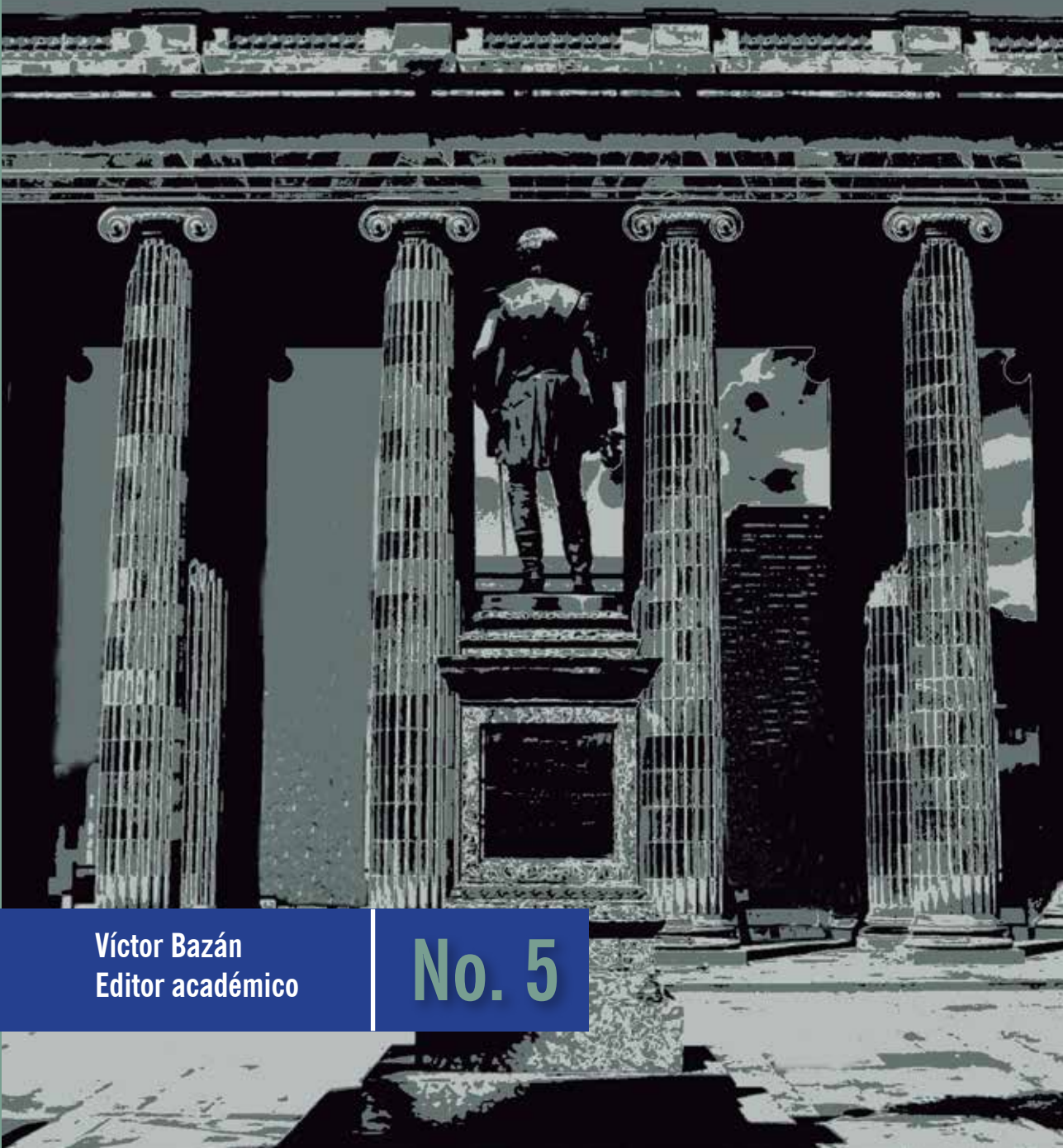


# JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

La protección de los derechos sociales  
Las sentencias estructurales

Víctor Bazán  
Editor académico

No. 5





# **JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES**

Nº 5

La protección de los derechos sociales

Las sentencias estructurales

# **JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES**

Nº 5

La protección de los derechos sociales

Las sentencias estructurales

Víctor Bazán

*Editor académico*

© 2015 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

Klingelhöferstr. 23

D-10785 Berlín

República Federal de Alemania

Tel.: (#49-30) 269 96 453

Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Calle 90 N.º 19C-74, piso 2

Bogotá, Colombia

Tel.: (+571) 743 0947

iusla@kas.de

www.kas.de/iusla

Twitter: KASiusLA

Facebook: /kasiusla

© JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES n.º 5.

La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales

Editores: Víctor Bazán y Christian Steiner

Coordinación editorial:

Nadya Hernández Beltrán

Ginna Rivera Rodríguez

ISBN: 978-958-58530-6-5

Fecha: Mayo 9 de 2015

Impreso en Colombia por: Unión Gráfica

Corrección de estilo: Emma Ariza

Diagramación: Marta Rojas

Maqueta y diseño de cubierta: Gloria Diazgranados

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

# Contenido

Presentación	xi
Prólogo	xv
<b>I. Parte</b>	
<b>La protección de los derechos sociales</b>	<b>19</b>
La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión	21
Jesús M. Casal	
Comentario sobre el texto “La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión”, de Jesús Casal	47
César Landa Arroyo	
Un intento de aporte, fundamentalmente en clave de derecho internacional de los derechos humanos, al documento de Casal sobre “La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión”	59
Víctor Bazán	
<b>II. Parte</b>	
<b>Las sentencias estructurales</b>	<b>89</b>
Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia	91
Néstor Osuna	
Sentencias estructurales. Comentario preliminar al trabajo de Néstor Osuna titulado “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”	117
Martín Risso Ferrand	
Tutela judicial y protección de grupos: comentario al texto de Néstor Osuna “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”	125
Claudio Nash Rojas	

<b>III. Parte</b>	
<b>Jurisprudencia relevante en materias de justicia constitucional y derechos fundamentales. Informes por países</b>	<b>145</b>
Referencias jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia argentina: un decisorio de honda magnitud institucional y otro que reivindica el valor de los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Víctor Bazán	147
Avances de la justicia constitucional de Bolivia en la protección de derechos fundamentales José Antonio Rivera S.	161
Direitos fundamentais no Brasil entre julho/2012 e junho/2013: “report” sociopolítico e supremo-jurisprudencial Leonardo Martins	173
Direitos fundamentais no Brasil entre julho/2013 e junho/2014: decisões estruturais na jurisprudência do STF? Leonardo Martins, Diogo Caldas	203
Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile (2012-2013) Claudio Nash Rojas, Constanza Núñez	221
Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile (2013-2014) Claudio Nash Rojas, Constanza Núñez	241
Avances recientes de la jurisprudencia constitucional colombiana: entre el “diálogo interjudicial” y el encuadramiento jurídico-institucional del posconflicto Humberto A. Sierra Porto, Alejandro Ramelli Arteaga	259
Comentario sobre jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica en cuanto a los derechos de los privados de libertad Gilbert Armijo	267
Avances en derechos sociales y casos relevantes en la justicia constitucional guatemalteca Aylín Ordóñez Reyna	273

Informe sobre la justicia constitucional en materia de derechos humanos en México	287
José Luis Caballero Ochoa	
Los derechos fundamentales en el Perú (2012-2013)	299
César Landa	
Jurisprudencia constitucional uruguaya 2012-2013	311
Martín Risso Ferrand	
Jurisprudencia constitucional uruguaya 2013-2014	321
Martín Risso Ferrand	
Erosión de la institucionalidad democrática y debilitamiento de los controles internacionales	329
Jesús M. Casal	
La jurisdicción constitucional como agente reductor de los derechos. Tendencias de la jurisprudencia constitucional venezolana	343
Jesús M. Casal	



## Presentación

La protección de derechos sociales por la vía judicial despierta suspicacias entre algunos constitucionalistas. Lo mismo ocurre con las llamadas sentencias estructurales que buscan solucionar tanto el caso particular como un cúmulo de problemas similares que son reflejo de un *impasse* sistémico, cuya respuesta debería encontrarse en la implementación de políticas públicas.

En ambos campos, la jurisprudencia y doctrina en América Latina son especialmente creativas y abundantes. Esto se debe, por un lado, a un marco constitucional sustantivo y procesal propicio para tal actividad judicial. Las constituciones latinoamericanas suelen incluir amplios catálogos de derechos económicos, sociales y culturales, y, en varios Estados, con figuras como el amparo o la tutela, el ciudadano común tiene acceso relativamente fácil al juez para demandar la protección de sus derechos fundamentales, incluidos los sociales.

Por otro lado, en contra de los postulados constitucionales y a pesar de importantes progresos en la última década, América Latina sigue siendo una de las regiones más desiguales, con amplios sectores de la población excluidos del acceso a prestaciones básicas de salud, educación, vivienda y condiciones laborales dignas, o de la opción de contribuir y participar en la vida cultural. Las jóvenes democracias del continente aún no han logrado, por tanto, cumplir con las aspiraciones legítimas sobre derechos prometidos en sus cartas políticas. Esto se debe, en parte, a una insuficiente materialización de los derechos sociales por parte de los órganos originalmente encargados de traducirlos en políticas públicas.

Una legislación que no concreta derechos constitucionales y una administración pública reacia a servir al ciudadano generan una brecha de implementación. A lo anterior se suma la falta de condiciones que, en igualdad de oportunidades, permitan el desarrollo responsable de las aspiraciones personales, y la desprotección de los mínimos existenciales en materia social y económica, provocando profundos descontentos en la población afectada. El ciudadano defraudado pierde confianza en la vigencia del derecho y en la legitimidad del Estado, situación que pone en peligro la sostenibilidad del sistema democrático mismo.

En estas circunstancias, el ciudadano acude al juez. Como último resorte institucional del Estado democrático de derecho, este se ve frente a un dilema político-constitucional. Ante la omisión legislativa y administrativa, el juez corre el peligro de invadir los espacios competenciales de los otros poderes. Sin embargo, si se limita a una posición formalista, el ciudadano queda completamente desprotegido, lo que implicaría que se está ante una situación que puede resultar legal, pero contraria a los derechos consagrados en la Constitución Política. De ahí que, al tener esta última fuerza normativa en los Estados de derecho, el juez debe aplicarla, incluso por encima de la ley, en ausencia de la misma o por inacción del Ejecutivo, poderes que, por mandato constitucional, deberían haber actuado para garantizar esos derechos.

En tal contexto, cuando el juez decide activar la protección solicitada, concediendo una prestación social, algunos lo acusan de una transgresión de sus competencias, de “activismo judicial”. Y es cierto que la intervención en tales circunstancias no corresponde al guion constitucional que exige al legislador la definición de los derechos sociales, al Ejecutivo su asignación en el caso concreto y al juez nada más que la revisión de errores puntuales.

Pero exigirle abstinencia al juez, cuando los demás poderes brillan por su ausencia, sería equiparar los mandatos constitucionales en materia social a mera poesía, a promesas sin valor normativo, dejando al individuo desprotegido y al Estado democrático y social de derecho sin credibilidad. Supondría la rendición ante la idea de que el compromiso con los derechos sociales en sistemas liberales son palabras vacías, como lo eran las garantías de derechos políticos en los sistemas comunistas.

Son innegables, al mismo tiempo, las debilidades de una justicia casuística en materia social. El juez no alcanza la legitimidad democrática del legislador para definir el alcance de los derechos y carece de los instrumentos necesarios, propios de la administración pública, para implementar políticas sociales de manera generalizada. Por el contrario, depende de que sus órdenes judiciales sean ejecutadas por la administración.

En tal sentido, la ejecución subsidiaria del juez puede salvar momentáneamente la confianza en la Constitución, pero será solamente un parche mientras no se mejoren las condiciones estructurales: el legislador tiene que balancear las políticas públicas para incentivar una actividad económica favorable capaz de generar los recursos necesarios para políticas sociales. Tales políticas, a su vez, deben crear las condiciones para que el individuo pueda asumir la responsabilidad de su propio bienestar y contribuir al progreso en sociedad.

Exigir la retirada del juez “activista” sin antes remediar las falencias estructurales es una demanda que no solamente socava la credibilidad del sistema políti-

co sino que además resulta difícilmente compatible con la efectividad inmediata y la supremacía de la Constitución. Solamente en la medida en la que el legislador garantice igualdad de oportunidades y defina los derechos sociales, y la administración pública materialice este orden socioeconómico, se volverá viable una reconducción del papel del juez proactivo al juez controlador y corrector.

En esta quinta obra colectiva del Grupo de Estudio Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales se resumen los debates de sus dos últimas reuniones, en Guatemala (2013) y Colombia (2014).

Agradecemos a los autores y comentaristas su invaluable apoyo, al igual que a los demás integrantes del grupo que, a través de los debates críticos, han contribuido a los textos contenidos en este libro. Un especial agradecimiento corresponde a Víctor Bazán, editor académico de la obra, por su incansable labor de revisión y edición en esta como en las anteriores ocasiones.

Igualmente, resaltamos los imprescindibles aportes que el grupo ha recibido, gracias a los diálogos con magistradas y magistrados de la Corte de Constitucionalidad y la Corte Suprema de Guatemala, la Corte Constitucional de Colombia y la Comisión de Género del Poder Judicial de Colombia; con profesores, investigadores y alumnos de las universidades Rafael Landívar (Guatemala), Javeriana (Colombia), Externado (Colombia) y Sergio Arboleda (Colombia); con colegas de la Fiscalía General de la Nación de Colombia, de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Guatemala), de la Corporación Excelencia en la Justicia (Colombia), del Instituto Max Planck de Derecho extranjero público y derecho internacional público (Alemania), al igual que con defensores de derechos humanos y organizaciones de la sociedad civil y empresarios de Guatemala y Colombia.

Esperamos que la obra logre inspirar los debates sobre la tutela judicial de derechos sociales y sobre las sentencias estructurales, para que en la construcción del Estado democrático y social de derecho en América Latina se logre superar la obsoleta disyuntiva entre libertad y solidaridad.

*Christian Steiner*

Director

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

## Prólogo

– I –

Este libro, el quinto de la serie, aglutina los trabajos elaborados en el marco del V y el VI encuentros del Grupo de Estudio Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer (KAS), celebrados en Ciudad de Guatemala y La Antigua (Guatemala, 2013), y Bogotá y Cartagena de Indias (Colombia, 2014), respectivamente.

En ambos casos, además de las reuniones internas de los integrantes del Grupo, se celebraron diversas actividades académicas y fructíferos encuentros con organizaciones no gubernamentales y otros actores de la sociedad civil.

Corresponde destacar que, específicamente en el contexto del VI Encuentro, compartimos parte de las tareas desarrolladas con académicos del Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional), de Heidelberg (Alemania), lo que por cierto resultó muy productivo y estimulante.

