinacional comunitario, en términos de coexistencia de naciones y culturas diferentes basadas en lo colectivo o comunitario, con reconocimiento a derechos políticos, económicos y culturales; *b)* democracia representativa y participativa, conjugada con la democracia comunitaria o deliberativa, que da lugar a la democracia “consociona”; *c)* derechos colectivos empatados con los derechos individuales, además de derechos especiales, todos amparados por instrumentos tutelares cuya aplicación no depende de normatividad o reglamentación secundaria al-

guna, y *d*) estructuración del poder político a partir de asignación de poder vertical y horizontal, basada en elección presidencial directa a dos vueltas; revocación de mandato; circunscripciones especiales; poder judicial con pluralismo jurídico; régimen de autonomías y modelo económico plural, entre otros aspectos.

3. Ecuador

César Astudillo (México) introdujo la mesa haciendo notar que la inestabilidad política ha caracterizado la historia constitucional del Ecuador por lo que un tema central de reflexión consiste precisamente en la capacidad de la nueva Constitución ecuatoriana para abatir ese fenómeno.

Ramiro Ávila (Ecuador), en defensa del nuevo modelo constitucional, puntualizó que procesos tales como la crisis económica que trajo la quiebra de bancos y la dolarización; la crisis política, que generó una honda desinstitucionalización, y la crisis social, que provocó depauperización, motivaron la estrategia antisistema del hoy presidente Correa.

Apuntó que las principales características de la Constitución vigente son que *a*) todo el poder queda sujeto a control constitucional y el intérprete máximo no es más el ejército sino la suprema corte constitucional; *b*) Estado de derechos materializado en garantías institucionales y pluralismo de fuentes jurídicas, atado a principios de igualdad, aplicabilidad, justiciabilidad, intangibilidad, interdependencia, progresividad, máxima efectividad e interpretación favorable al ser humano, además de una nueva clasificación que pasa por conceptos tales como el “buen vivir” de origen indígena, participación, libertad, protección efectiva y extensión de derechos a la naturaleza; *c*) garantías normativas o primarias mediante políticas públicas y jurisdiccionales con reparación integral del daño y tutela ante particulares, incluso.

Recordó que una estrategia social injusta, que había generado mucho dolor e inequidad y desigualdad; que había privatizado lo público y forzado un estado liberal mínimo, está dando paso a una estrategia justa, apoyada en nociones como el buen vivir, redistribución e igualdad material recuperando y controlando lo público a partir de un estado fuerte.

Reconoció la presencia de tensiones en la cultura jurídica pues el viejo formalismo jurídico se opone al neoconstitucionalismo y el régimen de transición muestra contradicciones y hasta desequilibrios.

Cerró advirtiendo retos en la legitimidad estatal debido a las posibilidades de incumplimiento de la nueva promesa político constitucional; la exigencia de su desarrollo normativo que puede desfasarse; la reinstitucionalización o funcionamiento constitucional y jurídico efectivos, y, finalmente, la eliminación de la inequidad.

Hernán Salgado (Ecuador) presentó una crítica moderada al nuevo esquema constitucional pues reconoció la llegada de la esperanza pero cargada de inquietudes.

Declaró que la parte dogmática de la Constitución, inusualmente extensa, hasta comprender 444 artículos, es sobresaliente pero puso en relieve que el texto transmite una cosmovisión indígena inspirada en dos millones de integrantes de las etnias, que no es congruente con los catorce millones de habitantes del país; que impone el concepto indígena de “buen vivir”, frente a la noción tradicional occidental de “vida digna”, junto a la tutela de derechos de seres animados y hasta no inanimados, como ahora se prevé, y que, por lo tanto, dista de la realidad que pretende normar.

Destacó que a las tradicionales funciones ejecutiva, legislativa y judicial del Estado, a las que ya se sumaba la función electoral, se añade ahora la función de transparencia y contraloría social que genera las instituciones correlativas para propiciar la participación ciudadana, lo que, sin embargo, corre el riesgo de beneficiar a unos cuantos.

Hizo notar el rasgo semiparlamentario que prevé la posible disolución del Congreso unicameral por parte del presidente, en tanto que la revocación del mandato presidencial pasa por la Corte Constitucional, lo mismo que el desafuero presidencial para efectos del posible juicio político. Finalmente, expuso su extrañeza, por inusual en la historia constitucional ecuatoriana, respecto a la reelección presidencial inmediata.

Hasta aquí las tres experiencias nacionales específicas.

Si bien hasta ahora el referido conjunto panorámico, temático comparado y de experiencias de casos nacionales a debate arrojan luz en torno a una serie de tendencias y dilemas sobre los que viene transcurriendo la dinámica constitucional y la discusión académica en tiempos de la democratización latinoamericana de las últimas décadas, evidentemente no alcanza a iluminar algunos de sus aspectos. Entre otros, conviene llamar la atención respecto a tópicos específicos vinculados al sistema de gobierno y que representan, precisamente, elementos débiles de la edificación consti-

tucional democrática de la región cuya inoperancia pone en riesgo la funcionalidad y rendimientos de la propia institucionalidad democrática.

V. UN TEMA ADICIONAL: INSTITUCIONES DE RENDICIÓN DE CUENTAS

Asumiendo que los sistemas de gobierno en los países latinoamericanos siguen siendo presidenciales, aunque con variantes y matices parlamentarios que los diferencian de su matriz estadounidense original, y que se han ensayado a lo largo de las últimas décadas diversas medidas de racionalización y reequilibrio, en particular, de las relaciones entre los poderes ejecutivo y legislativo, y en general entre poderes y órdenes de gobierno, viene al caso poner en relieve que las instituciones de rendición de cuentas, cuya misión es también el control del poder, no han producido sus mejores resultados en favor de la gobernabilidad democrática.

En efecto, la capacidad efectiva para que los Estados latinoamericanos se conviertan en auténticos Estados constitucionales democráticos de derecho es uno de los más importantes desafíos de los países de la región. A la tendencia contraria coadyuva la inmunidad por la falta de rendición de cuentas en diversos ámbitos institucionales, pues los actos de funcionarios públicos, lo mismo que los de agentes privados, no están sujetos a control alguno de constitucionalidad o legalidad, lo que facilita la violación de los derechos humanos.

Esta deficiencia en el diseño constitucional —y su operación— ha legado a los Estados latinoamericanos a los últimos lugares de los índices internacionales de gobernabilidad e impacta en la calidad de las instituciones representativas y el propio Estado constitucional de derecho. Este fenómeno se traduce, por ejemplo, en mal funcionamiento de las instancias públicas; excesos de poder e impunidad; corrupción y clientelismo, así como la eventual fusión del poder político con mafias y grupos de delincuencia organizada. El problema es tan grave que rebasa a los instrumentos tradicionales de control constitucional, sea la división vertical u horizontal de poderes, o bien, los instrumentos procesales de defensa constitucional, por lo que ha dado lugar a la creación, perfeccionamiento y especialización de nuevas formas de actuación de los órganos públicos cuyo objetivo es la rendición de cuentas, la erradicación de la corrupción y el mal uso del poder, por la vía de la transparencia y fiscalización de

los recursos públicos —instrumentos que, sin embargo, tampoco están exentos de limitaciones diversas—.

Siguiendo a Guillermo O'Donnell, la rendición de cuentas es la labor realizada por aquellas “agencias estatales que tienen autoridad legal y están tácticamente dispuestas y capacitadas (*empowered*) para emprender acciones que van desde el control rutinario hasta sanciones penales o incluso *impeachment*, en relación con actos u omisiones de otros agentes o agencias del Estado que pueden, en principio o presuntamente, ser calificados como ilícitos”. O'Donnell nombra a esta tarea “*accountability* horizontal asignada”, pues la distingue de las *accountabilities* vertical y horizontal.

Como se advierte, la rendición de cuentas es una manera genérica de denominar varias técnicas, instituciones y mecanismos para controlar el poder del Estado y de manera particular la conducta de los servidores públicos. En ella se encuadran las instituciones que aquí se denominan de “rendición de cuentas”.

1. *Transparencia y acceso a la información gubernamental*

La transparencia es uno de los pilares sobre los cuales se construye un sistema efectivo de rendición de cuentas. El libre acceso a la información del gobierno y, en general, a todo dato relacionado con la utilización de recursos públicos, representa un freno efectivo contra el abuso por parte de los servidores públicos que toman decisiones y disponen del erario. El acceso a la información constituye una herramienta eficaz para combatir la corrupción. Cuando la actividad gubernamental se publicita, se dota a la sociedad de un medio efectivo para evaluar el desempeño del gobierno, detectar irregularidades y pronunciarse en consecuencia.

El acceso a la información es un derecho indispensable para que los individuos tomen parte activa en las tareas públicas adquiriendo así un valor comunitario. Les permite conocer las políticas gubernamentales y cualquier acto de autoridad, así como sus razones y motivaciones. Pueden conocer en qué se utilizan los recursos públicos aprovechando las políticas públicas en favor de su calidad de vida.

La transparencia es el conjunto de actividades a través de las cuales se pone en conocimiento de la sociedad, de manera puntual, permanente, total y sin necesidad de petición previa, la información relativa a la actividad de

las diversas dependencias gubernamentales. La transparencia va más allá del simple hecho de brindar datos a los ciudadanos, ya que permite también operar políticas públicas mejor diseñadas que beneficien de manera más efectiva a la colectividad. Se origina en el principio de publicidad de los órganos del Estado.

El acceso a la información se ha convertido con el tiempo en una característica estrechamente vinculada a los regímenes democráticos. A partir de la “tercera ola democratizadora”, ocho de los dieciocho países continentales más República Dominicana, en América Latina, han desarrollado una legislación específica que regula el acceso a la información: Brasil, Colombia, Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Perú y República Dominicana. Por su parte, Costa Rica, Guatemala, México y Paraguay disponen sobre el particular de importantes regulaciones a nivel constitucional, sin que en los dos primeros se haya expedido la ley reglamentaria correspondiente, si bien en Guatemala se emitieron las Normas Generales de Acceso a la Información Pública en el Organismo Ejecutivo y sus Entidades a través del Acuerdo Gubernativo 645-2005, del 8 de diciembre de 2005.

A la par de su desarrollo a nivel nacional, el derecho de acceso a la información pública se encuentra establecido en un gran número de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, Tal es el caso del artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), así como de los artículos 13 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

De acuerdo con el artículo 19 de la Declaración Universal, el derecho a la información es el derecho fundamental de toda persona a proveerse de información (incluyendo el acceso a los archivos, registros y documentos públicos, así como a decidir qué medio se lee, se escucha o se contempla), a informar (incluyendo el ejercicio de las libertades de expresión e imprenta, así como la posibilidad de constituir sociedades y empresas informativas) y a ser informada (incluyendo la recepción de información objetiva y oportuna, completa y con carácter universal, esto es, el derecho a enterarse de todas las noticias, en el supuesto de que la información se destina a todas las personas sin exclusión alguna). Esta legislación internacional, relevante para la difusión de ese derecho, adquiere su verdadera dimensión cuando la legislación interna de los países lo dota de efectividad mediante una ley de transparencia y acceso a la información que establezca los lineamientos a seguir para acceder a los datos gubernamentales.

De ahí la importancia de una ley específica que regule el derecho de acceso a la información, en donde se precise la legitimación activa de quienes gozan del derecho a solicitar información estatal; un procedimiento dinámico, sencillo y gratuito para acceder a la misma; una autoridad reguladora autónoma e independiente; el principio de transparencia y los criterios para clasificar la información disponible, salvaguardando la vida privada y los derechos de tercero, así como un régimen de sanciones.

2. Fiscalización de los recursos públicos

Una rendición de cuentas clara, oportuna y transparente es realizable únicamente con la participación de instancias que vigilen y garanticen la eficiente utilización de los recursos públicos. De ahí que el fortalecimiento de las facultades de las entidades de fiscalización se considere fundamental para la rendición de cuentas.

La fiscalización constituye esencialmente una función técnica, por lo que el control del gasto de la administración pública se encomienda por lo general a organismos especializados que, en el caso latinoamericano —con las excepciones chilena y boliviana— se encuentran adscritas al Poder Legislativo. A estos organismos se les conoce generalmente como entidades fiscalizadoras superiores (EFS). En América Latina se los suele denominar Tribunal o Corte de Cuentas, Cámara de Cuentas o Auditoría General, aunque la denominación más común en la región es la de Contraloría General.