– II –

La presente obra está organizada en tres partes.

1. La primera, enfocada en “La protección de los derechos sociales”, incluye tres aportes:
  - a. El documento central elaborado por Jesús M. Casal, titulado “La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión”.
  - b. La contribución de César Landa, denominada “Comentario al texto de Jesús Casal, ‘La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión’”.
  - c. Finalmente, el trabajo de Víctor Bazán, rotulado “Los derechos económicos, sociales y culturales en clave de derecho internacional de los derechos humanos”.

2. El segundo segmento aborda una temática que, en ciertas latitudes latinoamericanas, es realmente novedosa y no exenta de aristas conflictivas: “Las sentencias estructurales”, que también incluye un trío de trabajos:
  - a. El escrito de base redactado por Néstor Osuna: “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”.
  - b. El aporte de Martín Risso Ferrand, denominado “Sentencias estructurales. Comentario preliminar al trabajo de Néstor Osuna titulado ‘Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia’”.
  - c. Por último, la contribución de Claudio Nash Rojas: “Tutela judicial y protección de grupos: comentario al texto de Néstor Osuna ‘Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia’”.
3. La tercera y última parte contiene los informes nacionales sobre jurisprudencia relevante en materias de justicia constitucional y derechos fundamentales en 11 países de América Latina. La secuencia de reportes es la siguiente: Argentina (Víctor Bazán), Bolivia (José Antonio Rivera S.), Brasil (Leonardo Martins y Diogo Caldas), Chile (Claudio Nash Rojas y Constanza Núñez), Colombia (Humberto A. Sierra Porto y Alejandro Ramelli Arteaga), Costa Rica (Gilbert Armijo), Guatemala (Aylín Ordóñez Reyna), México (José Luis Caballero Ochoa), Perú (César Landa), Uruguay (Martín Risso Ferrand) y Venezuela (Jesús M. Casal).

– III –

Como en anteriores oportunidades, agradecemos sinceramente a los colegas que integran el Grupo de Estudio Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales y a otros académicos que, aunque no pertenezcan formalmente a él, contribuyen al enriquecimiento de sus actividades.

Asimismo, renovamos nuestro testimonio de gratitud al Director del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la FKA, doctor Christian Steiner, por su excelente predisposición para que el Grupo se fortalezca y progrese. También, para su equipo de apoyo por la valiosa tarea logística que realiza.

El próximo desafío del Grupo será la celebración de su VII Encuentro (15 al 18 de junio de 2015), en San José de Costa Rica, donde, además de sus actividades regulares, tendrá una intensa participación en el XXI Encuentro Anual de Presidentes y Magistrados de Tribunales, Salas y Cortes constitucionales de América Latina (18 al 20 de junio de este año), lo que seguramente constituirá una muy valiosa oportunidad para propiciar debates y generar diálogos productivos con las autoridades de los máximos órganos de justicia constitucional de la región y tam-

bién con los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quienes también harán parte fundamental de las actividades programadas para la ocasión.

#### – IV –

El volumen que aquí presentamos aborda tópicos de suma importancia en el marco del Estado constitucional y convencional, como la búsqueda de rutas que tanto en el ámbito interno como en el internacional permitan optimizar la protección de los derechos económicos, sociales y culturales (o simplemente, derechos sociales), lamentablemente mediatizados en algunos espacios latinoamericanos; o los desafíos que plantea el dictado de megasentencias en torno a problemas estructurales, útiles para generar vías de encuentro entre los respectivos máximos órganos de justicia constitucional y los poderes legislativos y ejecutivos, en aras de repensar, formular y/o materializar –no sin prudencia– nuevas normas y políticas públicas en temas altamente sensibles como el desplazamiento forzado de personas, el derecho a la salud, la cuestión ambiental, el hacinamiento en las cárceles y los derechos de jubilados y pensionados.

Naturalmente, y como se anunciara, no estarán ausentes en este libro los informes nacionales sobre jurisprudencia, legislación y otras informaciones de interés correspondientes a un significativo número de países de nuestra región.

Solo resta aguardar que el volumen sea efectivamente provechoso tanto para las tareas de académicos y científicos como para las labores cotidianas de jueces y magistrados, fiscales y defensores, autoridades legislativas y ejecutivas, *ombudsmen*, organizaciones no gubernamentales y demás actores de los respectivos sistemas de justicia.

Anhelamos que también reporte utilidad para aportar al debate en asuntos de singular relevancia institucional, jurídica y axiológica en orden al fortalecimiento de la justicia constitucional y al enriquecimiento cualitativo de la protección y la realización de los derechos fundamentales, que son reflejo directo de la dignidad de la persona.

*Víctor Bazán*  
Editor académico

# La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión

Jesús M. Casal\*

## I. INTRODUCCIÓN

La garantía de los derechos sociales es una tarea compleja, que involucra a todas las ramas del poder público y comprende una diversidad de instrumentos de protección. Si algo ha distinguido la evolución del derecho constitucional desde la segunda mitad del siglo XX ha sido la preocupación por dotar a los derechos de garantías que favorezcan su vigencia efectiva, entre las cuales las de índole judicial han ocupado una posición capital, aunque las garantías de los derechos constitucionales son de naturaleza diversa.<sup>1</sup> Antes que entrar a clasificarlos, queremos destacar que los llamados derechos sociales no han escapado a esta tendencia y que la reflexión sobre cómo darles cumplimiento y sobre los correspondientes mecanismos de exigibilidad ha suscitado interrogantes específicos.

La dogmática jurídica ha avanzado significativamente en los últimos años en la precisión del alcance y las garantías de los llamados derechos sociales, o derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Gracias a desarrollos doctrinales donde los autores latinoamericanos han realizado meritorios aportes,<sup>2</sup> el estado de la discusión suscitada en torno a estos derechos se sitúa en varios aspectos

---

\* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela): director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la misma Universidad y exdecano de su Facultad de Derecho.

1 Vid., entre otros, Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2007, pp. 225 y ss.; Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, 1999, pp. 501 y ss.; Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009, p. 26; Risso Ferrand, Martín, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2008, pp. 11 y ss.

2 Vid., por todos, Courtis, Christian y Abramovich, Víctor, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004; Cossío, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, CEC, 1999.

en un nivel o posición cualitativamente diferente. El debate inicial acerca de su naturaleza, es decir, de la posibilidad de considerarlos verdaderos derechos, o acerca de su estructura, en especial en lo que atañe a la validez de la tradicional contraposición entre ellos y los derechos de libertad, tiende a ser desplazado por los esfuerzos destinados a poner de manifiesto sus implicaciones jurídicas y los términos de su justiciabilidad.

Lo interesante de este proceso es que el examen de la fuerza normativa de los derechos sociales ha robustecido su exigibilidad más allá del ámbito sobre el cual giraban originalmente las inquietudes conceptuales. La discusión sobre la dimensión prestacional de estos derechos permitió que afloraran facetas de libertad o abstención que permanecían ocultas en muchos análisis doctrinales. Ello facilitó, al mismo tiempo, el reconocimiento de contenidos prestacionales de clásicos derechos de libertad.

Una circunstancia que merece ser destacada es la rapidez con que los hallazgos nacidos de las controversias relativas a la significación jurídica de los derechos sociales trascendieron al plano de los informes o decisiones de organismos internacionales de derechos humanos, los cuales han ofrecido pautas para el adecuado perfilamiento de la operatividad jurídica de tales derechos. La justicia constitucional se ha hecho cargo igualmente de estos asuntos y ha efectuado importantes contribuciones.

Junto a estos avances subsisten obstáculos de diversa índole para su plena garantía, asociados a limitaciones socioeconómicas, a desviaciones en la manera de procurar la realización de estos derechos y a dificultades jurídicas de naturaleza procesal o conceptual. Estas últimas se ubican generalmente en el terreno del alcance de la operatividad jurídica de los derechos sociales, al cual, como dijimos, se ha trasladado el debate original. En tal sentido puede aludirse a las tensiones que –como ocurre en otros ámbitos referidos a los derechos fundamentales– acompañan su aplicación, en casos en que la garantía judicial de esos derechos implica la revisión de políticas públicas definidas por las instancias políticas competentes. También han surgido, en ciertos contextos, problemas ligados a una proyección estatista de estos derechos con una connotación que agudiza los posibles conflictos con otros derechos constitucionales, lo cual en ocasiones ha generado alguna fuga o retorno hacia los asuntos críticos del punto de partida del debate doctrinal. Esto a menudo ha sido influenciado por un cierto escepticismo sobre los resultados reales que pueden obtenerse mediante la tutela jurídica, y en particular judicial, de estos derechos, momento en que las complejidades teóricas y las prácticas se alimentan mutuamente.

El objeto de este trabajo es esbozar algunos de esos avances y abordar algunas de esas dificultades o zonas de tensión. No tenemos ninguna pretensión de



exhaustividad. Solo intentaremos mencionar asuntos relevantes desde la óptica indicada, sin perder de vista problemas surgidos en el derecho venezolano.

## II. AVANCES

### 1. Los derechos sociales como derechos

En su momento estuvo en un primer plano el debate acerca de la naturaleza jurídica de los llamados derechos sociales. Su propia condición de derechos era lo que estaba en discusión. Según una postura representativa de la tesis negadora de tal condición, debe distinguirse entre los “verdaderos derechos” y los “derechos sobre el papel”, como los denominados derechos sociales.<sup>3</sup>

Los “verdaderos derechos” son “aquellos que satisfacen conjuntamente tres condiciones: son susceptibles de tutela jurisdiccional; pueden ser ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado, y su contenido consiste en una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto que era su titular”. Son “derechos sobre el papel –derechos ficticios– todos aquellos que no satisfacen alguna de estas condiciones”. Este sería “el caso de los llamados ‘derechos sociales’”.<sup>4</sup>

Salta a la vista, en atención al desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia en los últimos lustros, que algunos intentos conceptuales orientados a precisar las condiciones que deben llenarse para que nos hallemos en presencia de un verdadero derecho estaban dirigidas, de entrada, a demostrar que los derechos sociales no lo eran. Es decir, se razonaba no tanto a partir de premisas válidas en abstracto para luego aplicarlas a cualquier supuesto particular –como los derechos sociales–, sino que al examinar los derechos sociales se procuraba o tendía a definir ciertos postulados desde los cuales poder afirmar con certeza, o capacidad de persuasión, que aquellos no eran auténticos derechos. Nótese que el autor citado, pese a lo categórico del planteamiento esbozado, admite que la tutela jurisdiccional no es la única forma concebible de tutela jurídica de un derecho; también señala que la precisión de la obligación exigible es un requisito de la tutela jurisdiccional, no de la protección jurídica como tal.<sup>5</sup>

Por otro lado, a veces, la visión que se tenga sobre los alcances o posibilidades de la tutela jurisdiccional y sobre la fuerza jurídica de ciertas normas constitucionales repercute en el examen de la naturaleza de los llamados derechos sociales.

3 Guastini, Riccardo, *op. cit.*, pp. 214 y ss.

4 *Ibid.*, pp. 214-215.

5 *Ibid.*, p. 214.

Si se asevera, por ejemplo, que las disposiciones constitucionales que consagran derechos sociales son “normas programáticas o teleológicas dirigidas al legislador” y que “el legislador no puede estar obligado a dictar leyes [...] La omisión por parte del legislador carece de cualquier clase de sanción”,<sup>6</sup> no resulta extraño que se ponga en duda el carácter de derechos de los llamados derechos sociales.

Al respecto cabe preguntarse: ¿Las normas que reconocen derechos sociales son por definición puramente programáticas o teleológicas con la connotación que se infiere de ese análisis? ¿No será más bien que terminan siendo de esa índole porque se asume la idea de que las posibilidades de su tutela judicial están de entrada negadas o deben estarlo? Hoy resulta muy difícil afirmar que el legislador no puede estar obligado a dictar leyes. Obviamente puede estarlo y muchas veces en virtud de mandatos constitucionales específicos. Ni siquiera sería erróneo sostener que no solo puede *estar* sino *ser* obligado a dictarlas. No en el sentido de la ejecución forzosa directa de esa obligación de hacer, sino desde la perspectiva de la declaración u orden que un tribunal o sala constitucional, u otro órgano jurisdiccional, eventualmente emita para que sea colmada una omisión legislativa, aunada a las consecuencias jurídicas que pueden desencadenarse, si esta obligación no es cumplida. Estas consecuencias son diversas según los sistemas jurídicos y pueden comprender la cobertura de la omisión en el caso concreto por decisión de un tribunal; el establecimiento de parámetros jurídicos, derivados de la interpretación constitucional, para la aplicación judicial de la norma constitucional incumplida, mientras actúa el legislador; o la adopción, por un tribunal o sala constitucional, de una normativa general provisional, vigente hasta la intervención legislativa.

Naturalmente, las posibilidades de respuesta jurisdiccional de los ordenamientos jurídicos frente a omisiones legislativas, absolutas o relativas, no son siempre las mismas y no se debe generalizar. Pero una ojeada al derecho comparado en la materia revela que esa respuesta existe y a veces con especial intensidad y no poca eficacia. Esto no significa que esas medidas jurisdiccionales sean inmunes a la crítica. Al contrario, deben ser objeto de valoración por la ciencia jurídica, lo cual nos acerca al punto neurálgico que queremos plantear.

Algunas tesis negadoras del carácter de derechos de los denominados derechos sociales no obedecen propiamente a principios teóricos o dogmáticos depurados o, en otras palabras, no se despliegan en un plano jurídico-conceptual o lógico, sino que cobran sentido dentro de una cierta tradición jurídica; dentro de un cierto sistema jurídico particular y en función de las posturas dominantes; o incluso dentro de una determinada visión ideológica o filosófico-política. *Una*

---

6 *Ibid.*, p. 218.

*cosa es que los derechos sociales ‘per se’ no puedan considerarse verdaderos derechos y otra muy distinta es que se estime que no deben serlo.*

En el derecho venezolano, la discusión inicial sobre la naturaleza de los llamados derechos sociales estuvo en parte marcada por cierta confusión entre una y otra aproximación al tema. La Constitución de 1961 fue generosa en la consagración de derechos de tipo social, como lo es la actual, también en lo que atañe a su garantía jurisdiccional, pues no hizo distinciones entre derechos sociales y derechos de libertad al delinear el radio protector del amparo constitucional (artículo 49). Pero un sector de la doctrina sostuvo que normas como la que contemplaba el derecho a la protección de la salud no podían calificarse de derechos, ya que eran más bien principios rectores de la política económica o social, o determinaciones de fines del Estado. En el fondo, este análisis tomaba poco en cuenta lo que disponía la Constitución entonces vigente y se apoyaba más en lo que, conforme a cierta opinión, hubiera debido establecerse, teniendo probablemente como referencia a constituciones como la alemana y la española. Pese a ello, la jurisprudencia avanzó en la dirección, trazada por la Constitución, del reconocimiento de su condición de derechos y de su justiciabilidad.

En este contexto, resulta pertinente una referencia a la Constitución española, pues ella también demuestra la relatividad de las distinciones que a veces pretenden imponerse entre los derechos de libertad (*lato sensu*) y los llamados derechos sociales o de prestación. El título I de esta Constitución separa tajantemente los “derechos y libertades” (ubicados en el capítulo segundo de este título) de los “principios rectores de la política social y económica” (situados en su capítulo tercero). Los primeros vinculan a todos los poderes públicos, gozan de la garantía de la reserva legal y de la intangibilidad de su contenido esencial (artículo 53.1), mientras que los segundos, que se corresponden con muchos de los llamados derechos sociales, informan “la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos” y solo pueden alegarse ante la jurisdicción ordinaria “de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (artículo 53.3).

Así, pudiera parecer que el constituyente partió de una distinción conceptual, dogmáticamente necesaria, entre unos y otros, pero la lectura del respectivo elenco de derechos o principios, aunada a la reflexión doctrinal y a la evolución jurisprudencial, indica algo distinto. Prieto Sanchís ha resumido bien lo ocurrido:

A mi juicio, la conclusión que cabe obtener de todo ello es la siguiente: si los derechos sociales que derivan de los denominados principios rectores del capítulo III se hallan jurídicamente devaluados no es principalmente porque sean derechos sociales, es decir, no es porque reúnan alguna de las características propias de esta categoría de derechos, sino que ello obedece más bien a la voluntad

constituyente. En otras palabras, no creo que exista ningún motivo técnico para que el derecho a la educación deba ser desarrollado mediante ley orgánica, sea protegido en su contenido esencial y goce del recurso de amparo y, en cambio, el derecho a la salud, a la vivienda o a una pensión digna de jubilación queden a merced de los programas electorales de los partidos institucionales; si esto es así, es porque en 1978 los grupos políticos que hicieron la Constitución no consideraron oportuno o prudente establecer un régimen jurídico uniforme para tales derechos, pese a que su estructura jurídica es similar.<sup>7</sup>

La relatividad de esta distinción se ve reflejada luego en la dicotomía que esta Constitución plantea entre los derechos de la sección 1ª de ese capítulo segundo y los de su sección 2ª, ya que solo los primeros son calificados de fundamentales y están protegidos especialmente mediante el amparo judicial ordinario y el recurso de amparo ante el tribunal constitucional (junto al derecho a la igualdad y a la objeción de conciencia consagrados fuera de esta sección), lo cual no ha impedido que mayoritariamente se estime que todos los derechos del capítulo segundo sean derechos fundamentales.<sup>8</sup>

La Constitución colombiana es igualmente ilustrativa sobre lo endeble que puede llegar a ser la formulación constitucional de compartimientos separados entre los derechos de la persona, con una inclinación a colocar a los derechos predominantemente prestacionales en una posición secundaria desde el punto de vista de sus garantías. Así, dicha Constitución denomina como fundamentales a los derechos consagrados en el capítulo I de su título II, mientras que su capítulo II está dedicado a “los derechos sociales, económicos y culturales”. Los derechos del capítulo I quedan sujetos a un procedimiento especial, eventualmente más agravado, de reforma (artículo 377). Asimismo, la gran mayoría de los derechos allí recogidos gozan, según el artículo 85 de la Constitución, de aplicación inmediata, y su artículo 86 reconoce la acción de tutela para la protección de los “derechos constitucionales fundamentales”, lo que pudiera entenderse referido exclusivamente a los derechos incluidos en el capítulo I del título II, como inicialmente lo interpretó el Consejo de Estado colombiano.<sup>9</sup> Esta posición se basaba en un criterio formal que fue considerado, sin embargo, “insuficiente, incompleto e inapropiado”.<sup>10</sup> Ello porque, entre otras razones, algunos derechos

7 Prieto Sanchís, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1994, p. 190.

8 Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 17 y ss.

9 Cepeda, Manuel, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Bogotá, Temis, 1997, p. 2.

10 *Ibid.*, p. 3.

ubicados fuera de ese capítulo eran calificados expresamente como fundamentales y porque el artículo 94 de esa Constitución, en términos similares a nuestro artículo 50 de la Constitución de 1961 y al artículo 22 de la vigente, contiene una apertura a derechos inherentes a la persona humana que no figuran en el texto constitucional y “es claro que los derechos inherentes a la persona son fundamentales”.<sup>11</sup> La Corte Constitucional de Colombia optó tempranamente por una lectura del asunto que no atiende únicamente al criterio formal apuntado y que tiene en cuenta las circunstancias del caso.<sup>12</sup> Por esta vía han sido amparados, mediante la acción de tutela, facetas prestacionales de ciertos derechos, o derechos típicamente prestacionales, como el derecho a la salud, situados fuera del capítulo I.

Conviene volver a las notas o propiedades concurrentes enunciadas por alguna doctrina para deslindar el concepto de derecho de otras categorías: la tutela jurisdiccional; la posibilidad de ser ejercitado o reivindicado frente a un sujeto determinado; y la existencia de una obligación de conducta bien definida o precisa, así como debe serlo el titular del derecho. Estas condiciones, o al menos algunas de ellas, pueden ser puestas en duda como criterio de reconocimiento de un derecho, y no necesariamente resultan incumplidas en el supuesto de los llamados derechos sociales.

La tutela jurisdiccional, a veces, está negada porque en un estadio determinado del pensamiento jurídico, de la praxis judicial o de la regulación procesal de un ordenamiento jurídico, a ciertos derechos no se les reconoce la justiciabilidad. Es decir, la falta de justiciabilidad puede ser una deficiencia o carencia del ordenamiento en la protección de un derecho, antes que un criterio que excluye la existencia del derecho.<sup>13</sup> Téngase presente que en la teoría del derecho se objeta la tesis según la cual es imprescindible que alguien cuente con el poder jurídico de exigir judicialmente a otro la observancia de una pretensión para que pueda hablarse de un derecho subjetivo. Con razón se ha dicho que: “La existencia de un derecho no puede depender exclusivamente de la justiciabilidad; cualquiera que sea la forma como se la describa; lo que sucede, más bien, es que cuando existe un derecho éste es también justiciable”.<sup>14</sup> Por otro lado, la justiciabilidad es un atributo que admite gradaciones, ya que hay puntos intermedios entre su completa negación y la posibilidad de accionar judicialmente para reclamar la satisfacción directa de posiciones subjetivas originarias derivadas de la Constitución.

---

11 *Idem*.

12 *Ibid.*, pp. 4 y ss.

13 *Vid.* Osuna Patiño, Néstor, *Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 24.

14 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993, p. 496.

La definición del sujeto obligado es sin duda importante para la activación de un derecho, pero no es cierto que el destinatario de los derechos sociales sea siempre o normalmente indeterminado. En ocasiones, las constituciones hacen recaer claramente sobre el Estado las obligaciones asociadas al contenido del derecho. Cuando no lo hacen, esa sigue siendo la regla, como lo es en general en materia de derechos fundamentales. En otros supuestos, del contenido del derecho se deduce palmariamente que el obligado es también un particular, en el ámbito laboral por ejemplo, aunque, en algunos casos, la repercusión del derecho sobre los particulares y su alcance respecto de ellos pueden ser inciertos. Esto último ha de esclarecerse mediante la interpretación, lo cual no es extraño en el campo de los derechos de libertad, como lo demuestra la discusión en torno a la intensidad o modulación del efecto entre particulares de los derechos fundamentales.

En cuanto a la precisión de la obligación que da contenido al derecho, habría que decir, en primer lugar, que no siempre el derecho social está plasmado de manera genérica. Nada impide al constituyente ser preciso en la consagración del derecho a determinadas prestaciones, tal como lo demuestra el artículo 12 de la Constitución suiza, que reconoce el derecho a recibir ayuda estatal en situaciones de extrema necesidad, cuya admisión expresa como derecho fundamental estuvo precedida por una sentencia que había ordenado a las autoridades otorgar ciertas prestaciones al afectado por tal situación. La jurisprudencia también enseña que de derechos constitucionalmente proclamados cabe derivar prestaciones concretas. Un ejemplo se encuentra en el derecho a la asistencia letrada, en su dimensión prestacional, que en España ha sido fruto de la jurisprudencia constitucional.

En segundo lugar, la generalidad, o una cierta indeterminación, es común a las normas constitucionales y no es ajena a la formulación de los derechos de libertad, como lo ilustra el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad o, nada más y nada menos, que la garantía de la dignidad humana, la cual tiene, por cierto, implicaciones de libertad o abstención, así como de prestación o protección. En lo concerniente al titular de los derechos sociales, generalmente es una persona natural. A veces, estos derechos poseen una proyección colectiva, como la tienen algunos derechos de libertad –de expresión e información–, y en virtud de ella en ocasiones se hacen valer judicialmente por medio de intereses difusos o colectivos, pero esto no implica que la titularidad de esos derechos no pueda determinarse ni ponga en entredicho su condición de tales.

## 2. La estructura de los derechos sociales y su justiciabilidad

Conviene advertir que la categorización de ciertos derechos como sociales puede suscitar malentendidos, ya que los derechos normalmente englobados bajo la denominación de derechos sociales son heterogéneos.<sup>15</sup> Algunos se perfilan como derechos de libertad (la libertad sindical o el derecho a la huelga), mientras que otros son predominantemente prestacionales. Dentro de los segundos se encuentran algunos que obligan al Estado a adoptar medidas positivas para el acceso de las personas a servicios o bienes que puede estar en el deber de prestar o proveer (el derecho a la salud); mientras que otros se refieren a garantías jurídicas que deben establecerse para que otros particulares satisfagan la pretensión del titular del derecho (como sucede frecuentemente con los derechos de naturaleza laboral). También hay derechos típicamente multidimensionales, como el derecho a la educación.

Con esta salvedad, puede entrarse en la consideración de la contraposición que a veces se ha planteado, desde el punto de vista estructural, entre los derechos sociales y los de libertad, o entre los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos. Los estudios adelantados sobre esta cuestión han puesto de manifiesto la relatividad de esta distinción y lo erróneo de tal contraposición,<sup>16</sup> la cual ha quedado reducida a la identificación de ciertos acentos o énfasis en la virtualidad o eficacia jurídica de los derechos. De ahí la utilidad del reconocimiento de las distintas dimensiones, funciones o facetas de los derechos fundamentales, que perforan los compartimientos en los que se ha pretendido distribuirlos, lo que no excluye una clasificación general de los derechos que tenga en cuenta los aspectos estructurales o funcionales preponderantes. En ciertos derechos sociales predomina o, si se prefiere, resulta distintiva la dimensión prestacional. Los derechos clásicamente configurados como derechos de libertad o de defensa pueden desplegar también una dimensión prestacional, pero en ellos pesa más, o está en un primer plano, la faceta abstencionista. El análisis de la estructura normativa de los derechos sociales ha ayudado a comprender mejor la estructura de los derechos en general y ha permitido visualizar con mayor agudeza los elementos y problemas comunes a todos ellos. No puede afirmarse que las dificultades relacionadas con la operatividad jurídica de derechos que se traducen en obligaciones de carácter prestacional sean exclusivas de los derechos sociales. Está claro que de derechos clásicos de libertad emanan

---

15 *Vid.*, con más referencias, Casal, Jesús M., *Los derechos humanos y su protección*, Caracas, UCAB, 2006, pp. 233 y ss.

16 *Vid.*, por todos, Courtis, Christian y Abramovich, Víctor, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

cargas prestacionales para el Estado, como ha quedado evidenciado en los sistemas que han eludido la consagración expresa de derechos sociales o han querido dar a estos un tratamiento marginal o secundario desde la óptica de su garantía jurídico-institucional, pero que han terminado admitiendo la plena eficacia, incluso subjetiva, de importantes contenidos prestacionales del derecho a la vida o de la dignidad humana. De igual forma, de los derechos principalmente prestacionales nacen obligaciones de respeto o abstención semejantes a las de los derechos de libertad típicos.

El marcado contraste tradicional entre los derechos de libertad y los derechos sociales parecía confundir la diferencia entre la idea original principalmente inspiradora de cada grupo de derechos y la estructura y operatividad jurídica de cada uno. Ello porque, ciertamente, los clásicos derechos de libertad, emparentados con el individualismo y el racionalismo filosófico de los siglos XVII y XVIII, respondían a un modelo de persona, de sociedad y de Estado muy distinto del que vio nacer a los derechos sociales. Sin embargo, la diferencia no radicaba tanto en la estructura de los derechos, aunque tuviera en ella una manifestación apreciable, cuanto en la concepción dominante sobre lo estatal y lo individual; lo público y lo privado. Uno de los derechos liberales más importantes en esa etapa gestacional de los derechos del ser humano era el derecho a la seguridad<sup>17</sup> en el disfrute de la vida y de los propios bienes, el cual tenía obviamente una dimensión fundamentalmente prestacional (*lato sensu*), la cual quedaba no obstante un tanto opacada por los principios sustantivos en los que ese derecho se sustentaba, referidos a la libertad y seguridad en el disfrute de los bienes que cada cual pudiera cobijar bajo el derecho de propiedad.

En cambio, los derechos sociales surgieron de la mano de las preocupaciones por la cuestión social y la explotación de los trabajadores en el contexto de la industrialización, lo cual explica que dentro de esta oleada de los derechos se encuentre la libertad sindical o el derecho de huelga, estructuralmente afines a los derechos de libertad. Lo cierto es que el enriquecimiento o acumulación conceptual ocasionado por esta segunda oleada de los derechos inherentes al ser humano abrazó a los propios derechos liberales, cuyas dimensiones prestacionales afloraron o adquirieron una significación distinta en la nueva realidad y en la nueva concepción, vinculada a la noción del Estado social de derecho o del constitucionalismo social, en donde sigue presente la exigencia primordial

---

17 Según la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.



de autonomía individual y de libertades fundamentales, pero esta se encuentra imbricada con la consideración de las condiciones materiales de vida. Las tensiones ínsitas a este entrecruzamiento son diversas y hallan también un reflejo en el campo de los derechos.

Admitida pues la relatividad de la distinción estructural, la discusión sobre la fuerza jurídica de ciertos derechos sociales se centra en precisar la operatividad y, en particular, los términos de la justiciabilidad de los derechos prestacionales o de las facetas prestacionales de los derechos. Luego, volveremos sobre este asunto. Por ahora interesa señalar que en este punto convergen muchas de las dificultades o reservas antes formuladas en un plano más abstracto y definitorio, que aquí se plantean de esta forma: si se reconoce un derecho social de manera genérica o indeterminada, será muy difícil articular, con base en el mismo, demandas o pretensiones ante los tribunales, a menos que se haya producido un desarrollo legislativo que dote a ese derecho de contenido concreto.