Las EFS realizar una función vital en asignar responsabilidad a los gobiernos ante la sociedad por su administración de los fondos públicos, así como en asegurar la transparencia de las operaciones gubernamentales. Se encargan de dictaminar sobre la calidad de la gestión del sector público y el grado de incidencia de la burocracia central en los organismos estatales. Están contempladas en prácticamente todas las Constituciones examinadas, en el entendido de que algunas se ubican en la órbita del Ejecutivo, por lo que estima que ejercen un control interno respecto a quien ejerce el gasto público, y otras se insertan en el Legislativo o mantienen una naturaleza autónoma, por lo que se considera que ejercen un control externo.

Hay cinco características esenciales de un órgano fiscalizador: autonomía; independencia de sus funcionarios; independencia financiera; amplias facultades de investigación, y facultades de sanción.

Autonomía en el sentido de que las ESF únicamente pueden cumplir con eficacia sus funciones si actúan con independencia de las instituciones que fiscalizan y se encuentran protegidas contra influencias externas. Existen entes fiscalizadores con mayor autonomía, mientras que hay otros que, a pesar de su independencia operativa, aún se encuentran adscritos formalmente al Poder Ejecutivo, como en Bolivia, o al Poder Legislativo, como ocurre en otros ocho países (Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay y Uruguay). En cinco países (Chile, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela) el ente fiscalizador es un organismo autónomo e independiente

Independencia de sus miembros y funcionarios dado que los integrantes de las EFS, ya sean los miembros de un órgano colegiado o el director de una entidad fiscalizadora unipersonal, deben tener asegurada constitucionalmente su inamovilidad. Más aún, no debe verse afectada su independencia por lo mecanismos establecidos para su sustitución, lo que también debe determinarse en la Constitución. En cuanto a la duración del encargo, es deseable que el auditor sea nombrado por un periodo extenso de tiempo y cuente con garantías de que no será removido antes de que finalice su periodo constitucional.

En cuanto a su nombramiento, el Ejecutivo interviene en la designación de los auditores en seis países (Bolivia, Chile, Ecuador, Perú y República Dominicana) en tanto que el Poder Legislativo lo efectúa en los restantes doce (Argentina, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela). Desde luego, en los referidos países se registran diversas variantes de los dos modelos troncales de nombramiento. Además, por ejemplo, a diferencia de la auditoría mexicana y la contraloría chilena, la Auditoría General en Argentina se integra con siete miembros, designados cada uno como “auditor general”, de los cuales tres son elegidos por la Cámara de Diputados, tres por la Cámara de Senadores y el séptimo por resolución conjunta de ambas cámaras. Duran ocho años en su función y pueden ser reelegidos. Colombia y Guatemala ofrecen una modalidad interesante de forma de nombramiento pues en el primero el contralor es electo por el Congreso con base en ternas elaboradas por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, en

tanto que en el segundo el contralor es designado por mayoría absoluta de la Cámara de Diputados, sólo que los legisladores lo eligen de entre seis candidatos propuestos por una comisión integrada con los rectores de las universidades, los decanos de las facultades de contabilidad y la Asamblea General del Colegio de Economistas, Contadores Públicos y Administradores de Empresas.

Independencia financiera pues se deben poner a disposición de las EFS los medios necesarios para el cumplimiento de sus funciones, los cuales a su vez deben ser administrados bajo su propia responsabilidad. Las EFS deben estar facultadas para que, de ser el caso, puedan solicitar directamente al organismo encargado del presupuesto estatal los recursos que consideren indispensables para su funcionamiento.

Amplias facultades de investigación, lo que significa que las EFS deben tener acceso a todos los documentos relacionados con las operaciones en que se empleen recursos públicos, así como la facultad de solicitar a los órganos fiscalizados todos los informes, de forma oral o escrita, que les parezcan apropiados. Además, debe imperar el principio de que toda actividad estatal se someta a su control, más allá de que se refleje o no en el presupuesto general del Estado. Una exclusión del presupuesto no debe convertirse en una exclusión del control. De hecho, el proceso de fiscalización que realizan las EFS no debe agostarse en el gasto público sino que el control debe ejercerse también sobre la recaudación de ingresos fiscales, sobre todos los contratos públicos y obras públicas, así como sobre las empresas económicas con participación del Estado.

Facultad de sanción puesto que la fuerza institucional de las EFS depende en gran medida de sus atribuciones para efectuar investigaciones minuciosas, pero sobre todo radica en su facultad para imponer sanciones. En este tema se aprecian debilidades en las experiencias nacionales. Destaca el caso colombiano en que la Constitución de 1991 facultó al contralor general para promover juicios contra quienes hayan causado algún perjuicio patrimonial al Estado, a efecto de obtener el resarcimiento respectivo, función que ha tenido éxito, en particular en los últimos años.

Controles intraorgánicos en el Ejecutivo, es decir, órganos de autofiscalización que se han creado como instancias de control interno dentro de organismos gubernamentales y que dependen necesariamente del titular de la dependencia en cuya organización cobraron vida. No obstante ello, deben gozar de independencia funcional y organizativa en cuanto sea posible al tenor de la estructura correspondiente, en el entendido de

que incumbe a las entidades fiscalizadoras externas, con independencia del resto de sus atribuciones, controlar la eficacia de los órganos de control interno. Este es el caso, por ejemplo, de México y Bolivia, cuyas experiencias revelan grados limitados de autonomía, así como los de Colombia, Panamá, El Salvador y Paraguay, que ofrecen variantes y medidas diversas para evitar la corrupción de los servidores públicos.

3. *Tutela no jurisdiccional de los derechos humanos*

El *ombudsman*, institución sueca creada en 1809 para proteger los derechos humanos, y adoptada en 1978 en España bajo la denominación de Defensor del Pueblo, ha sido recibida bajo diversas variantes y características en la región latinoamericana con el impulso de la “tercera ola democratizadora”, sin que, en buena parte debido a la escasa cultura existente en la materia, haya rendido aún todos los frutos que se espera de ella en términos de la promoción y salvaguarda de los derechos fundamentales.

En las últimas tres décadas, quince países de la región la establecieron a nivel nacional, por lo que sólo tres (Brasil, Chile y Uruguay) carecen de ella (en el entendido de que Uruguay la adoptó en el ámbito municipal). De aquéllos, trece la han previsto a nivel constitucional y dos en el ámbito legal (Costa Rica y República Dominicana), aunque en el segundo cumple ya ocho años sin que entre en operación.

Mientras que en diez países el titular del *ombudsman* se denomina Defensor del Pueblo (Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela), en tres se le conoce como Procurador de los Derechos Humanos (El Salvador, Guatemala y Nicaragua), y en otros dos como Comisión de los Derechos Humanos (Honduras y México). En tanto en el primer grupo el responsable de la emisión de las recomendaciones es un órgano unipersonal, en el caso del segundo lo es el comisionado, y en el tercero el presidente de tales organismos.

En orden cronológico, la referida institución fue incorporada al ordenamiento constitucional guatemalteco, en 1985, bajo el nombre de Procuraduría de Derechos Humanos, en tanto que en la década de los noventa se extendió a la mayoría de los países de la región, si bien en Panamá, aunque se creó en 1997, se elevó a rango constitucional siete años des-

pués, desde luego con mejor suerte que en República Dominicana, en donde desde 2001 se instauró pero aún no funciona.

4. *Ministerio Público*

La democratización latinoamericana también ha mostrado una tendencia a otorgar cierta autonomía, al menos técnica, al Ministerio Público en los sistemas presidenciales. Salvo en el caso de la República Dominicana, en que su titular sigue siendo nombrado y removido libremente por el presidente de la República, en los demás países se racionalizó la habitual subordinación completa del Ministerio Público al Ejecutivo puesto que se hizo participar al Legislativo en la designación respectiva, al grado de que en algunos sistemas el presidente de la República ya no participa en el nombramiento.

Al efecto, con frecuencia se han distinguido y separado diversas funciones que comúnmente se le conferían al Ministerio Público, algunas de ellas parcialmente contradictorias y que propiciaban la hipertrofia de la institución. La más notoria ha sido la de separar la estrictamente referida al Ministerio Público (según el modelo francés) de persecución de los delitos y ejercicio de la acción penal, de aquella otra (bajo la influencia del *Attorney General* de Estados Unidos) consistente en la asesoría jurídica al presidente y la defensa patrimonial del Estado, con independencia de otras atribuciones relacionadas con la representación de ciertos intereses de la sociedad. Así se dio en México, por ejemplo, con la creación de la Consejería del Ejecutivo Federal en 1994 y de forma independiente de la Procuraduría General de la República (en tanto encargada al Ministerio Público), cuyo titular es ahora designado por el ejecutivo con la ratificación del Senado, no obstante lo cual, en los hechos, esta última forma de designación no ha cambiado la tradicional subordinación del procurador general al presidente de la República.

De manera similar, en Argentina se distinguió en el mismo año (1994) entre el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa, con el procurador general de la Nación y el defensor general de la Nación. En Costa Rica y El Salvador también se distingue entre la Fiscalía General de la República y la Procuraduría General de la República, lo mismo que en Panamá entre el procurador general de la República y el procurador general de la administración. Formalmente, el Ministerio Público (encargado de la persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal) se ubica en la esfera

del Poder Judicial (en forma expresa o en tanto que se lo regula constitucionalmente en el mismo título que a este último) en Costa Rica, Panamá y Paraguay, mientras que forma parte del Ejecutivo en México, República Dominicana y Uruguay. Caso peculiar es el de Venezuela, en donde esa figura forma parte de un poder independiente y autónomo, que es el llamado Poder Ciudadano.

Mención aparte merece Colombia, en donde también se distingue entre la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación. A esta última se le atribuye formalmente la función del Ministerio Público, que consiste en la vigilancia del cumplimiento del orden jurídico (Constitución, leyes, decisiones judiciales y actos administrativos), la protección de los derechos humanos (con el auxilio del Defensor del Pueblo), la representación de los intereses de la sociedad y los de carácter colectivo (en especial, el ambiente), así como la intervención en los procesos y ante las autoridades judiciales y administrativas para la defensa del orden jurídico, el patrimonio público y los derechos fundamentales. Por su parte, a la Fiscalía General de la Nación se le encomienda la persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal. No obstante lo anterior, toda vez que estas últimas funciones son las que, por lo general, caracterizan a la institución del Ministerio Público en América Latina (según el modelo francés), más no así las anteriormente mencionadas, que se encomiendan a la Procuraduría General de la Nación en Colombia (aun cuando en algunos países todas ellas se encomiendan al Ministerio Público), aquí se entiende que las funciones del Ministerio Público (en estricto sentido, en cuanto persecución de los delitos y ejercicio de la acción penal) se encomiendan a la Fiscalía General de la Nación, el cual se encuentra regulado en la Constitución dentro del título correspondiente al Poder Judicial.

En el resto de los países, el Ministerio Público es una institución independiente o extrapoder. Cabe destacar el caso peruano, en donde la institución goza de independencia pero debe rendir cuentas ante el Poder Ejecutivo.

Si bien se ha avanzado en el propósito de que la institución del Ministerio Público deje de ser un instrumento de gobierno, utilizado como mecanismo de coacción política, debe reconocerse que en varios países de la región la autonomía técnica significa más un postulado constitucional que una realidad; sin duda, toda vez que su actividad se encuentra vincu-

lada con la libertad y la dignidad de las personas, el Ministerio Público debe configurarse como un organismo constitucional autónomo.

VI. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

La unidad de análisis histórica, cultural, temporal y material que se seleccionó para evaluar las tendencias del constitucionalismo, en la lógica del cambio político democrático experimentado en la región latinoamericana en las últimas décadas, es desde luego pertinente.

Históricamente, dado que los países que conforman la América Latina continental comparten dilatadas experiencias constitucionales, comunes y diferenciadas, que ofrecen territorios y ámbitos inacabables para el análisis macro y microcomparativo, diacrónico o sincrónico, temático o institucional, unidisciplinario o multidisciplinario, y que quizás sólo bajo un amplio y flexible paraguas conceptual, como lo propuso Jorge Carpijo, puede ser objeto de mejor comprensión.

Culturalmente, puesto que América Latina no es sólo una región en sentido geográfico sino parte del patrimonio dinámico que amalgama tradiciones intelectuales, sociales e institucionales milenarias, tanto por el lado de su raíz europea como por el de su vivo legado prehispánico, combinado con otras influencias no menos antiguas y valiosas. En ese sentido, el diálogo constitucional iberoamericano se torna, hacia adentro y hacia fuera de su propia experiencia, en un mundo globalizado y a la vez más local, más particularizado, en definitivamente relevante y útil para contribuir, a su vez, al diálogo constitucional global.