Los estudios doctrinales han dejado atrás la dicotomía de todo o nada en relación con la justiciabilidad. En particular, es indudable que puede acudir a mecanismos judiciales de defensa de la Constitución para controlar leyes que impidan el disfrute de derechos sociales genéricamente formulados, que desmonten injustificadamente niveles de protección alcanzados, o que puedan considerarse claramente insuficientes desde la perspectiva constitucional. También cabe activar instrumentos procesales dirigidos a tutelar judicialmente derechos sociales que han sido objeto de regulación legal, con el propósito de asegurar la observancia de la normativa dictada, o de evitar vulneraciones del derecho a la igualdad. El problema comienza cuando el legislador no ha actuado en modo alguno, pero existen o surgen situaciones en las cuales se desconoce un derecho de tipo prestacional. O, cuando existiendo la ley, se demanda ante el juez algo más o algo distinto de lo que la ley otorga.

La tendencia de varios ordenamientos latinoamericanos consiste en permitir la intervención judicial aun a falta de ley o más allá de lo dispuesto en esta o en las normas sublegales de desarrollo, dadas ciertas condiciones de necesidad o urgencia, o de severidad de la afectación, no siempre explicitadas ni precisas. La orientación alemana y de otros sistemas europeos apunta, por el contrario, en el sentido de ejercer control de constitucionalidad sobre las leyes tomando como parámetro facetas prestacionales iusfundamentales ligadas a la protección de la dignidad humana y a otros derechos fundamentales, cuyo reconocimiento manifiestamente insuficiente puede sustentar la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley, junto con los correspondientes mandatos al legislador relativos a la revisión de las prestaciones inicialmente acordadas. También se admite la extensión, incluso mediante sentencia, de beneficios o prestaciones a sectores

indebidamente excluidos, a veces de manera tácita, del ámbito de aplicación de una ley, con base en la vulneración del derecho a la igualdad, en conexión con el postulado del Estado social o con la dimensión prestacional de derechos de libertad. En estos sistemas, en cambio, existe resistencia a la aceptación de pretensiones subjetivas invocables directamente ante los jueces, en ausencia de ley o al margen de ella, con apoyo en derechos originarios a prestaciones deducibles de la Constitución.<sup>18</sup> En todo caso, se admiten vías de judicialización que aseguran una tutela jurisdiccional de derechos prestacionales, como se verá.

Este es un terreno donde el derecho internacional de los derechos humanos tiene igualmente algo que decir, pues los tratados vigentes sobre la materia imponen obligaciones que pueden comprender la necesaria justiciabilidad de tales derechos o de algunos de sus contenidos. Sin perjuicio de lo que luego comentaremos sobre las implicaciones de estos tratados, conviene reproducir lo afirmado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General núm. 9 al respectivo Pacto Internacional, la cual se refiere a las consecuencias del deber estatal de garantía efectiva de los derechos allí consagrados:<sup>19</sup>

[V]arios principios se derivan del deber de dar efectividad al Pacto, por lo que han de respetarse. En primer lugar, los medios elegidos para dar cumplimiento al Pacto tienen que garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo. Para determinar cuál es la mejor forma de dar eficacia jurídica a los derechos reconocidos en el Pacto es importante tener en cuenta la necesidad de asegurar la justiciabilidad (véase párrafo 10 *infra*). En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta qué medios han resultado más eficaces en el país de que se trate para garantizar la protección de otros derechos humanos. Si los medios utilizados para dar efectividad al Pacto difieren significativamente de los utilizados para dar efectividad a otros tratados sobre derechos humanos, debe haber una razón imperiosa para ello, teniendo en cuenta que las formulaciones utilizadas en el Pacto son, en gran medida, comparables a las de los tratados sobre derechos civiles y políticos.

Ello milita nuevamente en la dirección de relativizar, ahora desde la óptica de la operatividad jurídica y justiciabilidad, la distinción entre los derechos sociales (DESC) y los derechos civiles y políticos. Esto resulta confirmado por el citado Comité cuando asevera con claridad meridiana, en la misma Observación General, que:

---

18 Vid. Hesse, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales”, en Benda, Ernst y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, IVAP - Marcial Pons, 1996, pp. 96-97.

19 Observación General núm. 9, *La aplicación interna del Pacto*, E/C.12/1998/24.

En lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto. El Comité ya ha aclarado que considera que muchas de las disposiciones del Pacto pueden aplicarse inmediatamente. Así, en la Observación General Nº 3 (1990) se citaban, a título de ejemplo, los siguientes artículos del Pacto: el artículo 3, el inciso i) del apartado a) del artículo 7, el artículo 8, el párrafo 3 del artículo 10, el apartado a) del párrafo 2 y del artículo 13, los párrafos 3 y 4 del artículo 13 y el párrafo 3 del artículo 15. A este respecto, es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones). Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad. A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad.

Por tanto, una dicotomía entre derechos de libertad y derechos sociales que relegue globalmente a los segundos al campo de la apreciación y decisión discrecional de los órganos político-legislativos, no sería compatible con las obligaciones internacionales de los Estados partes. Esto nos coloca ya en el umbral de la siguiente temática objeto de reflexión.

### **3. La garantía internacional de los derechos humanos**

Muchos de los progresos teóricos alcanzados en materia de derechos sociales se deben a los aportes del derecho internacional de los derechos humanos. Un

aspecto que debe ser subrayado es que, en este ámbito, el derecho internacional ha adoptado posiciones particularmente orientadoras. A diferencia de lo ocurrido con varios derechos civiles y políticos, en torno a los cuales el contenido del derecho y el correlativo alcance de las obligaciones estatales no ha sido objeto de especial discusión, los derechos económicos, sociales y culturales, o derechos sociales suscitaron ya en el plano constitucional, antes pues de considerar el marco normativo internacional, intensos debates que han quedado en alguna medida esbozados, los cuales luego continuaron bajo el prisma de la regulación internacional. Lo singular en este caso es que organismos internacionales encargados de la protección de estos derechos (DESC) abordaron desde el comienzo los puntos críticos o nudos gordianos de la discusión relativa a la naturaleza y operatividad de tales derechos y fijaron pautas fundamentales para la conducción de esta discusión. Es digna de mención la tarea cumplida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que a través de sus Observaciones Generales al Pacto Internacional respectivo y del examen periódico de los informes nacionales ha sentado criterios primordiales para la garantía de estos derechos. Y lo mismo puede decirse de conferencias internacionales y reuniones de expertos referidas al tema.

Sería imposible resumir aquí todas las contribuciones de fuente internacional sobre el asunto que nos ocupa, pero pueden mencionarse algunas de las más relevantes. En primer lugar, haber puesto de manifiesto las obligaciones generales de los Estados partes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las cuales comprenden los deberes de respetar, proteger y realizar (facilitar y hacer efectivos) tales derechos, así como las implicaciones concretas de cada una; en segundo lugar, haber develado las obligaciones de cumplimiento inmediato derivadas de estos derechos y la existencia de un contenido mínimo que todos los Estados deben, salvo excepciones sujetas a condiciones muy estrictas y a un severo escrutinio, satisfacer; y, en tercer lugar, haber explicitado las consecuencias de la progresividad prescrita en el Pacto y del mandato de emplear hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr la plena efectividad de estos derechos. Lo anterior, sumado a sus esfuerzos por preservar la unidad de los derechos humanos,<sup>20</sup> evitando escisiones artificiales frecuentemente dirigidas a justificar niveles inferiores de protección para los derechos sociales, a lo cual ya se aludió.

---

20 Vid. Bazán, Víctor, “Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano”, *Anuario latinoamericano de derecho constitucional*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2005, pp. 548 y ss.

Una referencia particular merecen los pasos dados para consolidar la máxima de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, que cobra cada vez más significación en el contexto de procesos políticos nacionales que han pretendido relegar a un segundo plano los derechos civiles y políticos para desarrollar los derechos sociales (DESC), o a la inversa.

Estos avances generados e impulsados desde el derecho internacional de los derechos humanos deben ser observados en el ámbito nacional, siendo de gran importancia el papel que cada ordenamiento reconozca a los tratados internacionales de derechos humanos y a las decisiones y criterios de los organismos respectivos. La acogida en muchos sistemas latinoamericanos del bloque de constitucionalidad en materia de derechos, o del bloque de derechos humanos, favorece el aprovechamiento de esos aportes.

### **III. ALGUNAS DIFICULTADES O ZONAS DE TENSIÓN**

Seguidamente se examinarán algunas dificultades para el adecuado tratamiento jurídico-dogmático de los derechos sociales o para su realización.

#### **1. El papel de la ley y los términos (o parámetros) de la justiciabilidad**

Afirmar la justiciabilidad de los derechos sociales, como ya se hizo, no significa desconocer los problemas especiales que esta puede suscitar, comparada con la que es característica de la faceta abstencionista de los derechos de libertad o de los propios derechos sociales.

Los aspectos más controvertidos se relacionan, como antes apuntamos, con la posibilidad de que los tribunales, para proteger derechos sociales, ordenen el cumplimiento de prestaciones deducibles directamente de la Constitución, en ausencia de desarrollo legislativo o al margen del mismo. Normalmente, o en principio, es el legislador el llamado a precisar las prestaciones exigibles en materia de derechos sociales, las cuales pueden tener importantes implicaciones económicas y, por lo tanto, presupuestarias. No es conveniente generalizar, pero al menos en el supuesto de los derechos denominados prestacionales en sentido estricto, directamente referidos al otorgamiento de prestaciones a cargo del Estado respecto de un número comúnmente indeterminado de beneficiarios, se plantean problemas de distribución de recursos escasos, de fijación de prioridades y, a fin de cuentas, de diseño y ejecución de políticas públicas. La primacía o preferencia de la intervención legislativa en tales materias es la regla, pues se aviene con el principio democrático y con el reparto de funciones entre los jueces

y las instancias políticas (el poder ejecutivo y el poder legislativo), lo cual está asociado a la división de los poderes propia del Estado de derecho.

La regulación legislativa en este campo es relevante no solo frente a los jueces sino, muy especialmente, frente a la administración y al Gobierno. A menudo ocurre en nuestro medio que el poder ejecutivo decide discrecionalmente el destino de los recursos dirigidos a satisfacer necesidades sociales vinculadas a derechos de igual signo. No se ha desarrollado una conciencia sobre la importancia del principio de la legalidad en materia de subvenciones o prestaciones, como la existente en el ámbito de la administración sancionadora o interventora. Esto favorece los procesos de clientelismo político y de instrumentalización de la política social, siendo este otro de los desafíos que deben ser afrontados en América Latina, y que dejamos apenas enunciado.<sup>21</sup>

Sin embargo, de lo arriba expuesto no se infiere que los jueces no tengan nada que decir en el asunto, pues la arbitrariedad del poder debe ser susceptible de control, incluso en ese terreno, más aún cuando están en juego los derechos humanos. En determinadas circunstancias, los tribunales deben actuar de inmediato proporcionando la tutela judicial del derecho prestacional afectado, aun a falta de ley o ante la deficiente regulación del derecho. La jurisprudencia constitucional ilustra sobre las situaciones donde la intervención judicial directa, sin soporte legislativo, se hace necesaria. Es posible señalar, *grosso modo*, que los tribunales suelen intervenir ante la prolongada inactividad del legislador; la arbitraria interrupción de programas o prestaciones; la evidente insuficiencia de las prestaciones aseguradas legal o reglamentariamente; y, en general, las situaciones en las cuales esté en riesgo un mínimo existencial.<sup>22</sup> El análisis detallado de la jurisprudencia nacional, comparada e internacional sobre la materia puede ser de gran utilidad para extraer criterios orientadores más precisos sobre la actuación de los jueces.

Antes se hizo mención a la diferencia existente entre la doctrina y jurisprudencia alemanas –y de otros países europeos– y la de varios ordenamientos latinoamericanos en el tratamiento de la justiciabilidad inmediata de derechos prestacionales. Conviene profundizar en los verdaderos alcances y los contextos sistemáticos de esta divergencia.

En América Latina prevalece una concepción según la cual la fuerza normativa de los derechos constitucionales conduce necesariamente, o al menos como

---

21 Al respecto *vid.* Courtis, Christian, “Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social”, en Carbonell, Miguel y otros, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 185 y ss.

22 Vid. algunas referencias jurisprudenciales en Casal, Jesús M., *op. cit.*, pp. 233 y ss.

regla, a admitir la actuación inmediata de los tribunales para la defensa o satisfacción del derecho afectado por alguna acción u omisión estatal. Ello está por lo general aunado a sistemas difusos o mixtos de control de constitucionalidad de las leyes, en los que la sujeción del juez a la ley pierde la radicalidad que ostenta normalmente en el modelo francés o europeo continental, a lo que contribuye también la institución del amparo constitucional, con las diversas denominaciones que recibe, que faculta a los tribunales para garantizar de manera directa la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, aun a falta de ley e incluso contra lo que ella disponga. Por otro lado, en algunos países de la región, la política social y los programas respectivos se desarrollan en buena medida con prescindencia de la ley, en un plano más gubernativo o administrativo.

Frente a esto, como ya se dijo, en el derecho alemán impera la visión según la que el legislador debe configurar el contenido de las prestaciones exigibles relacionadas con una norma constitucional de la cual se deriven obligaciones de esa índole. Ello con el trasfondo de una Constitución reacia a la consagración de derechos sociales o principalmente prestacionales.<sup>23</sup> De ahí que el reconocimiento de contenidos iusfundamentales o derechos de carácter prestacional haya sido producto principalmente de la jurisprudencia constitucional, que ha dejado a salvo la reserva del legislador en la determinación concreta de la medida positiva reclamable, cuya obra normativa queda no obstante sujeta a control de constitucionalidad. Las posibilidades de este control eran, en un comienzo, un tanto inciertas, de la mano de categorías como una reserva de lo posible que corresponde al legislador apreciar y dada la dificultad de canalizar procesalmente las respectivas posiciones subjetivas.<sup>24</sup> Pero la jurisprudencia se ha decantado en la dirección de reconocer la garantía judicial de derechos fundamentales prestacionales, al menos en relación con la protección de la dignidad humana.

Una sentencia demostrativa de esta orientación es la dictada el 9 de febrero de 2010 por el Tribunal Constitucional Federal alemán, relacionada con disposiciones del Código de la Seguridad Social que fueron declaradas contrarias al derecho a un mínimo existencial.<sup>25</sup> El asunto fue planteado ante dicho tribunal en virtud de cuestiones de inconstitucionalidad suscitadas porque en tres procesos tramitados ante tribunales de la jurisdicción social se reclamaba el pago o reco-

---

23 Son prestacionales los derechos garantizados en el artículo 6, párrafo 4 (derecho de la madre a la protección y asistencia), y en el artículo 1, párrafo 1, frase segunda (derecho a la protección, no solo al respeto, de la dignidad humana), de la Ley Fundamental. Esta vertiente prestacional de la garantía de la dignidad humana se ha deducido al interpretar ese derecho en concordancia con el principio del Estado social (artículo 20, párrafo 1).