Temporalmente, ya que si bien su bicentenaria experiencia independiente le acredita tempranas y persistentes expresiones democráticas, lo que la diferencia de otras regiones del Sur del planeta, es innegable que en los últimos treinta años el cambio político y la democratización han tenido lugar con toda fuerza y vigor, dejando atrás, aunque no sin riesgos de regresiones intolerables, el militarismo y el autoritarismo que han llegado a caracterizar por épocas a sus sistemas políticos.

Materialmente, en la medida en que, ya sea que se le aprecie desde el ángulo comparativo a partir de los componentes de la institucionalidad democrática (derechos fundamentales; sistemas electorales, de partidos y democracia semidirecta; sistema de gobierno; poder judicial; estado y economía; interpretación constitucional; rendición de cuentas), o bien,

de las premisas básicas de las formas de estado y de gobierno (del Estado liberal clásico al Estado liberal social; del Estado constitucional, social y democrático, y aún multicultural, de derecho, al Estado plurinacional y comunitario, y del presidencialismo al parlamentarismo y sus variantes, incluso al preterido sistema de gobierno consistorial o colegiado), lo cual se intentó, respectivamente, en las mesas temáticas y los casos nacionales, a lo largo del Seminario, las imágenes que emergen son las de Constituciones en busca de equilibrar sus propios contenidos y funciones a efecto de suministrar condiciones propicias para la libertad, la justicia y la gobernabilidad democrática en sociedades que aún no concluyen, aunque han avanzado pasos importantes, su complejo camino a la modernidad plena.

A la doble propuesta metodológica que estructuró el decurso y los discursos del Seminario, habrá que agregar en futuros ejercicios de este tipo temáticas y cuestiones que en esta ocasión no fueron incluidos.

Es pertinente y urgente insistir en el análisis y promoción de la cultura constitucional en tanto pedagogía jurídica y social. Es necesario profundizar y dar seguimiento a los procesos constituyentes que se desenvuelven en diversos países de la región para registrar datos y enriquecer el conocimiento comparativo sobre las cuestiones políticas y sociales tan sensibles que involucran. Es recomendable introducir al análisis constitucional, no sin la debida prudencia metodológica, la variable multidisciplinaria a que convoca la apuesta de la democracia sustancial a efecto de echar luz sobre los alcances y limitaciones del discurso propiamente jurídico, cuya consistencia podría incrementarse por esa vía. Además del perfeccionamiento de las instituciones democráticas, el diálogo constitucional comparado debía también abocarse con más decisión al análisis de sus contextos histórico sociales, no sólo para progresar en la comprensión de lo menos conocido, las culturas, sino para detectar y prevenir factores contrarios a sus valores predominantes.

VII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA Y RECOMENDADA

ACKERMAN, John y SANDOVAL, Irma, *Leyes de acceso a la información en el mundo*, México, IFAI, 2005.

- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- CARBONELL, Miguel (coord.), *Derecho constitucional, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- CARPIZO, Jorge, *Concepto de democracia y sistemas de gobierno en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y galantismo*, Madrid, Trotta, 2008.
- HUNTINGTON, Samuel, *La tercera ola: la democratización a finales del siglo XX*, Barcelona, Paidós, 1998.
- NOHLEN, Dieter, *Sistemas electorales en su contexto*, México, UNAM-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.
- et al. (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, Idea Internacional-TEPJF-IFE-FCE, 2007.
- O'DONNELL, Guillermo, "Polyarchies and the (Un)Rule of Law in Latin America", en MÉNDEZ, Juan E. et al. (eds), *The (Un)Rule of Law and the Underprivileged in Latin America; Notre Dame*, Indiana, University of Notre Dame Press, Helen Kellogg Institute for International Studies, 1999.
- , "Accountability Horizontal. La institucionalización de la desconfianza política"; *Isonomía*, num. 14, abril de 2001.
- OROZCO Y VILLA, Alejandro, *Rendición de cuentas en América Latina: fiscalización y acceso a la información*, tesis de grado, Universitá di Bologna, 2007.
- PAYNE, J. Mark et al., *La política importa. Democracia y desarrollo en América Latina*, 2a. ed., BID, Idea Internacional, 2003.
- SALAZAR, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2006.
- VALADÉS, Diego, *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*, México, UNAM-El Colegio Nacional, 2007.
- VILLANUEVA, Ernesto, *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México*, México, UNAM, 1998.

ZOVATTO, Daniel (coord.), *Regulación de los partidos políticos en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Idea Internacional, 2008.

——— y OROZCO Henríquez, J. Jesús, “Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007. Lectura regional comparada”, en ZOVATTO, Daniel y OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús (coords.), *Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007*, 1a. reimp., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

ENTRE LA LIBERTAD, LA JUSTICIA Y LA EFICACIA
EN EL GOBIERNO: AVANCES Y DILEMAS DEL ESTADO
CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO LATINOAMERICANO

Raúl ÁVILA ORTIZ
J. JESÚS OROZCO HENRÍQUEZ
Daniel ZOVATTO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El panorama general*. III. *Seis temas desde la perspectiva comparada*. IV. *Tres experiencias nacionales alternativas a debate*. V. *Un tema adicional: instituciones de rendición de cuentas*. VI. *Conclusiones y reflexiones finales*. VII. *Bibliografía consultada y recomendada*.

I. INTRODUCCIÓN

El presente texto ofrece un apretado recuento de los principales planteamientos presentados a lo largo del Seminario Internacional que dio lugar al volumen que el lector tiene en sus manos. Sumado a lo anterior, esta colaboración rescata y coloca en la agenda temática que animó al Seminario un tópico específico relativo al sistema de gobierno, el cual involucra una de sus debilidades más notorias y exigencias ciudadanas más insistentes y justificadas: la rendición de cuentas. Asimismo, esta contribución pretende iluminar algunos de los avances prominentes y dilemas constitucionales sensibles que se infieren a partir de los valiosos análisis expresados durante el Seminario, los que reflejan un rico debate intelectual respecto a la intensa vida pública latinoamericana en la búsqueda por consolidar, y en algunos casos reconstituir, el Estado constitucional democrático en América Latina.

Para hacerlo, los coautores de este trabajo se han basado en las notas aportadas por Raúl Ávila; la refinación de una parte de un ensayo elabo-

rado por Jesús Orozco y Daniel Zovatto (citado en la bibliografía), y las reflexiones compartidas por los tres respecto a los temas examinados durante el Seminario.

Los coautores abrigan la esperanza de que las líneas que siguen aporten insumos complementarios a las contribuciones de los distinguidos especialistas que participaron en el referido Seminario y sean útiles para abonar a la comprensión de los avances y retos pendientes de la institucionalidad democrática en la región

II. EL PANORAMA GENERAL

Hace ya algunos años que las ciencias sociales, en general, y el derecho constitucional comparado, en particular, han dejado en claro que los métodos de análisis son instrumentos al servicio de su operador para producir conocimiento pertinente y válido. Así, ubicar los temas específicos de una agenda de investigación regional y nacional supone una “ida y vuelta” por el círculo de la inducción y la deducción, los datos empíricos y su confrontación con ideas y principios, así como el desarrollo de éstos para ser aplicados en la práctica y vueltos a contrastar más tarde.

Desde la perspectiva más general, los datos particulares se integran en un discurso que pretende ofrecer horizontes amplios para el análisis y la discusión más específicos. Ese fue el sentido de las tres conferencias magistrales que tuvieron espacio en el Seminario.

1. *Tendencias, retos y problemas generales del constitucionalismo y la democracia*

Al practicar un repaso de las principales tendencias del constitucionalismo y la democracia en América Latina a lo largo de los últimos treinta años, Jorge Carpizo (México) planteó un método de análisis a partir de un amplio listado de características de la democracia; sus retos; tendencias, y problemas.

En cuanto a sus *características*, es claro que la democracia representa un proceso progresivo y dinámico vinculado a los derechos humanos pues sin éstos y la división de poderes no hay Constitución, como no hay Constitución sin democracia pues mediante sus reglas se eligen gobernantes, distribuyen competencias y controla el poder.

La democracia incluye, entre otras notas distintivas, un orden jurídico, Estado de derecho y Constitución; no perpetuación en el poder; pluripartidismo; minorías protegidas; tutela de derechos humanos; derechos de libertad e igualdad; no discriminación; calidad de vida; transparencia; control del poder con pesos y contrapesos; laicismo; diálogo, negociación y concertación; medios de comunicación plurales y fuerza del estado protectora de derechos. La democracia se singulariza, especialmente, por su carácter de fuerza expansiva

En términos de los *retos*, es posible documentar ciclos y olas en los diversos Estados en favor y en contra de la democracia.

Así, se registra una ola inicial en favor de la democracia después de la Segunda Guerra Mundial; una contraola a partir de 1959, debido al impacto de la revolución cubana, que militarizó los gobiernos de todos salvo cuatro países de la región; otra ola democratizadora a finales de los setenta, que se extiende a los ochenta y noventa, en particular en el ámbito electoral; en tanto que en la última década se advierte una nueva contraola caracterizada por el hiperpresidencialismo y concentración de poderes, desprecio del Estado de derecho, desequilibrio entre Estado y mercado; crecimiento económico sin reducción de la desigualdad —lo que se verá agravado por la crisis económica—, índice de corrupción en aumento, concepción democrática sin arraigo social, no obstante lo cual, en los últimos seis años, paradójicamente, en la región creció el sentimiento de felicidad.

En cuanto a las *tendencias*, se advierte en el constitucionalismo latinoamericano la influencia europea, tanto española como portuguesa e italiana, alemana y francesa.

Las tendencias registran, por ejemplo, la nueva presencia de la jurisdicción constitucional dotada de garantías procesales; habeas data; *ombudsman*; autonomía técnica del Ministerio Público (no efectivo en la práctica); matices parlamentarios (interpelación legislativa, voto de confianza y censura en diversas modalidades, jefe de gabinete y segunda vuelta); supremacía constitucional y recepción de normas internacionales; judicialización electoral; fiscalización del ejercicio de recursos públicos pero con órganos sin efectiva autonomía técnica debido a intervención del Congreso o el Poder Ejecutivo; reconocimiento constitucional de partidos políticos e incorporación del principio de representación proporcional en las fórmulas electorales; sustitución de presidentes por vía constitucional, y alternancia presidencial que incluye, hoy, a una mujer (Chile), un sindicalista (Brasil) y un indígena (Bolivia).

Las tendencias positivas no están exentas de *problemas*: éstos, entre otros, se expresan en pluripartidismo extremo (en once países hay más de diez partidos, más de ochenta, junto con movimientos sociales, en Venezuela, y ocho en México) acompañado de percepción negativa hacia ellos por parte de la ciudadanía; gobiernos divididos, compartidos (en el periodo examinado, cayeron 17 presidentes con mayoría y 16 sin mayoría en el Congreso) y de coalición; recurrencia al referéndum (no convocatoria a congresos constituyentes sino asambleas proyectistas de textos constitucionales complementadas por referéndum pero con riesgo de manipulación mediática y política); debilitamiento de la legalidad y del poder judicial; movilización popular; crimen organizado y narcotráfico en procesos electorales, y deterioro de la moral pública.

En particular, el riesgo más inquietante del constitucionalismo de hoy radica en el hiperpresidencialismo y en la negación de la democracia sustancial, lo que implica la privación de satisfactores sociales.

2. *El diálogo constitucional iberoamericano*

Más que influencia del constitucionalismo español sobre el latinoamericano, lo que ve Javier Pérez Royo (España) son momentos o ciclos de una y otras experiencias; diálogo fructífero y supervivencia constitucional de las instituciones.

La diferencia específica de la historia del constitucionalismo español en relación con el resto de Europa consiste en la relación entre sociedad y Monarquía, de modo que las crisis de la Monarquía preceden a las nuevas constituciones españolas que han buscado restaurarlas (al menos así fue hasta 1931), en que el árbitro siguió siendo el rey, antes de que Francisco Franco tomara el poder.

Aunque en 1975 se presenta una vez más la crisis de legitimidad monárquica, entonces el proceso constituyente no incluye a dicha institución en la discusión. De allí que en 1978 se haya fijado el principio de legitimidad democrática basada en el proceso político y la soberanía nacional, detrás de lo cual —no antes— se coloca la figura del rey. Había plena conciencia entre los españoles que se quería una Constitución de corte europeo y que ésta se beneficiaría de la experiencia europea en la construcción del estado constitucional y democrático de derecho, lo que

representó la culminación del proceso constitucional europeo y el inicio de la inserción de España en la Unión Europea.

La esencia de la Constitución Española radica en el reconocimiento democrático de los derechos fundamentales, su garantía e indisponibilidad, a partir de cuyos parámetros es posible valorar el diálogo constitucional entre España y los países latinoamericanos.

3. La importancia del análisis comparativo contextual

Semejanzas y diferencias; problemas, tendencias y retos; historias compartidas de ideas, estructuras y acción, encuentros y desencuentros, hacen que el análisis constitucional comparado cobre especial relevancia, según lo advierte Lucio Pegoraro (Italia), y elevan sus problemas metodológicos a objeto de estudio cuidadoso, de modo que sigue siendo básico distinguir entre derechos extranjeros y su análisis en perspectiva comparada, a la vez que se convierte en cada vez más pertinente poner atención a los dilemas que la riqueza de la experiencia histórica contextual, diversidad cultural y multiplicidad de lenguajes de un entorno dinámico, plantean al comparatista contemporáneo.

III. SEIS TEMAS DESDE LA PERSPECTIVA COMPARADA

En la vertebración del Estado constitucional democrático moderno y contemporáneo, sea en su versión liberal clásica, o bien, en su modalidad racionalizada —con fuerte contenido social y poderes públicos reforzados— y complementada —aunque en varios casos se tendió a sustituir aquel sentido social— con la variante multicultural, y más tarde con la sustancialista y garantista de los entre siglos XX y XXI —la apuesta por el Estado constitucional democrático y social de derecho— no exenta en caso alguno de rigideces y hebras autoritarias heredadas del pasado, se advierte la presencia de los derechos humanos —ahora también fundamentales; el sistema electoral, de partidos y la democracia semidirecta —ésta última ya operante en el siglo XIX; el sistema de gobierno— especialmente la relación Ejecutivo-Legislativo; Poder Judicial; el papel del Estado en la economía, y la interpretación constitucional. Por ello, el análisis comparativo constitucional en el tiempo de la “tercera ola demo-

cratizadora” en América Latina colocó en el Seminario esos temas con el propósito de valorar sus principales dinámicas y tendencias.

1. *Derechos fundamentales*

Miguel Carbonell (México), en su ponencia introductoria, destacó la pertinencia y relevancia de los derechos fundamentales en tanto piedra angular del constitucionalismo contemporáneo; hizo notar su carácter progresivo y acumulativo, así como la lucha permanente por su vigencia efectiva en la región, en el contexto de la democratización. En un mundo globalizado, plural y diverso, la internacionalización de sus mecanismos de tutela y temas tales como la ponderación y proporcionalidad entre principios y derechos en tensión se erigen en cuestiones constitucionales de primer orden.

Néstor Osuna (Colombia) hizo énfasis, precisamente, en el proceso de internacionalización del régimen de libertades frente al constreñimiento de los derechos debido a la criminalidad organizada, crisis sociales y económicas, agravadas en algunos casos por actos terroristas, ante lo cual la institución del “régimen de excepción” genera también contradicciones y riesgos. Recordó que Colombia estuvo 37 años bajo estado de sitio constitucional, en la modalidad de estado de conmoción y emergencia, y aún lo estuvo doce años más después de la Constitución de 1991, la que lo reguló en detalle. En Colombia, subrayó, luego del año 2001 la política de seguridad ha limitado libertades y derechos, y otro tanto ha producido la llamada “cultura del miedo”.

Gonzalo Aguilar (Chile) hizo notar que, en América del Sur, el proceso democratizador ha mostrado avances en el tema de los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, la transición: fortaleció la institucionalidad de los derechos humanos, incluida la inserción de la figura del *ombudsman*, de la cual sólo carecen formalmente Brasil y Chile; propició la inserción del sistema interamericano de protección de los derechos en los órdenes constitucionales nacionales, vía artículos específicos (notoriamente, el caso de Paraguay, cuyo texto admite el orden jurídico supranacional en todos los ámbitos de los derechos, y, en el extremo contrario, Chile, Nicaragua, Guatemala y El Salvador); generó, salvo excepciones, el desarrollo amplio de normativas que ahora se extienden hasta la identidad cultural y los derechos indígenas tanto en su línea individual cuanto en la colectiva (aunque no es

así, por ejemplo, en Chile), y contribuyó a forjar un derecho americano de los derechos humanos que lucha por su efectividad a partir de la casuística de las resoluciones de la Corte Interamericana. El proceso no está exento de dilemas y desafíos que pasan por la desigualdad (Chile, Venezuela o Perú) y el descenso en índices de desarrollo humano (Argentina o Bolivia); corrupción e impunidad; falta de eficacia en la administración de justicia; crimen y violencia de género; falta de implementación de los derechos económicos, sociales y culturales, en particular en relación con niños, jóvenes y adolescentes. Consecuentemente, se exige fortalecer la cultura de los derechos humanos; implementar y tutelar judicialmente los derechos económicos, sociales y culturales; acatar decisiones del sistema interamericano; reconocer la diversidad cultural y fortalecer un sistema normativo unitario y coherente de derechos humanos.

Héctor Gros (Uruguay) reconoció su preferencia por el concepto de “derechos humanos” más que el de “derechos fundamentales”, dado que todos son esenciales. El enfoque “generacional” de los derechos es impertinente porque supone la muerte de la generación previa cuando los derechos humanos son acumulativos, de modo que se reconocen, ajustan o amplían según nuevas necesidades sociales. Todos los derechos son universales e interdependientes a riesgo de negarlos a todos, por lo que no es conveniente sectorizar su titularidad y goce, si bien el concepto de igualdad entraña medidas compensatorias para los grupos vulnerables y las minorías (en todo caso, según lo establecía la Constitución italiana, el Estado debe estar obligado a remover obstáculos para el ejercicio de los derechos). Existe un principio de complementariedad interna/externa de los derechos con base en el diverso principio de subsidiariedad interna respecto al sistema internacional. En la región se ha registrado una primera etapa de la ola democratizadora en la cual se recibe el aire internacional de los derechos humanos y se acude al fin de la impunidad mediante la no inmunidad internacional de los jefes de estado o de gobierno y el adiós a la imprescriptibilidad de sus delitos. A esa etapa ha seguido un periodo en que los derechos sociales han complementado a los derechos civiles y políticos en tanto que los derechos indígenas han sido reconocidos y se están armonizando con el derecho liberal.

2. Sistema electoral, sistema de partidos y democracia semidirecta

José de Jesús Orozco (México) introdujo el tema advirtiendo que, a lo largo del proceso democratizador latinoamericano, el derecho y la justicia electoral han jugado un papel central.

Entre otros aspectos, es notoria la extendida presencia del principio de representación proporcional en la integración de los poderes; dos tercios de los países prevén la reelección, y doce, elecciones concurrentes; en todos se aprecia el fenómeno de los organismos electorales especializados y, en trece de ellos, la regulación de la democracia interna en los partidos políticos; en la mayoría el financiamiento es mixto con énfasis en la modalidad pública y límites al financiamiento privado con regímenes diversos de fiscalización; el acceso a medios de comunicación está pobremente regulado y sólo Brasil, Chile y México prohíben a partidos y candidatos compra directa de tiempo en radio y televisión; la equidad de género mediante cuotas está más presente que el tema de la participación de pueblos y comunidades indígenas en tanto que los movimientos políticos, agrupaciones y candidatos independientes aparecen diferenciadamente pero de manera generalizada en el caso de elecciones legislativas; salvo en México y República Dominicana, la democracia semidirecta está prevista y se usa de manera variable pero intensamente en Venezuela, Bolivia y Ecuador. Durante los últimos treinta años se percibe un énfasis en democracia y representación en tanto que ahora se exige más gobernabilidad.

Julio César Ortiz (Colombia) apuntó que la Constitución colombiana de 1991 desbloqueó la bipartidización pero fragmentó la personería en ochenta expresiones; si bien está es una tendencia en la región, en Colombia generó partidos irregulares que refleja la realidad de 75 diputados encarcelados por vínculos con la narcoguerrilla. Seis reformas constitucionales no han logrado reinstitucionalizar a los partidos políticos aunque sí han reducido los llamados “famipartidos” y “narcopartidos”, en tanto la figura de la “silla vacía” penaliza al partido junto con el político al prohibir su sustitución en el Congreso una vez que se le priva de ese derecho merced a conductas delictivas. Una reforma que está en proceso prohíbe la doble militancia, autoriza el voto en blanco, modifica la cifra repartidora, introduce inhabilidades e incompatibilidades, sanciona el transfuguismo y hace que el registrador (quien organiza la elección) sea electo por el Congreso. Esas dinámicas tienen lugar en un contexto en que el presidente busca la reelección por tercera oca-

sión e incurre en abuso mediático y privatización intensa, lo cual alimenta la desinstitucionalización y el personalismo.

Javier Patiño Camarena (México) recordó que los instrumentos básicos de la democracia son la soberanía popular, la representación y los partidos políticos, pero en determinados sistemas también se cuenta con la democracia participativa, la cual no siempre es favorable a la propia democracia pues suele estar afectada por factores contextuales e institucionales. En México, a lo largo de cien años se ha luchado por pasar de la democracia representativa a la democracia participativa sin que este tránsito se haya consumado. Cuatro intentos tuvieron lugar: uno en 1823, cuando Chiapas decidió seguir formando parte de México; otro en 1856-1857, cuando en la Constitución de este año se plasmó un sistema de reforma secuenciada mediante dos legislaturas y un referéndum adicional (que nunca se aplicó); otro en 1977 pues se colocó en el artículo 97 constitucional la figura del referéndum que, sin haberse aplicado, desapareció diez años después, y finalmente, en 1996, cuando la Secretaría de Gobernación se pronunció en el sentido de que las decisiones políticas fundamentales no podían modificarse ni siquiera mediante “referéndum”. En México, la democracia semidirecta sigue siendo un desafío pendiente, el cual no carecerá de problemas de implementación.

Salvador Sánchez (Panamá) estableció que el sistema electoral se define tanto por las relaciones inter e intrapartidistas como por su relación con la administración electoral en procesos electorales para integrar poderes ejecutivos y legislativos. El proceso democrático adolece de tensiones entre fuerzas diversas, algunas de ellas autoritarias, y su consolidación depende en buena medida de la democracia participativa que a su vez depende de su funcionalidad y la cultura política.

3. Sistema de gobierno: relaciones Ejecutivo-Legislativo

Lorenzo Córdova (México), al introducir la Mesa, puso en relieve la importancia del tema y ejemplificó con el caso mexicano en donde la democratización mediante sucesivas reformas electorales produjo pluralidad democrática, pero dejó intacto el régimen político antiguo, el cual requiere ser modificado.

Francisco Eguiguren (Perú) explicó la experiencia peruana, basada en el esquema del presidencialismo atenuado, que revela que los diseños latinoamericanos son variados respecto al modelo original y están lejos de

resolver todos los problemas pues el titular del Poder Ejecutivo siempre conducirá o manipulará en su favor cualquier correlación política con sus subordinados. No obstante, admitió que determinados rediseños equilibrantes del poder en el contexto específico podrían generar mejor eficacia gubernamental, aún en gobiernos divididos.

Abundó sobre el tema de matices parlamentarios aclarando que en la región hay trece países que establecen el refrendo; once la interpelación; once la censura; varios el jefe de gabinete con iniciativa legislativa y en casi todos la participación de ministros en debates parlamentarios, no obstante lo cual los contrapesos al Poder Ejecutivo siguen siendo débiles con lo que se propicia la práctica del personalismo y el caudillismo. Perú se caracteriza por matices parlamentarios heredados desde el siglo XIX en el entendido de que cuando se genera una mayoría parlamentaria favorable al presidente se incurre en el hiperpresidencialismo. En este caso, la censura no afecta al presidente o conductor de la política sino a los ministros o al gabinete, lo que lo hace diferente del modelo parlamentario debilitando a los propios ministros. Por lo general, cuando ha habido mayoría parlamentaria natural o coaligada los gobiernos han permanecido y no lo han hecho en el caso contrario. Ante ese dilema, el parlamentarismo no parece viable debido a la oposición ciudadana a la elección indirecta del gobierno y a la desorganización de los partidos. El presidencialismo puro tampoco corresponde a la tradición peruana. Por ello, quizás algunas transferencias de facultades a ministros, gabinete y consejo de ministros podrían generar mayor responsabilidad política frente al presidente, lo cual tendría que ser complementado con la fortaleza institucional y cultura política partidistas.