24 Vid. Sachs, Michael, *Verfassungsrecht II, Grundrechte*, Berlin, Springer, 2002, pp. 39 y ss.

25 BVerfG, 1 BvL 1/09 vom 9.2.2010.

nocimiento de prestaciones dinerarias en montos superiores a los establecidos en esa legislación. Lo anterior había sido negado en primera instancia, pero dio lugar, ante el tribunal de apelación o de revisión, en el primer caso con apoyo en la opinión de expertos, a que se elevara la cuestión de inconstitucionalidad, pues los tribunales correspondientes consideraban que la regulación era, en aspectos diversos, inconstitucional. El Tribunal Constitucional Federal estimó que algunos de los preceptos legales objeto del control eran violatorios de la Constitución.

Sin entrar en los detalles de la controversia, interesa subrayar que el Tribunal Constitucional Federal aseveró que había sido lesionado el “derecho fundamental a la garantía de un mínimo existencial resultante de la dignidad humana”, derivado del artículo 1, párrafo 1 (respeto y protección de la dignidad humana), en conexión con el artículo 20, párrafo 1, de la Ley Fundamental (principio del Estado social). Este derecho fundamental, que se traduce en una “pretensión prestacional constitucional inmediata”, fue calificado de “indisponible” por el legislador, sin perjuicio de que la formulación concreta de las prestaciones destinadas a proteger ese mínimo existencial es tarea del legislador, que cuenta con un importante campo de configuración normativa en la materia. Por otra parte, se reiteró que el control judicial correspondiente ha de limitarse, en lo que atañe al resultado o alcance específico de la prestación, a verificar si esta es evidentemente insuficiente, pero se agregó que este control de evidencia va acompañado de un control sobre la razonabilidad y transparencia del procedimiento o método seguidos para fijar la cuantía de aquella. Estos parámetros no se consideraron cumplidos en el caso examinado, lo que condujo a una declaración de (mera) inconstitucionalidad y a la fijación de un plazo dentro del cual las disposiciones afectadas debían ser revisadas por el legislador a través de un método aceptable. Ello, con la particularidad de que en el caso de normas que al reconocer ciertos beneficios partían de las situaciones regulares o promedio (lo cual no fue objetado por la sentencia), pero no comprendían los supuestos singulares de personas que tuvieran ciertas necesidades especiales adicionales asociadas a la garantía del mínimo existencial (lo que sí fue estimado inconstitucional), el Tribunal Constitucional Federal ordenó a la Federación dar cobertura a esas prestaciones superiores a las previsiones legislativas hasta la promulgación de la nueva regulación, según los criterios contenidos en ese fallo judicial.

Obsérvese que esta sentencia, si bien mantiene la posición de principio relativa al papel de los jueces y del legislador en esta materia, refuerza el anclaje constitucional subjetivo del derecho reconocido, al considerar la pretensión prestacional respectiva como inmediatamente constitucional. Además, la concretización de las prestaciones reclamables quedó ciertamente en manos del legislador, pero ello no impidió al Tribunal Constitucional Federal dictar una



orden provisional dirigida a asegurar, en las situaciones especiales señaladas, beneficios eventualmente superiores a los legalmente establecidos. A esto se añade un *iter* procesal donde la exigencia subjetiva inicial de mayores prestaciones pudo canalizarse mediante el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad por los jueces correspondientes. De esta forma, la aproximación alemana al problema de la justiciabilidad de derechos prestacionales en ausencia o por encima de la ley tiene algunos puntos de conexión con la perspectiva dominante en América Latina.

Junto a la determinación de las circunstancias en las cuales se justifica la intervención judicial aun en ausencia de ley, se ha planteado la importancia de definir parámetros para el ejercicio de la función jurisdiccional en estos supuestos y en el control de constitucionalidad de leyes que desconozcan derechos prestacionales, como criterios complementarios al de no discriminación u otros expresamente contemplados en la normativa constitucional e internacional. En este contexto, doctrinalmente se ha sostenido que el principio de proporcionalidad, visto como prohibición no ya de exceso sino de defecto o deficiencia en la actividad del poder público, puede ayudar a racionalizar la garantía judicial de los derechos prestacionales. Sin embargo, esta tesis no es del todo acabada y merecería un análisis más detenido.<sup>26</sup> Se ha llegado igualmente a señalar como criterio clave el de la posibilidad de dar universalidad a la prestación que se pide ante el tribunal en un caso concreto, lo cual ciertamente resulta sensato desde el punto de vista de la igualdad y la justicia distributiva y puede iluminar la tarea judicial en muchos casos, pero no son descartables supuestos en los que el juez deba actuar sin tener a su alcance elementos suficientes para medir el carácter universalizable de la prestación. Esto exigiría conocer el número de los potenciales necesitados y la cuantía de los recursos disponibles. En tales circunstancias, dejando a salvo casos extremos que justifiquen una actuación satisfactoria inmediata, deberían adoptarse soluciones que impliquen censurar la inacción o negativa considerada contraria al derecho, pero que encomienden a las instancias político-administrativas o técnicas la determinación de la prestación concreta exigible, bajo control judicial en fase de ejecución de la sentencia.

Un criterio relevante para la tutela judicial de los derechos sociales radica en la necesidad de preservar el contenido mínimo del derecho. Se trata de un contenido mínimo de prestaciones que en toda circunstancia debería ser satisfecho, como principio que bajo requisitos muy estrictos podría admitir excepciones. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se ha ocupado amplia-

---

<sup>26</sup> Vid., entre otros, Isensee, Josef y Kirchof, Paul (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, V, 2000, pp. 232-233.

mente de este contenido, y la jurisprudencia constitucional peruana ha empleado el concepto del contenido esencial del derecho con una connotación similar, en relación con la protección de los derechos sociales a través del amparo. La noción de contenido esencial también ha sido empleada para referirse a un contenido mínimo del derecho que es inmediatamente operativo con independencia del desarrollo legislativo.<sup>27</sup>

Están planteados también algunos retos desde el punto de vista procesal, que aquí solo mencionaremos, relativos al reconocimiento de acciones colectivas o de grupo, y a la creación de mecanismos que permitan afrontar un estado de cosas inconstitucional, o situaciones estructurales generadoras de violaciones de derechos humanos,\*\* de lo cual se ha ocupado la Corte Constitucional colombiana.<sup>28</sup> Estos últimos instrumentos, que no se circunscriben a situaciones ligadas a derechos típicamente prestacionales, tienden a acentuar las tensiones entre el control judicial y el campo de atribuciones del legislador y del Gobierno.

## 2. Tratamiento de las colisiones entre los derechos sociales y otros derechos

En algunos ordenamientos, entre ellos el venezolano, se ha planteado con radicalidad una contraposición entre derechos sociales y derechos de libertad en el momento de resolver colisiones constitucionales. Estas situaciones, en principio, no deberían suscitar problemas distintos de los de cualquier otro conflicto entre derechos, pero adquieren singularidad en virtud de una errónea comprensión o deliberada adulteración del alcance de los derechos sociales. La complicación surge porque se pretende imponer la idea de que los derechos sociales, en razón de su conexión con intereses generales o necesidades colectivas, prevalecen *prima facie* o incluso *tout court* sobre los derechos individuales.

Una muestra de ello se encuentra en la reciente legislación arrendaticia venezolana, la cual, invocando el derecho humano a la vivienda y su significación colectiva, rompe completamente el equilibrio entre el arrendador y propietario

---

27 Vid. Nogueira, Humberto, “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, *Estudios Constitucionales*, núm. 2, 2009, pp. 143 y ss.

\*\* N. del ed.: Algunos temas enunciados en este segmento del texto (“estado de cosas inconstitucional”, “situaciones estructurales generadoras de violaciones de derechos humanos”) serán abordados con detenimiento en la segunda parte de la presente obra.

28 Vargas Hernández, Clara, “La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado ‘estado de cosas inconstitucional’”, *Estudios Constitucionales*, núm. 1, 2003, pp. 203 y ss.

y el arrendatario. Se prohíben las medidas cautelares de secuestro de inmuebles arrendados y se prevé con carácter obligatorio un procedimiento administrativo previo a la demanda judicial de desalojo, quedando este último condicionado a que, en caso de falta de pago del canon arrendaticio, esta se prolongue durante cuatro meses y sea injustificada; además, se debe esperar, en ese o en cualquier otro supuesto de desalojo, a que las personas afectadas encuentren un refugio o vivienda transitoria. No sería pertinente entrar en los detalles de esta regulación, pero sí interesa destacar que la concepción de fondo que soporta esta normativa es la de la prevalencia abstracta o general de lo colectivo sobre lo individual o, en otras palabras, de ciertos derechos sociales sobre los derechos individuales. Esta confusión, más bien reconstrucción conceptual, oscurece la realidad de dos posiciones individuales enfrentadas: la del propietario y la del inquilino. Adicionalmente, el Estado hace valer esos derechos de proyección social o colectiva, pero no siempre asume las cargas de su satisfacción, pues llega incluso a asignar algunas de ellas a los particulares, sin compensación.

El Decreto-Ley contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas<sup>29</sup> invoca como fundamento la obligación estatal de garantizar los derechos inherentes a la existencia humana, entre los cuales se encontraría –junto con el derecho a la vida, la alimentación, la salud y la educación– el derecho a la vivienda. Esta redacción tiende a privilegiar los derechos asociados a la procura existencial, lo cual se ve reflejado en el resto de la exposición de motivos y en el articulado del decreto-ley, en lo que respecta al derecho a la vivienda. Por su parte, la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Viviendas<sup>30</sup> enfatiza el “valor social” de la vivienda como derecho humano y declara el arrendamiento de inmuebles destinados a vivienda como “de interés público general, social y colectivo”, lo cual pretende justificar las amplias atribuciones del Gobierno nacional en este ámbito y las severas restricciones impuestas al derecho de propiedad y a la libertad económica.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia ha estado en sintonía con esta orientación legislativa, al subrayar que lo relativo a la adquisición de viviendas es un asunto de interés social, lo cual brindaría fundamento a una reinterpretación de la legalidad y de obligaciones contractualmente asumidas, que apuntalaría la primacía de los derechos de esta índole. A la idea de la supuesta prevalencia general de los derechos o intereses sociales o colectivos sobre los derechos individuales se suma ahora la invocación de la vinculación del derecho

---

29 *Gaceta Oficial* núm. 39.668, del 6 de mayo de 2011.

30 *Gaceta Oficial* núm. 6.053 Extraordinario, del 12 de noviembre de 2011.

a la vivienda con la dignidad humana.<sup>31</sup> Así ocurrió con la relativización de la prohibición de la retroactividad de la ley llevada a cabo al interpretar el artículo 23 de la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, la cual –dejando de lado la concreta regulación examinada– se intentó sustentar en que:

[...] el derecho fundamental a la vivienda, contenido en el artículo 82 constitucional, es un derecho vinculado directamente a la dignidad humana, que es un derecho sin condicionamientos, en virtud de lo cual puede afirmarse que es precisamente ese vínculo lo que le otorga el carácter fundamental por conexidad y, a su vez, constituye su núcleo duro que lo hace indisponible para el legislador y, más aún para el intérprete, de forma tal que no puede ser eliminado o desconocido, ya que lesionar el derecho a la vivienda conllevaría además afectar directamente el derecho a la dignidad humana y poner en peligro el desarrollo individual, familiar y social en detrimento de la existencia humana.<sup>32</sup>

Y añade que:

[...] el derecho a la vivienda constituye un derecho fundamental intrínseco a la dignidad humana, que atiende al valor superior del Estado de preeminencia de los derechos humanos plasmado en la Carta Magna, específicamente en su artículo 2.<sup>33</sup>

Esta comprensión de la conexión entre la dignidad humana y el derecho a la vivienda puede conducir a distintos equívocos. En particular, no cabe trasladar la garantía “sin condicionamientos” de la dignidad humana a aquel derecho con el intento de perfilarlo como absoluto o incondicionado, pues es posible que entre en colisión con otros derechos constitucionales, caso en el cual las pretensiones ligadas al derecho a la vivienda pueden verse obligadas a ceder en atención al derecho en conflicto. Si, en algunas circunstancias, el núcleo duro o contenido mínimo del derecho está en peligro, el Estado debe actuar para preservarlo, pero no puede colocar en cabeza de los particulares cargas gratuitas o excesivas que cercenen o desnaturalicen los derechos enfrentados. No debe perderse de vista, además, que esa dignidad es la fuente última del conjunto de los derechos humanos o fundamentales, inherentes al ser humano, y que en todos ellos es identificable un núcleo duro relacionado con ella.

31 Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia núm. 835, del 18 de junio de 2009. *Vid.* también la Sentencia núm. 1.317, del 3 de agosto de 2011, de la misma Sala.

32 Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia núm. 835, del 18 de junio de 2009.

33 *Idem.*

La tesis de la supremacía del interés colectivo relacionado con los derechos sociales sobre los derechos individuales, tal como ha sido entendida y aplicada por la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, implicaría la aniquilación de estos últimos derechos y de la idea misma de los derechos fundamentales. El Estado normalmente apela a intereses públicos, generales o colectivos al adoptar medidas que afecten intereses particulares o libertades individuales, de modo que la aceptación de la superioridad de los primeros sobre los segundos, como regla para la solución de los conflictos que surjan entre ellos, los vaciaría de su fuerza normativa específica. Su condición de *triumfos frente a la mayoría* resultaría negada y caerían en la corriente común de los cálculos utilitarios o de conveniencia, pues se llegaría a la situación en la cual “el Gobierno está justificado para invalidar un derecho basándose en los fundamentos mínimos que serían suficientes si tal derecho no existiera”.<sup>34</sup>

Ya hemos tenido oportunidad de examinar esa orientación jurisprudencial y sus peligros.<sup>35</sup> Importa ahora subrayar que el concepto de interés público, general o colectivo tiene que ser interpretado desde el prisma de un Estado democrático respetuoso de los derechos humanos, en los términos exigidos por los tratados internacionales sobre derechos humanos, a partir de la noción de “sociedad democrática” que ellos consagran como limitación a las posibilidades de restricción mediante ley de los correspondientes derechos. Se impone, por lo tanto, una lectura que tenga en cuenta la unidad de los derechos humanos en un contexto democrático.<sup>36</sup> Desde esta óptica, los derechos individuales interesan también al bien común y, al mismo tiempo, este no puede perseguirse con prescindencia de aquellos. Igualmente, en el plano constitucional, la preeminencia de los derechos humanos no puede predicarse de algunos derechos en particular sino de todos los derechos de tal carácter.