Oswaldo Ramos (Honduras) describió la Constitución de su país, de 1982, la cual ha estado vigente durante siete gobiernos electos y ha incorporado cambios democráticos tales como el *ombudsman*, tribunal superior de cuentas, fiscalía general del estado, sala constitucional en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, habeas corpus y habeas data. En su opinión, establecer la acción de inconstitucionalidad con efectos generales sería crucial para fortalecer al Poder Judicial.

4. Poder Judicial

Eduardo Ferrer (México), en su ponencia introductoria, hizo notar que el Poder Judicial ha sido clave en el proceso democratizador a partir de

transformaciones orgánicas o formales y adjetivas o procesales. Así, se crearon consejos de la judicatura con más garantías para la independencia e imparcialidad de la institución y un juzgador sujeto a rendición de cuentas y transparencia; nuevos tribunales y modelos de Cortes constitucionales fuera y dentro del Poder Judicial; salas constitucionales y tribunales o Cortes con funciones de constitucionalidad, lo cual ha dado lugar, en algunos casos, a la llamada “Guerra de las Cortes”. En la línea procesal, se le dotó de nuevas facultades, entre ellas las interpretativas; se codificó la ética judicial, incluso generando un código-tipo que incorpora el principio ético de la motivación en las sentencias y resoluciones, y se profundizó la transparencia o diálogo del juez con la sociedad para comunicar sus decisiones.

Iván Escobar Fornos (Nicaragua) defendió al Poder Judicial en tanto clave de la democracia y reconoció que no se le deja ejercer plenamente sus competencias debido a sus importantes impactos políticos. Hay diversos factores que favorecen a la institución, tales como la forma de nombramiento y permanencia en el cargo, así como la libertad del juez, en tanto que hay otros que le perjudican, por ejemplo, las culturas de ilegalidad, impunidad y poderes fácticos, la corrupción, pobreza y también una legislación vetusta.

José Luis Lovo (El Salvador) subrayó que en su país se ha vivido una transición civilista y un proceso político democratizador que ha tenido en el Poder Judicial un factor relevante.

Humberto Nogueira (Chile) precisó que América Latina cuenta con más variantes que los modelos de justicia o jurisdicción constitucional convencionales dado que opera el control concentrado, desconcentrado o mixto, dentro o fuera del Poder Judicial. Explicó que el concepto de tribunal constitucional no puede restringirse a su autonomía orgánica porque ello significaría que aquellas variantes se quedarían fuera del modelo, salvo los casos de los cinco países de la región andina y Venezuela (que sí cuentan con tribunales constitucionales fuera del Poder Judicial). Describió casos nacionales específicos, tales como el de Chile, en donde se ha incrementado de siete a diez la integración de la Corte Constitucional y se mantiene la concurrencia de los poderes Ejecutivo y Legislativo en el procedimiento de nombramiento, aunque, como en Colombia y Venezuela, opera un comité de investigación, propuesta y nombramiento. Fórmulas determinadas, tales como la presencia indígena en la justicia boliviana, cuyos integrantes pueden ser sujetos de revocación, o bien, el

caso ecuatoriano, que incluye la equidad de género en la integración, resultan novedosas. En otros aspectos, subrayó que el nombramiento clásico mixto, en que participan el Ejecutivo y el Legislativo se complica en casos de gobierno dividido; que el parámetro clásico de control ya no es sólo la Constitución formal sino la sustancial, lo que debilita el principio también clásico de jerarquía normativa; que en países de la región andina (Bolivia, Chile, Colombia y Perú) se prevé el control judicial sobre la reforma constitucional con énfasis en el control sobre aspectos procedimentales, si bien Colombia y Perú han reservado un núcleo constitucional disponible sólo mediante asamblea constituyente pero sólo en sentido progresivo y nunca regresivo. Detalló que el control preventivo supone aplicar el derecho de los derechos humanos, en particular en relación con tratados internacionales, salvo el control reparador existente en Perú, aunque Chile mantiene el control preventivo obligatorio y facultativo en cierto tipo de leyes. En tanto, el control reparador puede ser abstracto (con efectos generales) o concreto (al evaluar la norma derivada del enunciado normativo aplicable al caso).

5. Papel del Estado en la economía

Daniel Barceló (México) introdujo la mesa planteando que el tema se inscribe en la discusión entre desarrollo y subdesarrollo y que, cualquiera que sea el grado de intervención del Estado en la economía, la formación de poderes fácticos hace necesaria la toma de decisiones políticas.

Jorge Reinaldo Vanossi (Argentina) puntualizó que el tema se ubica en la deserción del Estado respecto a la regulación mínima que debe proveer para la operación del mercado y el capital, algo que tiene que realizar debido a la inexorabilidad de la globalización. Hacerlo requiere transparencia y acceso a la información, sobre todo en el ámbito de las finanzas públicas; competencia en beneficio del capital, consumidores y beneficiarios, y juego justo en términos de reglas que se cumplan para la generación de confiabilidad. Hasta 1929, el mejor Estado era el menor Estado en tanto Roosevelt superó el llamado “carnaval de inconstitucionalidades” generado por la Suprema Corte de Justicia respecto a su legislación económica y social, la que propició inversión pública para sacar a Estados Unidos de la Gran Depresión. A su vez, Milton Friedman planteó la desregulación radical de la economía y su versión jurídica, encarnada en Richard Posner, desnaturalizó los valores constitucionales en que se funda, y de allí que la teoría del análisis economí-

co del derecho (AED) se distinga por el consecuencialismo y antiaxiologismo en favor del interés privado. A manera de ejemplo, apuntó que en Argentina no hay seguridad ni estabilidad en las reglas del juego sino más bien políticas contingentes basadas en percepciones inmediatistas, en lugar de planeación y responsabilidad; falta de índices oficiales confiables; manipulación de medios de comunicación y de la publicidad; empresas fantasmas y manejo de la ilegalidad, por lo que el mercado no funciona adecuadamente.

Mario Fuentes (Guatemala) estableció que la posición del Estado en relación con la economía y la sociedad se define a partir de la política fiscal, bancaria y crediticia, así como del grado de regulación, observancia y simulación jurídica. Ello implica: *a)* Reglas del juego para proteger la economía de mercado vía la protección de personas, bienes y acuerdos, tolerancia cero a la corrupción; auditoría social; modernización de controles financieros y acceso a la información; formalización de la economía informal y supresión de privilegios; *b)* Eficacia fiscal mediante incentivos, desburocratización, descentralización y racionalización, y *c)* Fortaleza jurídica lo mismo que apoyo a infraestructura, educación, inversión social y combate a la delincuencia organizada.

6. *Interpretación constitucional*

Pedro Salazar (México) adelantó que interpretar es determinar significados, acción que está condicionada y especializada de acuerdo con el sector en que ello ocurra, por ejemplo, el derecho constitucional. Bajo las teorías neoconstitucionales contemporáneas, se plantea el tránsito de la simple subsunción a la interpretación, lo que involucra el tema de la lectura moral de la Constitución. Advirtió que la corriente del garantismo jurídico, igualmente en boga, no sincroniza con el neoconstitucionalismo en algunos aspectos de la interpretación, más aún cuando la estructura de algunos textos constitucionales torna más compleja esta labor.

Rubén Hernández Valle (Costa Rica) mencionó que la Sala Constitucional de su país ha generado 300 mil criterios mediante el uso de los métodos de interpretación “conforme con la Constitución”, el evolutivo y el sistemático favoreciendo los derechos humanos y la democracia. Citó diversos ejemplos de la aplicación de cada uno de esos métodos y enfatizó que un criterio interpretativo de la Sala Constitucional permitió superar el biparti-

dismo costarricense que la legislación electoral había propiciado desde 1974 al fijar como base para la financiación partidista los resultados electorales. Asimismo, en respuesta a una pregunta formulada desde el público asistente, precisó que la reelección presidencial en Costa Rica fue reactivada precisamente mediante una decisión de la Sala Constitucional que declaró inconstitucional el procedimiento de reforma que lustros atrás la había prohibido, bajo el argumento de que un órgano constituido había reducido el derecho fundamental político electoral de los ciudadanos a optar por diversos candidatos, incluido el postulante a la reelección.

Marcelo Figueiredo (Brasil) recordó que la Constitución brasileña de 1988 recibió influencia de los textos español, portugués y alemán, y que se trata de una Constitución extensa, analítica y programática, la cual construyó un supremo tribunal federal en el modelo de la Suprema Corte de los Estados Unidos pues el presidente de la República propone a los once ministros ante el Senado, el cual los aprueba. Hay diversos casos de interpretación judicial constitucional que durante los últimos decenios han favorecido los derechos humanos, en particular en los ámbitos de la libertad de expresión y la libertad de prensa.

Jorge Silvero (Paraguay) planteó que el concepto (interpretación) y el contexto (proceso político) interactúan evolutivamente. Bajo esa premisa, recordó que García Belaúnde ya advertía en 1993 el ascenso de la interpretación constitucional como objeto de estudio específico, a la vez que anunciaba el adiós al legislador en tanto intérprete único de la ley y la llegada de una pluralidad de intérpretes que tenían en la Suprema Corte al intérprete final y definitivo. Pasó revista a diferentes autores, por ejemplo, Héctor Fix-Zamudio y Valencia Carmona, Eduardo Ferrer y Néstor Sagués, Jorge Ulises Carmona y Carla Huerta, quienes han contribuido de manera relevante a la doctrina interpretativa constitucional, y subrayó que la reforma constitucional, total o parcial, ha sido un denominador común en el proceso de democratización latinoamericano. Abundó al decir que se ha creado y enriquecido la jurisdicción constitucional mediante la erección de cortes y salas; la ampliación de facultades para tutelar judicialmente los derechos humanos; la modificación de la posición orgánica de la jurisdicción constitucional y el ajuste del perfil del juez constitucional, entre otras innovaciones. Para confirmar su tesis, citó el caso de Guatemala, en 1993, cuando el entonces presidente Serrano quiso disolver el Congreso y cesar a los ministros de la Corte, frente a lo cual ésta anuló el decreto correlativo

que fue acatado por su autor, quien fue forzado a dimitir. Citó también el caso de Paraguay, en donde en dos ocasiones la Corte jugó un papel relevante emitiendo exhortos al diálogo y la negociación en circunstancias políticas complejas. Concluyó reiterando que la transición produjo democracia constitucional como concepto y norma jurídica tutelar de derechos y poderes, y que ha quedado en definitiva atrás la noción kelseniana del tribunal constitucional en tanto legislador negativo, la cual ha sido reemplazada por un modelo en el que no sólo es tal sino que, especialmente, crea derecho y reconstituye el orden jurídico y social.

IV. TRES EXPERIENCIAS NACIONALES ALTERNATIVAS A DEBATE

Ahora bien, el Estado constitucional liberal y democrático de derecho, cuya justificación es, en el fondo, la justicia social alcanzada mediante la operación de sus diversos instrumentos y funciones institucionales y normativas; que ha ofrecido a minorías marginadas su inclusión multicultural y a todos sus súbditos la garantía de la democracia sustancial, se enfrenta contra-reloj al desafío de ideas, voluntades y actores que plantean una inversión de términos en la organización y el funcionamiento del propio Estado: limitar la libertad a cambio de garantizar la justicia no sólo social sino cultural. Sin embargo, para hacerlo corren el riesgo de pervertir la idoneidad de las instituciones democráticas, a las que acusan de parapeto de intereses oligárquicos, y lanzan una nueva proclama populista y neomarxista, en algunos casos etnonacionalista y comunitaria, que abre una página adicional del análisis constitucional comparado. Éste fue el sentido de poner a debate las tres experiencias nacionales más representativas de esta tendencia.

1. *Venezuela*

José María Serna (México) introdujo la mesa planteando que en el siglo XX el constitucionalismo forjó el estado liberal y social en tanto que, a inicios del siglo XXI, emerge un nuevo modelo motivado en crisis estructurales alimentadas por la deslegitimación de la estructura política, desigualdad, pobreza y crisis de representación política, entre otros factores, que conducirían a explorar una estrategia diferente. En su criterio, la necesidad de relegitimación e inclusión exigió la construcción de un modelo que combina diversos elementos de la experiencia constitucional.

Carlos Ayala Corao (Venezuela), en perspectiva analítica y crítica, recordó que la Constitución venezolana de 1961 formalizó el Pacto político de 1958 introduciendo figuras tales como el amparo y la descentralización hasta llegar, incluso, a tutelar el enjuiciamiento de un presidente y generar reformas que luego darían lugar a la Constituyente que Hugo Chávez concretó en 1999. El documento base de la Asamblea Constituyente no la concebía como originaria pero mediante decretos terminó reestructurando el poder judicial y otros aspectos institucionales. La Comisión Legislativa nacional se integró con seis expertos electos y seis ciudadanos de a pie, generó legislación y creó la Comisión de reestructuración y funcionamiento del Poder Judicial, de modo que el trabajo de la constituyente fue y sigue siendo francamente interventor de esta institución. Si bien en derechos humanos se reconoció el derecho Internacional y su tutela efectiva, y se dio vida a una superpoderosa Sala Constitucional, a la vez que se confirió el gobierno y administración del Poder Judicial al tribunal supremo de justicia, en la práctica el Comité de postulaciones para ocupar altos cargos en la judicatura fue integrado, dudosamente, por diputados “prochavistas” y organismos sociales diversos. Como prueba de las contradicciones existentes en todo ese proceso, hizo notar que el tribunal supremo enjuició al propio ex presidente de la Constituyente; en 2002 falló en favor de enjuiciar a determinados militares y en 2003-2004 hizo otro tanto en relación con el referendo revocatorio, además de que justificó el reforzamiento del Poder Judicial mediante un procedimiento heterodoxo de destitución masiva de jueces y nombramiento de otros al vapor, incluso sin concurso y sujetos a libre destitución, todo en favor del “bolivarianismo”. Citó, igualmente, el sonado caso de la destitución de magistrados y allanamiento del tribunal de lo contencioso administrativo, expediente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos conoció fallando en contra, y que luego sería declarado inejecutable por la referida Sala Constitucional venezolana. En conclusión, sentenció, no se puede concretar el estado socialmente justo sacrificando al estado constitucional.

Carlos Escarrá (Venezuela), en defensa de la Constitución y la estrategia “chavista”, argumentó la excepcionalidad histórico cultural de su país en el contexto mesoamericano pues, entre otros rasgos, no sufrió la herencia colonial —sólo fue una Capitanía General— lo que definió el carácter sociopolítico e institucional del país, cocido, además, en una tradición antiimperialista. Argumentó, igualmente, que la referida Constitución incluye avances relevantes pues reconoce la representación indígena y la equidad de género

con resultados tangibles; expresa una revisión del estado liberal burgués; entiende al derecho como instrumento y no como fin en sí mismo, en particular al enderezarlo en contra de las mafias judiciales; elimina la discriminación sociojurídica y busca la prevalencia del estado social como actitud y conducta que supera y va más allá del derecho pues se justifica en la reivindicación de la justicia material; se opone a la democracia representativa clásica burguesa y la reemplaza por la democracia participativa y la transferencia de poder y recursos al pueblo; pero también establece el control constitucional difuso y la revocabilidad de todos los cargos electivos. En síntesis, se trata de un nuevo paradigma y cambio de relaciones de poder, cuyo balance favorable está reflejado en el Latinobarómetro, que revela mejoría en todos los índices en comparación con trece años atrás, aún reconociendo que el proceso constitucional pudo y puede estar, como toda obra humana, salpicado de problemas y hasta contradicciones. Aún así, dijo, es mejor que lo que se tenía antes.

2. *Bolivia*

Raúl Ávila (México) apuntaría la singularidad del proceso reconstituyente boliviano, que representa una apuesta por el Estado plurinacional y comunitario, y diría al concluir la ponencia que tanto el programa concertado para el seminario como la estrategia constitucional boliviana muestran la pertinencia de realizar ejercicios de análisis comparativo multidisciplinario sin que se violen las reglas del discurso acordado para tal efecto. Advirtió que la riqueza del conocimiento especializado de carácter sistémico se conjuga con la experiencia específica de construcciones constitucionales que resultan relevantes en atención a sus instituciones y contextos diferentes y complejos en que tienen lugar.

Carlos Romero (Bolivia) explicó que, debido al agotamiento de sus estructuras fundamentales, su país ha entrado en momentos constitutivos tanto a inicios del siglo XIX y mitad del siglo XX como en la coyuntura actual, en la que el neoliberalismo se encuentra extenuado.

Apuntó que el diagnóstico de la presente coyuntura, que ha llevado a un nuevo esfuerzo constitucional, revelaba una fractura entre Estado y economía (lucha por el excedente económico); otra entre Estado y pueblos indígenas (la llamada “cuestión nacional”), y otra más entre Estado y regiones (la cuestión regional).

Abundó que la primera fractura se traduce en el problema del Estado primario exportador/extractivo improductivo y antinacional, que sólo dejaba al país el 10 por ciento de los beneficios; préstamos internacionales equivalentes al 35% del presupuesto; impuestos del 26%; contracción de capital financiero y de la demanda, aunado al aumento de la pobreza y la reducción de la soberanía estatal; es decir, dos economías, la mercantil simple y la tradicional popular, dependientes desfavorablemente de la economía liberal compitiendo desigualmente en un mercado desregulado, pero con 83% de la población atada a aquellas dos formas económicas mientras que el neoliberalismo terció las relaciones laborales, fragmentó a la sociedad y desconcentró, minimizó y compartamentalizó a las organizaciones políticas y sus demandas, lo cual impactó en las etnias, paradójicamente, la población mayoritaria del país.

La cuestión nacional implica que la identidad pasó de ser vergüenza histórica a capital político y de sujetos de reivindicación a sujetos integrales politizados, a lo que se sumó la convergencia de clases medias por la defensa de los recursos naturales.

El tema regional pasaba por la preeminencia de un Estado central que negaba la regionalidad boliviana para mantener privilegios de una minoría.

Las opciones que se presentaban ante tal estado de cosas eran la vía violenta o la pacífica y democrática, misma que tuvo lugar en tres tiempos: de 2000 a 2005, en que los movimientos sociales demandaban reivindicación; de 2005 a 2008, cuando ocurrió la reconstitución reformulando relaciones y estructuras de poder en cuatro ejes, y de 2008 en adelante, en que se inicia la implementación de la nueva Constitución.

Los cuatro ejes sobre los que se asienta el nuevo modelo constitucional son *a)* el modelo de Estado pues se define como un orden jurídico político social de derecho con respeto a la institucionalidad democrática liberal; Estado plurinacional comunitario, en términos de coexistencia de naciones y culturas diferentes basadas en lo colectivo o comunitario, con reconocimiento a derechos políticos, económicos y culturales; *b)* democracia representativa y participativa, conjugada con la democracia comunitaria o deliberativa, que da lugar a la democracia “consociona”; *c)* derechos colectivos empatados con los derechos individuales, además de derechos especiales, todos amparados por instrumentos tutelares cuya aplicación no depende de normatividad o reglamentación secundaria al-

guna, y *d*) estructuración del poder político a partir de asignación de poder vertical y horizontal, basada en elección presidencial directa a dos vueltas; revocación de mandato; circunscripciones especiales; poder judicial con pluralismo jurídico; régimen de autonomías y modelo económico plural, entre otros aspectos.

3. Ecuador

César Astudillo (México) introdujo la mesa haciendo notar que la inestabilidad política ha caracterizado la historia constitucional del Ecuador por lo que un tema central de reflexión consiste precisamente en la capacidad de la nueva Constitución ecuatoriana para abatir ese fenómeno.

Ramiro Ávila (Ecuador), en defensa del nuevo modelo constitucional, puntualizó que procesos tales como la crisis económica que trajo la quiebra de bancos y la dolarización; la crisis política, que generó una honda desinstitucionalización, y la crisis social, que provocó depauperización, motivaron la estrategia antisistema del hoy presidente Correa.

Apuntó que las principales características de la Constitución vigente son que *a*) todo el poder queda sujeto a control constitucional y el intérprete máximo no es más el ejército sino la suprema corte constitucional; *b*) Estado de derechos materializado en garantías institucionales y pluralismo de fuentes jurídicas, atado a principios de igualdad, aplicabilidad, justiciabilidad, intangibilidad, interdependencia, progresividad, máxima efectividad e interpretación favorable al ser humano, además de una nueva clasificación que pasa por conceptos tales como el “buen vivir” de origen indígena, participación, libertad, protección efectiva y extensión de derechos a la naturaleza; *c*) garantías normativas o primarias mediante políticas públicas y jurisdiccionales con reparación integral del daño y tutela ante particulares, incluso.

Recordó que una estrategia social injusta, que había generado mucho dolor e inequidad y desigualdad; que había privatizado lo público y forzado un estado liberal mínimo, está dando paso a una estrategia justa, apoyada en nociones como el buen vivir, redistribución e igualdad material recuperando y controlando lo público a partir de un estado fuerte.

Reconoció la presencia de tensiones en la cultura jurídica pues el viejo formalismo jurídico se opone al neoconstitucionalismo y el régimen de transición muestra contradicciones y hasta desequilibrios.

Cerró advirtiendo retos en la legitimidad estatal debido a las posibilidades de incumplimiento de la nueva promesa político constitucional; la exigencia de su desarrollo normativo que puede desfasarse; la reinstitucionalización o funcionamiento constitucional y jurídico efectivos, y, finalmente, la eliminación de la inequidad.

Hernán Salgado (Ecuador) presentó una crítica moderada al nuevo esquema constitucional pues reconoció la llegada de la esperanza pero cargada de inquietudes.

Declaró que la parte dogmática de la Constitución, inusualmente extensa, hasta comprender 444 artículos, es sobresaliente pero puso en relieve que el texto transmite una cosmovisión indígena inspirada en dos millones de integrantes de las etnias, que no es congruente con los catorce millones de habitantes del país; que impone el concepto indígena de “buen vivir”, frente a la noción tradicional occidental de “vida digna”, junto a la tutela de derechos de seres animados y hasta no inanimados, como ahora se prevé, y que, por lo tanto, dista de la realidad que pretende normar.

Destacó que a las tradicionales funciones ejecutiva, legislativa y judicial del Estado, a las que ya se sumaba la función electoral, se añade ahora la función de transparencia y contraloría social que genera las instituciones correlativas para propiciar la participación ciudadana, lo que, sin embargo, corre el riesgo de beneficiar a unos cuantos.

Hizo notar el rasgo semiparlamentario que prevé la posible disolución del Congreso unicameral por parte del presidente, en tanto que la revocación del mandato presidencial pasa por la Corte Constitucional, lo mismo que el desafuero presidencial para efectos del posible juicio político. Finalmente, expuso su extrañeza, por inusual en la historia constitucional ecuatoriana, respecto a la reelección presidencial inmediata.

Hasta aquí las tres experiencias nacionales específicas.

Si bien hasta ahora el referido conjunto panorámico, temático comparado y de experiencias de casos nacionales a debate arrojan luz en torno a una serie de tendencias y dilemas sobre los que viene transcurriendo la dinámica constitucional y la discusión académica en tiempos de la democratización latinoamericana de las últimas décadas, evidentemente no alcanza a iluminar algunos de sus aspectos. Entre otros, conviene llamar la atención respecto a tópicos específicos vinculados al sistema de gobierno y que representan, precisamente, elementos débiles de la edificación consti-

tucional democrática de la región cuya inoperancia pone en riesgo la funcionalidad y rendimientos de la propia institucionalidad democrática.

V. UN TEMA ADICIONAL: INSTITUCIONES DE RENDICIÓN DE CUENTAS

Asumiendo que los sistemas de gobierno en los países latinoamericanos siguen siendo presidenciales, aunque con variantes y matices parlamentarios que los diferencian de su matriz estadounidense original, y que se han ensayado a lo largo de las últimas décadas diversas medidas de racionalización y reequilibrio, en particular, de las relaciones entre los poderes ejecutivo y legislativo, y en general entre poderes y órdenes de gobierno, viene al caso poner en relieve que las instituciones de rendición de cuentas, cuya misión es también el control del poder, no han producido sus mejores resultados en favor de la gobernabilidad democrática.

En efecto, la capacidad efectiva para que los Estados latinoamericanos se conviertan en auténticos Estados constitucionales democráticos de derecho es uno de los más importantes desafíos de los países de la región. A la tendencia contraria coadyuva la inmunidad por la falta de rendición de cuentas en diversos ámbitos institucionales, pues los actos de funcionarios públicos, lo mismo que los de agentes privados, no están sujetos a control alguno de constitucionalidad o legalidad, lo que facilita la violación de los derechos humanos.