El conflicto entre uno de los derechos de libertad y uno de los llamados derechos sociales queda sometido a los mismos parámetros de solución que rigen en materia de colisiones constitucionales, lo que implica que los derechos correspondientes concurren sin ninguna posición inicial de ventaja de los segundos sobre los primeros. Adicionalmente, los principios medulares del sistema de derechos fundamentales –según los cuales la libertad es la regla, y su restricción es la excepción–<sup>37</sup> conducen a que la injerencia estatal en derechos de libertad, que pretenda justificarse acudiendo

34 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 286.

35 Casal, Jesús M., *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Caracas, Legis, 2010, pp. 270 y ss.

36 *Ibid.*, pp. 328 y ss.; *vid.* también Risso Ferrand, Martín, *op. cit.*, pp. 93 y ss.

37 *Vid.* Casal, Jesús M., *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, *op. cit.*, pp. 38 y ss.

a la finalidad de proteger derechos prestacionales de relevancia general o colectiva, siga sujeta a las condiciones de licitud material aplicables a toda intervención estatal en los derechos fundamentales. Por lo anterior, las cargas de la argumentación y eventualmente de la prueba, es decir, de la justificación, recaen sobre el legislador restrictivo, y debe ejercerse un control tanto más intenso o estricto cuanto más severa sea la injerencia en la libertad, siendo el concepto de sociedad democrática el marco y, al mismo tiempo, un filtro adicional de tales limitaciones.

#### IV. COLOFÓN

La senda que se ha abierto gracias a la garantía constitucional e internacional de los derechos llamados sociales, no exenta de dificultades, ha hecho presente la Constitución y los derechos humanos en situaciones problemáticas concretas que afectan intereses vitales de las personas.

Concebida esta garantía como un proceso que compromete a las distintas ramas de la institucionalidad estatal, desde la función específica de cada una, y que propende a salvaguardar, en el marco de una democracia de libertades, condiciones básicas de existencia, es mucho lo que a través de ella puede lograrse para consolidar la democracia constitucional y la vigencia de los derechos humanos.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993.
- BAZÁN, Víctor, “Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano”, *Anuario latinoamericano de derecho constitucional*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- CASAL, Jesús M., *Los derechos humanos y su protección*, Caracas, UCAB, 2006.
- CASAL, Jesús M., *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Caracas, Legis, 2010.
- CEPEDA, Manuel, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Bogotá, Temis, 1997.
- COSSÍO, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, CEC, 1999.
- COURTIS, Christian y ABRAMOVICH, Víctor, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004.
- COURTIS, Christian, “Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social”, en CARBONELL, Miguel, y otros, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.

- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2007.
- HESSE, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales”, en BENDA, Ernst, y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, IVAP - Marcial Pons, 1996.
- ISENSE, Josef y KIRCHOF, Paul (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, V, 2000.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.
- NOGUEIRA, Humberto, “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, *Estudios Constitucionales*, núm. 2, 2009, pp. 143 y ss.
- OSUNA PATIÑO, Néstor, *Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, 1999.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1994.
- RISSE FERRAND, Martín, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2008.
- SACHS, Michael, *Verfassungsrecht II, Grundrechte*, Berlín, Springer, 2002.
- VARGAS HERNÁNDEZ, Clara, “La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado ‘estado de cosas inconstitucional’”, *Estudios Constitucionales*, núm. 1, 2003, pp. 203 y ss.

## Comentario sobre el texto “La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión”, de Jesús Casal

César Landa Arroyo\*

### I. INTRODUCCIÓN

El trabajo del profesor Jesús Casal titulado “La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión” anota con precisión varios de los debates actuales en torno a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), con especial énfasis en su desarrollo en América Latina.

En atención a ello, en este comentario me centraré en cuatro temas desarrollados por el autor: en primer lugar, el proceso de constitucionalización de los derechos sociales en América Latina; seguidamente, el asunto de la justiciabilidad de los derechos sociales; en tercer lugar, las garantías internacionales de estos derechos; y, por último, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú en materia del derecho a la pensión.

### II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN AMÉRICA LATINA

Luego de anotar que la doctrina de los DESC ha avanzado considerablemente gracias a autores latinoamericanos, Jesús Casal afirma, en términos generales, que en la región no se ha desarrollado una conciencia sobre la importancia del principio de la legalidad en materia de subvenciones o prestaciones (como en el ámbito de la administración sancionadora o reguladora), lo que ha favorecido que la satisfacción de los derechos sociales sea asociada a procesos de clientelismo político y, entonces, constituya uno de los principales retos por superar en América Latina.

---

\* Exdecano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; expresidente del Tribunal Constitucional del Perú.



El autor recorre algunos de los problemas jurídicos que suscitan los derechos sociales, utilizando con frecuencia comparaciones entre la jurisprudencia en cortes constitucionales de América Latina y en cortes europeas. Por ejemplo, se dice que en nuestra región prevalece una concepción de derechos constitucionales como necesariamente susceptibles de ser garantizados judicialmente con inmediatez, mientras que en los sistemas europeos (entre ellos, el alemán) impera la visión según la cual el legislador debe configurar el contenido de las prestaciones.

Asimismo, se toma como ejemplo los aportes de la Corte Constitucional de Colombia en cuanto al reconocimiento de los DESC como derechos fundamentales, a pesar de su ubicación en la Constitución colombiana de 1991, en donde figuran en un capítulo separado del correspondiente a los derechos fundamentales; ante ello, la Corte cambia un criterio formal predominante y señala que los DESC son igualmente fundamentales y justiciables, tomando en cuenta las circunstancias del caso. Y, en otro ejemplo, se anota el aporte jurisprudencial del Tribunal Constitucional del Perú acerca del contenido esencial del derecho a la pensión.

A partir de esta aproximación a los DESC planteada por Casal, estimo pertinente hacer algunas consideraciones en relación con el proceso de constitucionalización de los derechos sociales en las cartas políticas de nuestros países. Ello, partiendo de la constatación de que los procesos histórico-políticos, antes que razones jurídicas propiamente, han marcado la pauta para la inclusión de este tipo de derechos como fundamentales en el nivel constitucional.

La recepción de los derechos sociales en América Latina data de inicios del siglo XX, cuando la cuestión social se hizo un lugar en el Estado liberal y su constitución nominal, para transformarlos en un Estado de bienestar de constitucionalismo social. Este proceso fue llevado a cabo por revoluciones como la de México en 1917 y su Constitución de Querétaro, o por las reformas constitucionales parciales o totales, como las constituciones de Uruguay (1917), Perú (1920) y Brasil (1934).

Todo ello de la mano del ascenso del caudillismo reformista que canalizó los procesos sociales desde el Estado, mediante gobiernos surgidos de elecciones democráticas, como el de Yrigoyen en Argentina en 1928 y, posteriormente, el de Perón en 1946 y 1952; el del general Ibáñez en Chile de 1927 a 1931 y de 1952 a 1958; o el de los Battle en Uruguay, el primero, de 1903 a 1907 y de 1911 a 1915, y, el segundo, de 1947 a 1951. Pero, también el populismo se implementó por gobiernos *de facto* como el del general Pérez Jiménez en Venezuela de 1952 a 1958, o

insurreccionales, como la llamada revolución del Movimiento Nacionalista Revolucionario (MNR) en Bolivia de 1952 a 1964.<sup>1</sup>

Desde finales del siglo XX se han producido reformas constitucionales en México y Argentina; también se han promulgado nuevas constituciones mediante procesos constituyentes en Brasil, Chile y Perú; o se han aprobado por referéndum popular constituciones con un nuevo modelo político y económico en Venezuela, Ecuador y Bolivia.<sup>2</sup> En casi todas estas constituciones presidencialistas se han incorporado o profundizado los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), y se han creado tribunales o cortes constitucionales, salas constitucionales, o se han concentrado las competencias constitucionales en las cortes supremas, para tutelar los derechos fundamentales y controlar los excesos del poder.

En ese proceso ha surgido el denominado neoconstitucionalismo andino – básicamente en Venezuela, Ecuador y Bolivia–, como una forma distinta de concebir a la justicia constitucional, caracterizada por la búsqueda de superación del conflicto entre el principio democrático del cual emana la legitimidad de las nuevas asambleas o congresos y el principio de supremacía constitucional, por cuanto la legitimidad de los jueces constitucionales no es suficiente para convertirse en árbitros decisores de las cuestiones centrales en estos países que atraviesan procesos políticos de refundación del Estado.

No obstante se formulan también críticas acerca de que se pueda estar construyendo jurídicamente un modelo de Estado y sociedad andino, pero a la vez medrando los valores y principios de la democracia, sin los cuales el constitucionalismo queda reducido a una fórmula vacía.<sup>3</sup>

Por ello, cabe señalar que, en líneas generales, en América Latina se observan distintas realidades y desafíos a los derechos sociales incorporados en la Constitución y al rol de los jueces en la protección de los DESC en la región. Ello a raíz de la reformulación caudillista de instituciones de la democracia representativa

---

1 Landa, César, *Apuntes para una teoría democrática moderna en América Latina*, Lima, PUCP - Fondo Editorial, 1994, pp. 9 y ss.

2 Negretto, Gabriel, “Paradojas de la reforma constitucional en América Latina”, *Journal of Democracy en Español*, s.f., pp. 38-54. Disponible en <http://www.journalofdemocracyenespanol.cl/pdf/negretto.pdf>; asimismo, Cameron, Maxwell, “Reforma constitucional en América Latina en la actualidad”, *Reflexiones de política democrática*, s.f., pp. 15-35. Disponible en [https://www.arts.ubc.ca/fileadmin/template/main/images/departments/poli\\_sci/Faculty/cameron/maxwell\\_a.\\_cameron.pdf](https://www.arts.ubc.ca/fileadmin/template/main/images/departments/poli_sci/Faculty/cameron/maxwell_a._cameron.pdf).

3 Andrade, Pedro y Olano, Aldo, *Constitucionalismo autoritario: los regímenes contemporáneos en la Región Andina*, Quito, Corporación Editora Nacional - Centro Andino de Estudios Internacionales Universidad Andina Simón Bolívar, 2005, p. 198.

(Venezuela, Bolivia y Ecuador), así como en función de la mayor estabilidad institucional, pero con problemas de transparencia gubernamental y corrupción (Brasil, Argentina, Chile) y, adicionalmente, menor institucionalidad y falta de autonomía frente a los poderes privados (Perú y Colombia).

Estas experiencias están vinculadas con la implementación de modelos políticos y económicos desde un horizonte neoliberal hasta uno alternativo o liberal social, con mayores o menores grados de soberanía nacional, que impactan sobre la Constitución y llegan a colocar los derechos económicos, sociales y culturales en el centro del debate económico, jurídico y político.

No obstante, solo a finales del siglo XX, luego de la caída de las dictaduras militares, y a comienzos del siglo XXI con el restablecimiento de la democracia, América Latina comenzó a dar respuestas a dichos desafíos dentro de procesos constituyentes democráticos. En particular, incorporan a la justicia constitucional para resolver los cuestionamientos sobre la validez y la eficacia de los DESC a través tanto de los procesos de amparo ante la violación de los derechos fundamentales como de la determinación de la constitucionalidad de las normas legales, mediante los procesos de inconstitucionalidad.

Estos procesos constitucionales, por su naturaleza en última instancia jurídica y política, se constituyen en uno de los indicadores de la afirmación o debilitamiento de los derechos sociales propios del Estado social de derecho en América Latina; sobre todo, ante la necesidad de luchar constitucionalmente contra la pobreza y la desigualdad social,<sup>4</sup> antes que las normas legales del Congreso y del Poder Ejecutivo, que precisamente ahora pueden ser materia de control por una sentencia judicial.<sup>5</sup>

### III. LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

El autor ha anotado que el debate jurídico acerca de los DESC se ha desplazado de la definición de su carácter como auténticos derechos fundamentales al problema de su eficacia jurídica y al de su garantía judicial. También ha sugerido que muchos de los detractores de la naturaleza de derechos de los DESC mantienen

---

4 Alexy, Robert, "Derechos sociales fundamentales", en Carbonell, Miguel y otros, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, D. F., IJ - UNAM, 2000, p. 80; asimismo, véase Grandez Castro, Pedro (ed.), *El Derecho frente a la pobreza. Los desafíos éticos del constitucionalismo de los derechos*, Lima, Palestra, 2011, p. 307.

5 Landa, César, "Social Rights in Latin-American Constitutional Jurisprudence", ponencia en la *Main Developments in Constitutionalism and Constitutional Law between 1981 and 2011*, Belgrado, IACL - Serbian Association Constitutional Law, 2012, pp. 2-5.

posiciones políticas asociadas al primer liberalismo; al respecto, señala que “una cosa es que los derechos sociales *per se* no puedan considerarse verdaderos derechos y otra muy distinta es que se estime que no deben serlo”.

Precisamente, una característica que está íntimamente conectada al problema de su garantía judicial es el del supuesto contenido esencialmente prestacional; de ahí la idea de que solo los DESC, y no los derechos civiles y políticos, supondrían importantes desembolsos presupuestales. Al respecto, Casal afirma que las limitaciones socioeconómicas han significado un obstáculo para la plena garantía de los DESC, pues, a causa de ello, diversos autores han sostenido que no se trata realmente de derechos.

Así también, en algunos casos, la garantía judicial de esos derechos implicaría la revisión de políticas públicas definidas por las instancias políticas competentes, lo que genera conflictos entre los jueces y el poder ejecutivo o legislativo. De hecho, por ejemplo, en los sistemas europeos impera la visión según la cual el legislador debe configurar el contenido de las prestaciones, no los jueces.

No obstante estas dificultades, la doctrina ha arribado al consenso sobre lo erróneo de la contraposición entre DESC y derechos civiles y políticos. Ello a partir del reconocimiento de que en ambos casos existen contenidos prestacionales y no prestacionales (obligaciones de hacer y no hacer), quedando reducida la diferenciación inicial a la identificación de ciertos acentos o énfasis en la virtualidad o eficacia jurídica. Se ha dejado atrás, pues, la dicotomía del todo o nada en relación con la justiciabilidad.

Con respecto a lo desarrollado hasta aquí por el profesor Casal, considero oportuno profundizar sobre la labor judicial para la garantía efectiva de los DESC y, específicamente, sobre la progresividad presupuestaria como un rasgo distintivo de estos derechos.

Así, aun cuando la Constitución prevé derechos sociales o económicos que no han sido desarrollados por el legislador, se cuestiona si el juez puede llenar el vacío o la laguna normativos. Al respecto, se ha señalado que el mandato constitucional de los DESC es tan abierto que las demandas concretas de los ciudadanos no pueden ser deducidas vía interpretación legal; por el contrario, están dirigidas a la aplicación inmediata del legislador y subsecuentemente a la administración pública. Sin embargo, dada la fuerza normativa de la Constitución y de todos los derechos que ella tutela, no es posible reducir el mandato de un derecho fundamental a un deber general del Estado de emitir políticas públicas, que no sea pasible de demanda judicial.