Esta deficiencia en el diseño constitucional —y su operación— ha legado a los Estados latinoamericanos a los últimos lugares de los índices internacionales de gobernabilidad e impacta en la calidad de las instituciones representativas y el propio Estado constitucional de derecho. Este fenómeno se traduce, por ejemplo, en mal funcionamiento de las instancias públicas; excesos de poder e impunidad; corrupción y clientelismo, así como la eventual fusión del poder político con mafias y grupos de delincuencia organizada. El problema es tan grave que rebasa a los instrumentos tradicionales de control constitucional, sea la división vertical u horizontal de poderes, o bien, los instrumentos procesales de defensa constitucional, por lo que ha dado lugar a la creación, perfeccionamiento y especialización de nuevas formas de actuación de los órganos públicos cuyo objetivo es la rendición de cuentas, la erradicación de la corrupción y el mal uso del poder, por la vía de la transparencia y fiscalización de

los recursos públicos —instrumentos que, sin embargo, tampoco están exentos de limitaciones diversas—.

Siguiendo a Guillermo O'Donnell, la rendición de cuentas es la labor realizada por aquellas “agencias estatales que tienen autoridad legal y están tácticamente dispuestas y capacitadas (*empowered*) para emprender acciones que van desde el control rutinario hasta sanciones penales o incluso *impeachment*, en relación con actos u omisiones de otros agentes o agencias del Estado que pueden, en principio o presuntamente, ser calificados como ilícitos”. O'Donnell nombra a esta tarea “*accountability* horizontal asignada”, pues la distingue de las *accountabilities* vertical y horizontal.

Como se advierte, la rendición de cuentas es una manera genérica de denominar varias técnicas, instituciones y mecanismos para controlar el poder del Estado y de manera particular la conducta de los servidores públicos. En ella se encuadran las instituciones que aquí se denominan de “rendición de cuentas”.

1. *Transparencia y acceso a la información gubernamental*

La transparencia es uno de los pilares sobre los cuales se construye un sistema efectivo de rendición de cuentas. El libre acceso a la información del gobierno y, en general, a todo dato relacionado con la utilización de recursos públicos, representa un freno efectivo contra el abuso por parte de los servidores públicos que toman decisiones y disponen del erario. El acceso a la información constituye una herramienta eficaz para combatir la corrupción. Cuando la actividad gubernamental se publicita, se dota a la sociedad de un medio efectivo para evaluar el desempeño del gobierno, detectar irregularidades y pronunciarse en consecuencia.

El acceso a la información es un derecho indispensable para que los individuos tomen parte activa en las tareas públicas adquiriendo así un valor comunitario. Les permite conocer las políticas gubernamentales y cualquier acto de autoridad, así como sus razones y motivaciones. Pueden conocer en qué se utilizan los recursos públicos aprovechando las políticas públicas en favor de su calidad de vida.

La transparencia es el conjunto de actividades a través de las cuales se pone en conocimiento de la sociedad, de manera puntual, permanente, total y sin necesidad de petición previa, la información relativa a la actividad de

las diversas dependencias gubernamentales. La transparencia va más allá del simple hecho de brindar datos a los ciudadanos, ya que permite también operar políticas públicas mejor diseñadas que beneficien de manera más efectiva a la colectividad. Se origina en el principio de publicidad de los órganos del Estado.

El acceso a la información se ha convertido con el tiempo en una característica estrechamente vinculada a los regímenes democráticos. A partir de la “tercera ola democratizadora”, ocho de los dieciocho países continentales más República Dominicana, en América Latina, han desarrollado una legislación específica que regula el acceso a la información: Brasil, Colombia, Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Perú y República Dominicana. Por su parte, Costa Rica, Guatemala, México y Paraguay disponen sobre el particular de importantes regulaciones a nivel constitucional, sin que en los dos primeros se haya expedido la ley reglamentaria correspondiente, si bien en Guatemala se emitieron las Normas Generales de Acceso a la Información Pública en el Organismo Ejecutivo y sus Entidades a través del Acuerdo Gubernativo 645-2005, del 8 de diciembre de 2005.

A la par de su desarrollo a nivel nacional, el derecho de acceso a la información pública se encuentra establecido en un gran número de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, Tal es el caso del artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), así como de los artículos 13 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

De acuerdo con el artículo 19 de la Declaración Universal, el derecho a la información es el derecho fundamental de toda persona a proveerse de información (incluyendo el acceso a los archivos, registros y documentos públicos, así como a decidir qué medio se lee, se escucha o se contempla), a informar (incluyendo el ejercicio de las libertades de expresión e imprenta, así como la posibilidad de constituir sociedades y empresas informativas) y a ser informada (incluyendo la recepción de información objetiva y oportuna, completa y con carácter universal, esto es, el derecho a enterarse de todas las noticias, en el supuesto de que la información se destina a todas las personas sin exclusión alguna). Esta legislación internacional, relevante para la difusión de ese derecho, adquiere su verdadera dimensión cuando la legislación interna de los países lo dota de efectividad mediante una ley de transparencia y acceso a la información que establezca los lineamientos a seguir para acceder a los datos gubernamentales.

De ahí la importancia de una ley específica que regule el derecho de acceso a la información, en donde se precise la legitimación activa de quienes gozan del derecho a solicitar información estatal; un procedimiento dinámico, sencillo y gratuito para acceder a la misma; una autoridad reguladora autónoma e independiente; el principio de transparencia y los criterios para clasificar la información disponible, salvaguardando la vida privada y los derechos de tercero, así como un régimen de sanciones.

2. Fiscalización de los recursos públicos

Una rendición de cuentas clara, oportuna y transparente es realizable únicamente con la participación de instancias que vigilen y garanticen la eficiente utilización de los recursos públicos. De ahí que el fortalecimiento de las facultades de las entidades de fiscalización se considere fundamental para la rendición de cuentas.

La fiscalización constituye esencialmente una función técnica, por lo que el control del gasto de la administración pública se encomienda por lo general a organismos especializados que, en el caso latinoamericano —con las excepciones chilena y boliviana— se encuentran adscritas al Poder Legislativo. A estos organismos se les conoce generalmente como entidades fiscalizadoras superiores (EFS). En América Latina se los suele denominar Tribunal o Corte de Cuentas, Cámara de Cuentas o Auditoría General, aunque la denominación más común en la región es la de Contraloría General.

Las EFS realizar una función vital en asignar responsabilidad a los gobiernos ante la sociedad por su administración de los fondos públicos, así como en asegurar la transparencia de las operaciones gubernamentales. Se encargan de dictaminar sobre la calidad de la gestión del sector público y el grado de incidencia de la burocracia central en los organismos estatales. Están contempladas en prácticamente todas las Constituciones examinadas, en el entendido de que algunas se ubican en la órbita del Ejecutivo, por lo que estima que ejercen un control interno respecto a quien ejerce el gasto público, y otras se insertan en el Legislativo o mantienen una naturaleza autónoma, por lo que se considera que ejercen un control externo.

Hay cinco características esenciales de un órgano fiscalizador: autonomía; independencia de sus funcionarios; independencia financiera; amplias facultades de investigación, y facultades de sanción.

Autonomía en el sentido de que las ESF únicamente pueden cumplir con eficacia sus funciones si actúan con independencia de las instituciones que fiscalizan y se encuentran protegidas contra influencias externas. Existen entes fiscalizadores con mayor autonomía, mientras que hay otros que, a pesar de su independencia operativa, aún se encuentran adscritos formalmente al Poder Ejecutivo, como en Bolivia, o al Poder Legislativo, como ocurre en otros ocho países (Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay y Uruguay). En cinco países (Chile, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela) el ente fiscalizador es un organismo autónomo e independiente

Independencia de sus miembros y funcionarios dado que los integrantes de las EFS, ya sean los miembros de un órgano colegiado o el director de una entidad fiscalizadora unipersonal, deben tener asegurada constitucionalmente su inamovilidad. Más aún, no debe verse afectada su independencia por lo mecanismos establecidos para su sustitución, lo que también debe determinarse en la Constitución. En cuanto a la duración del encargo, es deseable que el auditor sea nombrado por un periodo extenso de tiempo y cuente con garantías de que no será removido antes de que finalice su periodo constitucional.

En cuanto a su nombramiento, el Ejecutivo interviene en la designación de los auditores en seis países (Bolivia, Chile, Ecuador, Perú y República Dominicana) en tanto que el Poder Legislativo lo efectúa en los restantes doce (Argentina, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela). Desde luego, en los referidos países se registran diversas variantes de los dos modelos troncales de nombramiento. Además, por ejemplo, a diferencia de la auditoría mexicana y la contraloría chilena, la Auditoría General en Argentina se integra con siete miembros, designados cada uno como “auditor general”, de los cuales tres son elegidos por la Cámara de Diputados, tres por la Cámara de Senadores y el séptimo por resolución conjunta de ambas cámaras. Duran ocho años en su función y pueden ser reelegidos. Colombia y Guatemala ofrecen una modalidad interesante de forma de nombramiento pues en el primero el contralor es electo por el Congreso con base en ternas elaboradas por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, en

tanto que en el segundo el contralor es designado por mayoría absoluta de la Cámara de Diputados, sólo que los legisladores lo eligen de entre seis candidatos propuestos por una comisión integrada con los rectores de las universidades, los decanos de las facultades de contabilidad y la Asamblea General del Colegio de Economistas, Contadores Públicos y Administradores de Empresas.

Independencia financiera pues se deben poner a disposición de las EFS los medios necesarios para el cumplimiento de sus funciones, los cuales a su vez deben ser administrados bajo su propia responsabilidad. Las EFS deben estar facultadas para que, de ser el caso, puedan solicitar directamente al organismo encargado del presupuesto estatal los recursos que consideren indispensables para su funcionamiento.

Amplias facultades de investigación, lo que significa que las EFS deben tener acceso a todos los documentos relacionados con las operaciones en que se empleen recursos públicos, así como la facultad de solicitar a los órganos fiscalizados todos los informes, de forma oral o escrita, que les parezcan apropiados. Además, debe imperar el principio de que toda actividad estatal se someta a su control, más allá de que se refleje o no en el presupuesto general del Estado. Una exclusión del presupuesto no debe convertirse en una exclusión del control. De hecho, el proceso de fiscalización que realizan las EFS no debe agostarse en el gasto público sino que el control debe ejercerse también sobre la recaudación de ingresos fiscales, sobre todos los contratos públicos y obras públicas, así como sobre las empresas económicas con participación del Estado.

Facultad de sanción puesto que la fuerza institucional de las EFS depende en gran medida de sus atribuciones para efectuar investigaciones minuciosas, pero sobre todo radica en su facultad para imponer sanciones. En este tema se aprecian debilidades en las experiencias nacionales. Destaca el caso colombiano en que la Constitución de 1991 facultó al contralor general para promover juicios contra quienes hayan causado algún perjuicio patrimonial al Estado, a efecto de obtener el resarcimiento respectivo, función que ha tenido éxito, en particular en los últimos años.

Controles intraorgánicos en el Ejecutivo, es decir, órganos de autofiscalización que se han creado como instancias de control interno dentro de organismos gubernamentales y que dependen necesariamente del titular de la dependencia en cuya organización cobraron vida. No obstante ello, deben gozar de independencia funcional y organizativa en cuanto sea posible al tenor de la estructura correspondiente, en el entendido de

que incumbe a las entidades fiscalizadoras externas, con independencia del resto de sus atribuciones, controlar la eficacia de los órganos de control interno. Este es el caso, por ejemplo, de México y Bolivia, cuyas experiencias revelan grados limitados de autonomía, así como los de Colombia, Panamá, El Salvador y Paraguay, que ofrecen variantes y medidas diversas para evitar la corrupción de los servidores públicos.

3. *Tutela no jurisdiccional de los derechos humanos*

El *ombudsman*, institución sueca creada en 1809 para proteger los derechos humanos, y adoptada en 1978 en España bajo la denominación de Defensor del Pueblo, ha sido recibida bajo diversas variantes y características en la región latinoamericana con el impulso de la “tercera ola democratizadora”, sin que, en buena parte debido a la escasa cultura existente en la materia, haya rendido aún todos los frutos que se espera de ella en términos de la promoción y salvaguarda de los derechos fundamentales.

En las últimas tres décadas, quince países de la región la establecieron a nivel nacional, por lo que sólo tres (Brasil, Chile y Uruguay) carecen de ella (en el entendido de que Uruguay la adoptó en el ámbito municipal). De aquéllos, trece la han previsto a nivel constitucional y dos en el ámbito legal (Costa Rica y República Dominicana), aunque en el segundo cumple ya ocho años sin que entre en operación.