En ese sentido, las cortes constitucionales han empezado a dar un impulso sustantivo y procesal a favor de la tutela de los derechos sociales, sobre todo a través de los procesos de amparo y de las acciones de inconstitucionalidad. Se trata

de avances significativos en el camino para afirmar la íntima vinculación entre todos los derechos fundamentales y el principio-derecho de dignidad humana, sin importar la diversa naturaleza de cada derecho, ni si pueden ser garantizados judicialmente de un modo inmediato o no.<sup>6</sup>

En cuanto a la progresividad de los DESC, es de anotar que estos no requieren únicamente una ley que los desarrolle para determinar con mayor precisión las obligaciones correspondientes, sino que también requieren una provisión presupuestaria que asegure su efectividad. Esta afirmación debe ser matizada tomando en cuenta que existen algunos derechos sociales que no necesitan provisiones económicas del Estado (como los derechos laborales o hasta en ciertos casos el derecho a la pensión). No obstante, siguen siendo derechos fundamentales que implican obligaciones del Estado de respetarlos, protegerlos, garantizarlos, promoverlos y repararlos cuando sea necesario.

Ahora bien, en un Estado social y democrático de derecho, existen diversos derechos sociales que contienen una clara naturaleza prestacional, como los casos de la alimentación, salud, educación, vivienda, acceso al agua, entre otros. Entonces, la Constitución establece la obligación de disponer de presupuesto para la satisfacción de los DESC (ya sea a través de una asignación nueva, o un aumento en relación con la suma anterior) de un modo progresivo.

Son los jueces, al resolver casos concretos, los llamados a hacer efectivo el principio de progresividad de los DESC; sin embargo, las decisiones sobre su implicación de modificaciones al presupuesto público se deben basar en una cuidadosa reflexión de los valores constitucionales en juego, y el juez nunca debe asumir un rol demasiado activista que no guarde respeto por las competencias de los otros órganos del Estado.

Así, en coincidencia con Casal, podemos concluir señalando que los jueces pueden obligar a los legisladores a dictar leyes y a la administración pública a asignar el presupuesto público de determinada manera. No en el sentido de la ejecución forzosa directa sino desde la perspectiva de la declaración u orden que un tribunal emita eventualmente para que sea colmada una omisión legislativa, aunada a las consecuencias jurídicas que pueden desencadenarse, si esta obligación no es cumplida.

#### **IV. LAS GARANTÍAS INTERNACIONALES DE LOS DERECHOS SOCIALES**

Jesús Casal sostiene que el rol de los organismos internacionales de derechos humanos ha sido importante en la definición de los derechos económicos, sociales

---

6 *Ibid.*, pp. 9-11.

y culturales, así como en sus alcances y precisiones. En el nivel internacional se ofrecieron pautas para el adecuado perfilamiento de la operatividad jurídica a través de informes o decisiones de estos organismos internacionales.

En relación con la necesaria justiciabilidad de tales derechos o de algunos de sus contenidos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación general núm. 9 al respectivo pacto internacional señala que “varios principios se derivan del deber de dar efectividad al Pacto, por lo que han de respetarse. En primer lugar, los medios elegidos para dar cumplimiento al Pacto tienen que garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo”.

Se confirma pues el camino hacia la relativización de la distinción entre DESC y derechos civiles y políticos, ya que según el Comité, en la misma observación:

En lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto. El Comité ya ha aclarado que considera que muchas de las disposiciones del Pacto pueden aplicarse inmediatamente.

Coincido ampliamente con la opinión del autor respecto del gran aporte que el sistema internacional de protección de los derechos humanos ha hecho en la materia. Uno de esos aportes ha sido el de establecer con meridiana claridad los alcances del principio de progresividad, creando una obligación concreta y flexible para los Estados, que consiste en mejorar las condiciones de ejercicio y goce de estos derechos. Así, el citado Comité ha determinado que “el principio de progresividad no debe ser entendido como una forma de vaciar de contenido la obligación emanada de los derechos. Se trata de un mecanismo flexible que toma en cuenta el mundo real y las dificultades de cada país para realizar efectivamente los DESC”.<sup>7</sup>

Asimismo, el Comité ha aportado en (i) establecer en qué consisten las obligaciones de los Estados partes del Pacto en relación con estos derechos (respetar, proteger y realizar), y (ii) precisar las obligaciones de cumplimiento inmediato derivadas de estos derechos, así como un contenido mínimo.

---

7 *Ibid.*, pp. 12-13.

## V. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO EN LA MATERIA

Una sentencia fundamental en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú en relación con el derecho a la pensión, de la que el profesor Casal hace especial mención, es la recaída en el expediente 0050-2004-AI/TC, del 3 de junio de 2005. Debido a que suscribo la opinión del autor respecto del aporte que ha significado esta sentencia en la jurisprudencia constitucional latinoamericana, me permito desarrollar brevemente lo establecido ahí, al definir el contenido esencial de un derecho social, como el derecho a la pensión, y al haber aplicado el principio de proporcionalidad en su interpretación.

En este caso se cuestionaba la constitucionalidad de la Ley de Reforma Constitucional 28.839 y de la Ley 28.449, que modificaban el régimen pensionario regulado por el Decreto Ley 20.530; en concreto, declaraban cerrado definitivamente el régimen pensionario creado por esa norma. La peculiaridad de ese régimen es que se concibió como un régimen “cerrado”, es decir, a favor de los trabajadores del sector público que ingresaron hasta el 11 de julio de 1962. No obstante, en múltiples oportunidades y por diversas motivaciones, fue reabierto legalmente para permitir el ingreso a trabajadores de otros sectores públicos inicialmente no considerados –como, por ejemplo, diplomáticos, jueces, docentes, entre otros–. La razón por la que se expidieron las normas anteriores tenía que ver con la imposibilidad del Estado de cubrir económicamente las cargas que dicho régimen implicaba; se trataba de un régimen con privilegios irrazonables y totalmente desiguales, que lo hacían insostenible financieramente.<sup>8</sup>

En consecuencia, el Tribunal Constitucional debía pronunciarse esencialmente sobre: a) si la reforma al régimen de pensiones del Decreto Ley 20.530 constituía una violación al derecho a la pensión y, como consecuencia, al derecho de propiedad, y b) si el derecho a la pensión estaba sujeto a límites, y, en caso de ser así, cuáles serían. Para contestar dichas cuestiones, el Tribunal Constitucional precisó cuál era el contenido del derecho a la pensión (Constitución, artículo 11). Lo primero que destacó el Tribunal fue que, a pesar de no encontrarse establecido en el capítulo de derechos fundamentales (sino en un capítulo aparte titulado de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), el derecho a la pensión tenía el carácter de fundamental. En dicho sentido, siguiendo el criterio de proporcionalidad, determinó su contenido esencial constituido por: a) el derecho de acceso a la pensión, b) el derecho a no privar arbitrariamente de pen-

---

8 Landa, César, *Constitución y fuentes del derecho*, Lima, Palestra, 2006, pp. 48-49.

sión a nadie, c) el derecho a un monto mínimo vital. Así, también especificó, de un lado, el contenido accidental del derecho y, del otro, su contenido adicional.<sup>9</sup>

Asimismo, estableció como límites del derecho a la pensión valores superiores como la justicia, la igualdad y la solidaridad. Para ello sostuvo que el Decreto Ley 20.530 había ampliado sin razón alguna las diferencias entre los montos de las pensiones dentro de este régimen, convirtiendo a cada pensionista “en base a la regla de la justicia conmutativa, en una célula aislada del sistema y dependiente de una condición externa, harto ventajosa para él, pero inequitativa para el resto: la remuneración del trabajador activo en el puesto en el que cesó el pensionista”.<sup>10</sup>

Sobre esto, el Tribunal señaló en esa oportunidad, en términos de justicia distributiva, que:

[...] no se puede negar que es también un deber del Estado social y democrático de derecho promover en los colectivos sociales la igualdad individual entre sus miembros. Es que la Constitución no sólo reconoce a la igualdad en sentido formal, sino también material; motivo por el cual la reforma constitucional parte de reconocer que la igualdad material se identifica con asuntos pensionarios; es decir, con una justa distribución de los bienes sociales y materiales y, sobre todo, con la posibilidad de contar con las mismas oportunidades para conseguirlos. De ahí que sea una exigencia del Estado social y democrático de derecho corregir las desigualdades pensionarias hasta propiciar la igualdad objetiva y proporcional. Por ello, es constitucionalmente legítimo que el Estado, a través de medidas de igualación positiva, propenda a la igualdad material entre las personas.<sup>11</sup>

De lo expuesto en esta parte cabe derivar que los derechos sociales –al igual que los derechos fundamentales– pueden ser también objeto de limitaciones; claro está que cualquier intento legislativo que los pretenda limitar debe ser razonable, racional y proporcional, si es que se quiere otorgar legitimidad constitucional a dichos límites. Esto es, precisamente, lo que evaluó el Tribunal Constitucional del Perú, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la reforma del sistema de pensiones regulados por el Decreto Ley 20.530.

---

9 Landa, César, “Right to Social Security in Constitutional Peruvian Case-law”, *Proceedings of the International Association of Constitutional Law Roundtable Symposium (Xi’an): “Social Rights and Legal Protection of the Macao SAR” (Macao Section)*, Macao, 2011, pp. 109-111.

10 Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 0050-2004-AI/TC y otros (FJ 64).

11 *Ibid.* (FJ 68).



## VI. PALABRAS FINALES

Desde comienzos del siglo XX, el bienestar y la dignidad humana se han constitucionalizado progresivamente, a través de los derechos sociales, inicialmente como derechos programáticos o intereses legítimos sin eficacia directa o exigibilidad judicial ante el vacío o deficiencia de la ley.<sup>12</sup> Pero, desde finales del siglo XX, la justicia constitucional en América Latina ha tenido que tomar posición progresivamente a partir de las demandas en los procesos de amparo e inconstitucionalidad de las leyes, sobre la naturaleza, alcances, métodos y principios que protegen los derechos sociales, económicos y culturales.

Si todos los derechos sociales se fundamentan en la dignidad humana y el derecho al bienestar, no obstante su diversa naturaleza, se pueden hacer exigibles judicialmente de forma inmediata o mediata en relación con su contenido. En este escenario, la labor del juez se ha convertido de vital importancia para argumentar razonable y proporcionalmente la plena vigencia de los derechos sociales reconocidos por la Constitución.

Como bien advierte Casal, las limitaciones socioeconómicas han significado con frecuencia un obstáculo para la plena garantía de los derechos sociales, y los legisladores, a través de las leyes, deben cumplir una óptima labor de asignación del presupuesto que permita la satisfacción de estos derechos, respetando la Constitución. Sin embargo, hay que recordar que ello no puede servir de pretexto para la inacción judicial, sobre todo en tiempos en que varios países de América Latina atraviesan períodos de crecimiento económico sostenido. Las obligaciones constitucionales derivadas de los DESC deben fortalecerse en consonancia con estos nuevos tiempos; ahí es cuando, precisamente, los jueces constitucionales deben hacer uso de su mejor capacidad de argumentación jurídica para la vigencia efectiva de la Constitución.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, "Derechos sociales fundamentales", en CARBONELL, Miguel, y otros, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, IJ - UNAM, 2000.
- ANDRADE, Pedro y OLANO, Aldo, *Constitucionalismo autoritario: los regímenes contemporáneos en la región Andina*, Quito, Corporación Editora Nacional - Centro Andino de Estudios Internacionales, Universidad Andina Simón Bolívar, 2005.

---

12 Kresalja, Baldo, *Derecho al bienestar y ética para el desarrollo*, Lima, Palestra, 2008, pp. 13-50.

- CAMERON, Maxwell, "Reforma constitucional en América Latina en la actualidad", *Reflexiones de política democrática*, s.f., pp. 15-35. Disponible en: [https://www.arts.ubc.ca/fileadmin/template/main/images/departments/poli\\_sci/Faculty/cameron/maxwell\\_a.\\_cameron.pdf](https://www.arts.ubc.ca/fileadmin/template/main/images/departments/poli_sci/Faculty/cameron/maxwell_a._cameron.pdf).
- GRANDEZ CASTRO, Pedro (ed.), *El derecho frente a la pobreza. Los desafíos éticos del constitucionalismo de los derechos*, Lima, Palestra, 2011.
- KRESALJA, Baldo, *Derecho al bienestar y ética para el desarrollo*, Lima, Palestra, 2008.
- LANDA, César, *Apuntes para una teoría democrática moderna en América Latina*, Lima, PUCP - Fondo Editorial, 1994.
- LANDA, César, *Constitución y fuentes del derecho*, Lima, Palestra, 2006.
- LANDA, César, "Right to Social Security in Constitutional Peruvian Case-law", *Proceedings of the International Association of Constitutional Law Roundtable Symposium (Xi'an): "Social Rights and Legal Protection of the Macao SAR" (Macao Section)*, Macao, 2011.
- LANDA, César, "Social Rights in Latin American Constitutional Jurisprudence", ponencia en la *Main Developments in Constitutionalism and Constitutional Law between 1981 and 2011*, Belgrado, IACL - Serbian Association Constitutional Law, 2012.
- NEGRETTO, Gabriel, "Paradojas de la reforma constitucional en América Latina", *Journal of Democracy en Español*, s.f., pp. 38-54. Disponible en: <http://www.journalofdemocracyenespanol.cl/pdf/negretto.pdf>.

# Un intento de aporte, fundamentalmente en clave de derecho internacional de los derechos humanos, al documento de Casal sobre “La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión”

Víctor Bazán\*

## I. INTRODUCCIÓN

El trabajo elaborado por Jesús María Casal indudablemente es serio y está bien sustentado, razón por la cual no merece sino una congratulación de nuestra parte. Además, es también positivo que para su configuración final, tal como se presenta en esta obra, haya recogido algunos comentarios orales que los participantes del V Encuentro del Grupo de Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales (celebrado en Antigua, Guatemala) le formuláramos en ocasión de discutir su ensayo primigenio.