Mientras que en diez países el titular del *ombudsman* se denomina Defensor del Pueblo (Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela), en tres se le conoce como Procurador de los Derechos Humanos (El Salvador, Guatemala y Nicaragua), y en otros dos como Comisión de los Derechos Humanos (Honduras y México). En tanto en el primer grupo el responsable de la emisión de las recomendaciones es un órgano unipersonal, en el caso del segundo lo es el comisionado, y en el tercero el presidente de tales organismos.

En orden cronológico, la referida institución fue incorporada al ordenamiento constitucional guatemalteco, en 1985, bajo el nombre de Procuraduría de Derechos Humanos, en tanto que en la década de los noventa se extendió a la mayoría de los países de la región, si bien en Panamá, aunque se creó en 1997, se elevó a rango constitucional siete años des-

pués, desde luego con mejor suerte que en República Dominicana, en donde desde 2001 se instauró pero aún no funciona.

4. *Ministerio Público*

La democratización latinoamericana también ha mostrado una tendencia a otorgar cierta autonomía, al menos técnica, al Ministerio Público en los sistemas presidenciales. Salvo en el caso de la República Dominicana, en que su titular sigue siendo nombrado y removido libremente por el presidente de la República, en los demás países se racionalizó la habitual subordinación completa del Ministerio Público al Ejecutivo puesto que se hizo participar al Legislativo en la designación respectiva, al grado de que en algunos sistemas el presidente de la República ya no participa en el nombramiento.

Al efecto, con frecuencia se han distinguido y separado diversas funciones que comúnmente se le conferían al Ministerio Público, algunas de ellas parcialmente contradictorias y que propiciaban la hipertrofia de la institución. La más notoria ha sido la de separar la estrictamente referida al Ministerio Público (según el modelo francés) de persecución de los delitos y ejercicio de la acción penal, de aquella otra (bajo la influencia del *Attorney General* de Estados Unidos) consistente en la asesoría jurídica al presidente y la defensa patrimonial del Estado, con independencia de otras atribuciones relacionadas con la representación de ciertos intereses de la sociedad. Así se dio en México, por ejemplo, con la creación de la Consejería del Ejecutivo Federal en 1994 y de forma independiente de la Procuraduría General de la República (en tanto encargada al Ministerio Público), cuyo titular es ahora designado por el ejecutivo con la ratificación del Senado, no obstante lo cual, en los hechos, esta última forma de designación no ha cambiado la tradicional subordinación del procurador general al presidente de la República.

De manera similar, en Argentina se distinguió en el mismo año (1994) entre el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa, con el procurador general de la Nación y el defensor general de la Nación. En Costa Rica y El Salvador también se distingue entre la Fiscalía General de la República y la Procuraduría General de la República, lo mismo que en Panamá entre el procurador general de la República y el procurador general de la administración. Formalmente, el Ministerio Público (encargado de la persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal) se ubica en la esfera

del Poder Judicial (en forma expresa o en tanto que se lo regula constitucionalmente en el mismo título que a este último) en Costa Rica, Panamá y Paraguay, mientras que forma parte del Ejecutivo en México, República Dominicana y Uruguay. Caso peculiar es el de Venezuela, en donde esa figura forma parte de un poder independiente y autónomo, que es el llamado Poder Ciudadano.

Mención aparte merece Colombia, en donde también se distingue entre la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación. A esta última se le atribuye formalmente la función del Ministerio Público, que consiste en la vigilancia del cumplimiento del orden jurídico (Constitución, leyes, decisiones judiciales y actos administrativos), la protección de los derechos humanos (con el auxilio del Defensor del Pueblo), la representación de los intereses de la sociedad y los de carácter colectivo (en especial, el ambiente), así como la intervención en los procesos y ante las autoridades judiciales y administrativas para la defensa del orden jurídico, el patrimonio público y los derechos fundamentales. Por su parte, a la Fiscalía General de la Nación se le encomienda la persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal. No obstante lo anterior, toda vez que estas últimas funciones son las que, por lo general, caracterizan a la institución del Ministerio Público en América Latina (según el modelo francés), más no así las anteriormente mencionadas, que se encomiendan a la Procuraduría General de la Nación en Colombia (aun cuando en algunos países todas ellas se encomiendan al Ministerio Público), aquí se entiende que las funciones del Ministerio Público (en estricto sentido, en cuanto persecución de los delitos y ejercicio de la acción penal) se encomiendan a la Fiscalía General de la Nación, el cual se encuentra regulado en la Constitución dentro del título correspondiente al Poder Judicial.

En el resto de los países, el Ministerio Público es una institución independiente o extrapoder. Cabe destacar el caso peruano, en donde la institución goza de independencia pero debe rendir cuentas ante el Poder Ejecutivo.

Si bien se ha avanzado en el propósito de que la institución del Ministerio Público deje de ser un instrumento de gobierno, utilizado como mecanismo de coacción política, debe reconocerse que en varios países de la región la autonomía técnica significa más un postulado constitucional que una realidad; sin duda, toda vez que su actividad se encuentra vincu-

lada con la libertad y la dignidad de las personas, el Ministerio Público debe configurarse como un organismo constitucional autónomo.

VI. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

La unidad de análisis histórica, cultural, temporal y material que se seleccionó para evaluar las tendencias del constitucionalismo, en la lógica del cambio político democrático experimentado en la región latinoamericana en las últimas décadas, es desde luego pertinente.

Históricamente, dado que los países que conforman la América Latina continental comparten dilatadas experiencias constitucionales, comunes y diferenciadas, que ofrecen territorios y ámbitos inacabables para el análisis macro y microcomparativo, diacrónico o sincrónico, temático o institucional, unidisciplinario o multidisciplinario, y que quizás sólo bajo un amplio y flexible paraguas conceptual, como lo propuso Jorge Carpijo, puede ser objeto de mejor comprensión.

Culturalmente, puesto que América Latina no es sólo una región en sentido geográfico sino parte del patrimonio dinámico que amalgama tradiciones intelectuales, sociales e institucionales milenarias, tanto por el lado de su raíz europea como por el de su vivo legado prehispánico, combinado con otras influencias no menos antiguas y valiosas. En ese sentido, el diálogo constitucional iberoamericano se torna, hacia adentro y hacia fuera de su propia experiencia, en un mundo globalizado y a la vez más local, más particularizado, en definitivamente relevante y útil para contribuir, a su vez, al diálogo constitucional global.

Temporalmente, ya que si bien su bicentenaria experiencia independiente le acredita tempranas y persistentes expresiones democráticas, lo que la diferencia de otras regiones del Sur del planeta, es innegable que en los últimos treinta años el cambio político y la democratización han tenido lugar con toda fuerza y vigor, dejando atrás, aunque no sin riesgos de regresiones intolerables, el militarismo y el autoritarismo que han llegado a caracterizar por épocas a sus sistemas políticos.

Materialmente, en la medida en que, ya sea que se le aprecie desde el ángulo comparativo a partir de los componentes de la institucionalidad democrática (derechos fundamentales; sistemas electorales, de partidos y democracia semidirecta; sistema de gobierno; poder judicial; estado y economía; interpretación constitucional; rendición de cuentas), o bien,

de las premisas básicas de las formas de estado y de gobierno (del Estado liberal clásico al Estado liberal social; del Estado constitucional, social y democrático, y aún multicultural, de derecho, al Estado plurinacional y comunitario, y del presidencialismo al parlamentarismo y sus variantes, incluso al preterido sistema de gobierno consistorial o colegiado), lo cual se intentó, respectivamente, en las mesas temáticas y los casos nacionales, a lo largo del Seminario, las imágenes que emergen son las de Constituciones en busca de equilibrar sus propios contenidos y funciones a efecto de suministrar condiciones propicias para la libertad, la justicia y la gobernabilidad democrática en sociedades que aún no concluyen, aunque han avanzado pasos importantes, su complejo camino a la modernidad plena.

A la doble propuesta metodológica que estructuró el decurso y los discursos del Seminario, habrá que agregar en futuros ejercicios de este tipo temáticas y cuestiones que en esta ocasión no fueron incluidos.

Es pertinente y urgente insistir en el análisis y promoción de la cultura constitucional en tanto pedagogía jurídica y social. Es necesario profundizar y dar seguimiento a los procesos constituyentes que se desenvuelven en diversos países de la región para registrar datos y enriquecer el conocimiento comparativo sobre las cuestiones políticas y sociales tan sensibles que involucran. Es recomendable introducir al análisis constitucional, no sin la debida prudencia metodológica, la variable multidisciplinaria a que convoca la apuesta de la democracia sustancial a efecto de echar luz sobre los alcances y limitaciones del discurso propiamente jurídico, cuya consistencia podría incrementarse por esa vía. Además del perfeccionamiento de las instituciones democráticas, el diálogo constitucional comparado debía también abocarse con más decisión al análisis de sus contextos histórico sociales, no sólo para progresar en la comprensión de lo menos conocido, las culturas, sino para detectar y prevenir factores contrarios a sus valores predominantes.

VII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA Y RECOMENDADA

ACKERMAN, John y SANDOVAL, Irma, *Leyes de acceso a la información en el mundo*, México, IFAI, 2005.

- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- CARBONELL, Miguel (coord.), *Derecho constitucional, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- CARPIZO, Jorge, *Concepto de democracia y sistemas de gobierno en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y galantismo*, Madrid, Trotta, 2008.
- HUNTINGTON, Samuel, *La tercera ola: la democratización a finales del siglo XX*, Barcelona, Paidós, 1998.
- NOHLEN, Dieter, *Sistemas electorales en su contexto*, México, UNAM-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.
- et al. (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, Idea Internacional-TEPJF-IFE-FCE, 2007.
- O'DONNELL, Guillermo, "Polyarchies and the (Un)Rule of Law in Latin America", en MÉNDEZ, Juan E. et al. (eds), *The (Un)Rule of Law and the Underprivileged in Latin America; Notre Dame*, Indiana, University of Notre Dame Press, Helen Kellogg Institute for International Studies, 1999.
- , "Accountability Horizontal. La institucionalización de la desconfianza política"; *Isonomía*, num. 14, abril de 2001.
- OROZCO Y VILLA, Alejandro, *Rendición de cuentas en América Latina: fiscalización y acceso a la información*, tesis de grado, Universitá di Bologna, 2007.
- PAYNE, J. Mark et al., *La política importa. Democracia y desarrollo en América Latina*, 2a. ed., BID, Idea Internacional, 2003.
- SALAZAR, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2006.
- VALADÉS, Diego, *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*, México, UNAM-El Colegio Nacional, 2007.
- VILLANUEVA, Ernesto, *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México*, México, UNAM, 1998.

ZOVATTO, Daniel (coord.), *Regulación de los partidos políticos en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Idea Internacional, 2008.

——— y OROZCO Henríquez, J. Jesús, “Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007. Lectura regional comparada”, en ZOVATTO, Daniel y OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús (coords.), *Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007*, 1a. reimp., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 28 de agosto de 2009 en Formación Gráfica, S. A. de C. V., Matamoros 112, col. Raúl Romero, 57630 Ciudad Nezahualcóyotl, Estado de México. Se utilizó tipo *Times New Roman* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se usó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para las páginas interiores y cartulina couché de 162 kilos para los forros; consta de 1000 ejemplares (impresión offset).

E

l constitucionalismo en América Latina ha sufrido una serie de cambios de gran magnitud en los años recientes. La expansión imparable de los sistemas democráticos y la mayor preocupación por el respeto a los derechos humanos han suscitado vivos debates en torno al contenido de los textos constitucionales y a su función en sociedades marcadas por un alto pluralismo político y social.

Para analizar tales fenómenos fue convocado el Seminario Internacional Nuevas Tendencias del Constitucionalismo en América Latina, el cual tuvo lugar en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM los días 18, 19 y 20 de marzo de 2009.

La presente obra recoge las ponencias presentadas en el Seminario, a partir de un doble eje organizativo: por temas y por nuevas experiencias constitucionales o nuevos paradigmas constitucionales emergentes. En este último punto se analizan los casos de Venezuela, Bolivia y Ecuador, países que han expedido nuevos textos constitucionales, aportando un entramado normativo distinto al que tienen otros países.

El cuadro que se desprende de la lectura de este libro es multicolor. Se ponen en evidencia los avances de los últimos años, pero también se avizoran riesgos y dilemas que tendrá que enfrentar el modelo del Estado constitucional que estamos intentando construir en Iberoamérica. Se trata de una reflexión esencial, justo cuando se están por cumplir 200 años de los procesos de independencia en la región.