Dado que tanto el documento central del citado autor como los comentarios de César Landa a su respecto focalizan principalmente la protección de los derechos sociales en los ámbitos internos, hemos preferido realizar un aporte distinto, que –sin abandonar del todo la perspectiva desde los planos vernáculos– explore el nivel de protección de los derechos sociales o derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en el marco de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y algunos desafíos que este órgano jurisdiccional afronta al respecto. Y ello por la creciente interrelación del derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos y la clara necesidad de incrementar

---

\* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Mendoza (Argentina); posgraduado en Constitucionalismo y Democracia, Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo, España), y en Justicia Constitucional y Protección de los Derechos Fundamentales, Departamento de Jurisprudencia, Universidad de Pisa (Italia). Miembro del Grupo de Estudios Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer. Profesor titular (catedrático) de las siguientes asignaturas: Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Derecho Procesal Constitucional y Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina); y profesor de posgrado, Universidad de Buenos Aires (UBA) y de otras universidades argentinas y del exterior.

un diálogo jurisprudencial crítico entre las instancias jurisdiccionales domésticas y la provista por el tribunal interamericano.

## II. SUCINTA PRESENTACIÓN DEL RECORRIDO QUE PROPONEMOS

Precedido por la introducción que efectuáramos y sucedido por las observaciones finales que brindaremos, el núcleo del trabajo presenta dos bloques: uno, referido a ciertas consideraciones en torno a la exigibilidad y la justiciabilidad de los DESC, algunas aproximaciones críticas en torno a la división de los derechos humanos en generaciones e, *inter alia*, unas breves reflexiones sobre la progresividad y la prohibición de regresividad injustificada de tales derechos; y el restante, con enfoque directo en la jurisprudencia de la Corte IDH respecto de la materia y algunos retos que –creemos– tiene el tribunal interamericano en el sensible campo de protección de los DESC.<sup>1</sup>

## III. PRIMER BLOQUE TEMÁTICO: TOMANDO EN SERIO A LOS DERECHOS SOCIALES

### 1. Los DESC como verdaderos derechos

Coincidiendo con Casal, nos permitimos subrayar que *los derechos económicos, sociales y culturales no son menos derechos que los civiles y políticos*. Por supuesto, no han faltado voces que catalogan a los primeros como derechos incompletos o simplemente expectativas, promesas o postulados líricos sin anclaje jurídicamente coactivo. Por ende, la necesidad de *corregir su presunta imperfección* representa todo un desafío para la imaginación de los juristas, tanto al formular planteos a su respecto como al ser estos resueltos por los órganos públicos competentes.

---

1 Algunos de los temas que se referirán aquí fueron analizados por Bazán, Víctor, por ejemplo, en: “Vías de maximización protectora de los derechos económicos, sociales y culturales”, *La Ley*, T° 2007-D, Buenos Aires, 2007, pp. 1135-1149; “La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Bazán, Víctor (dir.), *La judicialización de los derechos humanos*, Lima, Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección Derechos Humanos) - Ediciones Legales, 2009, pp. 257-300; y más recientemente en “Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en el libro de Bazán, Víctor y Jimena Quesada, Luis, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, Astrea, 2014, pp. 1-167.

Debe recordarse que la Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la IIª Conferencia Mundial de Derechos Humanos<sup>2</sup> (Viena, 25 de junio de 1993), que potenciaran los caracteres de universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, establecen que “debe hacerse un esfuerzo concertado para garantizar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel social, regional e internacional”.<sup>3</sup> Es también imprescindible tener en cuenta que la canalización jurisdiccional de los DESC es la consecuencia de que existan derechos genuinos y no meras expectativas de derechos, promesas o esperanzas.

Incluso desde un prisma *minimalista*, no podría desconocerse que los derechos sociales *presentan al menos alguna veta de justiciabilidad*, que debe ser resguardada para evitar que se diluya el núcleo esencial del derecho en cuestión, punto este que se perfila como un peculiar desafío para el Estado constitucional y convencional y para un bien entendido activismo judicial.

En línea con lo anticipado, se ubica la Observación general núm. 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) –en adelante, también, Comité de DESC–, referida a “la aplicación interna del Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales]”, de 3 de diciembre de 1998. En ella se ha subrayado que la adopción de una clasificación rígida de los DESC, que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería arbitraria e incompatible con el principio de que los dos “grupos” de derechos [refiriéndose a los DESC y a los civiles y políticos] son indivisibles e interdependientes, al tiempo que “reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”.<sup>4</sup>

Para ponderar la importancia de los criterios sentados por tal Comité, debe tenerse presente que este es el *órgano de supervisión del cumplimiento de las obligaciones estatales asumidas a la luz del Pacto Internacional de Derechos*

---

2 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Declaración y Programa de Acción de Viena, 20 años trabajando por tus derechos*, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 1993, A/CONF.157/24, parte I, capítulo III.

3 *Ibid.*, parte II, párrafo 98. Vale mencionar, además, lo que embrionariamente se planteara en la Resolución 421 (V), de 4 de diciembre de 1950, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) como aproximación a lo que hoy se denomina indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. La citada Resolución se refería al por entonces “Proyecto de Pacto Internacional de Derechos del Hombre y medidas de aplicación: labor futura de la Comisión de Derechos del Hombre”.

4 Nos referimos a lo sostenido en el apartado 10 *in fine* de tal Observación general, bajo el epígrafe de Justiciabilidad.

*Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)*, instrumento internacional que no instituyó un nuevo ente específico de control, sino que asignó al Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU el examen de los informes periódicos de los Estados partes y que, frente a las dificultades para aplicar los mecanismos de vigilancia del cumplimiento de los compromisos emergentes del Pacto por aquellos, el ECOSOC procedió a crear el Comité por medio de la Resolución 1.985/17, de 28 de mayo de 1985.

Acerca del papel que ha jugado tal Comité, Craven advierte que el desarrollo del PIDESC como un efectivo tratado sobre derechos humanos se inició esencialmente con la creación de aquel,<sup>5</sup> que se reunió por primera vez en 1987. Respecto de la protección de los DESC en el ámbito universal, debe resaltarse que uno de sus puntos débiles ha radicado en la imposibilidad de presentar *comunicaciones individuales* ante el Comité de DESC de la ONU. Sin embargo, ello ha tenido comienzo de solución (al menos en su prefiguración normativa) con la adopción del Protocolo Adicional al PIDESC, que adquirió vigencia tres meses después de la fecha de depósito del décimo instrumento de ratificación o adhesión en la Secretaría General de la ONU. Esto ocurrió el 5 de mayo de 2013, tomando como base la décima ratificación exigida, correspondiente a Uruguay, que la plasmó el 3 de febrero de ese año.

## 2. La inapropiada escisión de los derechos humanos en generaciones

El título que encabeza estas líneas desnuda nuestra visión sobre la difundida expresión “generaciones de derechos humanos”, que –entendemos– ha contribuido a alimentar una artificial brecha entre los derechos civiles y políticos y los DESC. No es casual que prestigiosa doctrina se haya referido a la cuestión como la “fantasía de las generaciones de derechos”.<sup>6</sup>

De hecho, Cançado Trindade subraya que mientras en relación con los seres humanos se produce una *sucesión generacional*, en el ámbito de los derechos se desarrolla un *proceso de acumulación*, de lo que extrae que *los seres humanos se suceden*, al tiempo que *los derechos se acumulan y se sedimentan*.<sup>7</sup> Y agrega que desde el prisma de la evolución del derecho internacional en este campo, la analogía de la “sucesión generacional” de los derechos no pareciera correcta en

5 Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, Clarendon Paperbacks, 1998, p. 352.

6 Así la denomina Cançado Trindade, Antônio A., “Derechos de solidaridad”, en Cerdas Cruz, Rodolfo y Nieto Loayza, Rafael (comps.), *Estudios básicos de derechos humanos*, vol. I, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 1994, p. 64.

7 *Ibid.*, pp. 64-65.

términos históricos, puesto que los progresos logrados en este sentido dentro de los derechos interno e internacional no acaecieron *pari passu*, porque si bien en el derecho interno el reconocimiento de los derechos sociales en muchos países fue posterior al de los derechos civiles y políticos, no sucedió de la misma manera en la dimensión internacional. Esto último queda acreditado con las diferentes convenciones laborales internacionales (a partir del establecimiento de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, en 1919), algunas de las cuales precedieron a la adopción de convenciones internacionales más recientes dedicadas a los derechos civiles y políticos.<sup>8</sup>

A su tiempo, Rabossi<sup>9</sup> critica la tesis de las “generaciones de derechos humanos”, identificando como una de sus consecuencias más dañinas el hecho de que implica y/o brinda un argumento a quienes predicán que entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales existe una diferencia categorial de fondo, una distinción esencial. Pero, en realidad –advierte–, nada hay en el carácter de los derechos humanos que determine que las obligaciones de los Estados de respetar los derechos humanos sean distintas, ya que las diferencias entre unos y otros derechos emanan de un planteo ideológico que muchos teóricos han sabido aprovechar para tratar de mostrar que la diferencia establecida en la legislación positiva refleja una distinción conceptual profunda, que el autor que aquí seguimos resume afirmando que *solo los derechos civiles y políticos son verdaderamente derechos y los DESC son, en el mejor de los casos, programáticos*.

Para controvertir esta posición, Rabossi enfatiza que la tesis que impugna “está basada en una metáfora poco feliz, que propone una lectura inadecuada de la historia, que no conecta con éxito el plano interno con el internacional, que propone una diferencia categorial de los derechos humanos que además de ser falsa fortalece la posición de quienes niegan la viabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales [...]”.<sup>10</sup>

Convergentemente, Pinto subraya que son múltiples las objeciones que encuentra a tal tesis y, entre otros cuestionamientos, pone de manifiesto que la elección de la variable en que se sustenta es “caprichosa”, al tiempo de argumentar que la consistente doctrina de la universalidad, la interdependencia y la indi-

---

8 Cançado Trindade, Antônio A., *Medio ambiente y desarrollo: formulación e implementación del derecho al desarrollo como un derecho humano*, Serie Para ONG, núm. 8, San José de Costa Rica, IIDH, 1993, pp. 42-43.

9 Rabossi, Eduardo, “Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el *cliché*”, *Lecciones y Ensayos*, núms. 69-70-71, 1997-1998, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, AbeledoPerrot, pp. 49-50.

10 *Ibid.*, p. 51.

visibilidad de los derechos humanos se ve muy “contrariada” con la doctrina de las generaciones de derechos.<sup>11</sup>

Por nuestra parte, entendemos que, cuando menos, el uso de la expresión “generaciones de derechos humanos”, o de otras de similar calibre, no puede ni debe afectar la unidad conceptual de ellos puesto que imbrican en la dignidad humana que, obvio es decirlo, es solo una también.

Esa percepción late con fuerza en los preámbulos del PIDESC y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en los que claramente se reconoce que los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana se desprenden o derivan *de la dignidad inherente a la persona humana* (respectivos párrafos 2º de las partes preambulares de ambos instrumentos).

En suma, es razonable concluir que el constructo “generaciones de derechos humanos” no puede continuar siendo admitido inercial y acríticamente, sino que merece ser reestudiado, comprobando si, en definitiva, es léxica, histórica y jurídicamente correcto o simplemente una creación arbitraria.<sup>12</sup>

### 3. En torno a los principios de progresividad y no regresividad de los DESC

3.1. En tanto útil para enlazarlo argumentalmente con el asunto que anuncia este epígrafe, retomaremos solo por un instante el tema de la (impropia) utilización de la expresión “generaciones de derechos humanos”. Al respecto, vale expresar que la universalidad, la interdependencia y, principalmente, la indivisibilidad, la irreversibilidad y la naturaleza complementaria de los derechos llevan a dudar de la sustentabilidad semántica de aquella expresión.

Tampoco debería soslayarse que, bajo el pretexto de una escisión generacional de los derechos humanos, se han justificado y tolerado graves incumplimientos estatales en el espacio de los derechos económicos, sociales y culturales, escudándose en su mentada *progresividad* y la falta de disponibilidad de medios tangibles para operativizarlos, cuando sabido es que el cumplimiento o la observancia de ciertos derechos humanos –civiles y políticos– no legitima la denegación de otros –económicos, sociales y culturales– (véase, v. gr., la Declaración de la ONU sobre el derecho al desarrollo, de 1986), *pues la pauta de indivisibilidad justamente proscribde de manera taxativa que el logro de mejoras en uno de los derechos humanos sea a expensas de otro u otros.*

---

11 Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, pp. 56-57.

12 Rabossi, Eduardo, *op. cit.*, pp. 41 y ss., *passim*.



**3.2.** En las denominadas *Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el Protocolo de San Salvador*<sup>13</sup> –protocolo este que es adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) específicamente en materia de derechos económicos, sociales y culturales–, se expresa que tal presentación se regirá por el principio de progresividad y por un sistema de indicadores de progreso (artículo 5 del Anexo),<sup>14</sup> definiendo el principio de progresividad como *el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural* (Norma 5.1).

En el numeral 2 de tal Norma, se añade:

[U]n sistema de indicadores de progreso permite establecer, con un grado razonable de objetividad, las distancias entre la situación en la realidad y el estándar o meta deseada. El progreso en derechos económicos, sociales y culturales se puede medir a partir de considerar que el Protocolo de San Salvador expresa un parámetro frente al cual se puede comparar, de una parte, la recepción constitucional, el desarrollo legal e institucional y las prácticas de gobierno de los Estados; y de otra parte, el nivel de satisfacción de las aspiraciones de los diversos sectores de la sociedad expresadas, entre otras, a través de los partidos políticos y de las organizaciones de la sociedad civil.

**3.3.** Cabe advertir que dichas Normas no señalan detalladamente los criterios en los que se debe basar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) para proponer el modelo de indicadores de progreso, sino que –como se vio en el párrafo anterior– solo expresan que el sistema de indicadores de progreso debe permitir “establecer, con un grado razonable de objetividad, las distancias entre la situación en la realidad y el estándar o meta deseada” (Norma 5.2).

En vista de tal situación, la Comisión IDH aprobó en su 132º período ordinario de sesiones los *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*.<sup>15</sup>

En el citado documento, que constituye un valioso material orientativo para los Estados partes del Protocolo y también –*inter alia*– para los operadores jurídicos y las ONG, a modo de punto de partida se advierte en su parte I [Obser-

13 Aprobadas en la cuarta sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 7 de junio de 2005, AG/RES. 2074 (XXXV-O/05).

14 Bajo el título de *Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador*.

15 OEA/Ser.L/V/II.132, Doc. 14, 19 de julio de 2008.

vaciones generales sobre el sistema de informes del artículo 19 del Protocolo de San Salvador] (numeral 4) que “el procedimiento de supervisión del Protocolo no apunta a examinar la calidad de las políticas públicas de los Estados, sino a fiscalizar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones jurídicas que fija el Protocolo. Este establece una amplia gama de obligaciones, tanto positivas como negativas, tanto inmediatas como progresivas [...]”.

Ya en el numeral 6 de la misma parte puede leerse:

*En virtud de la obligación de progresividad, en principio le está vedado al Estado adoptar políticas, medidas, y sancionar normas jurídicas, que sin una justificación adecuada, empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el Protocolo o bien con posterioridad a cada avance “progresivo”. Dado que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes, sin una justificación suficiente. De esta forma, una primera instancia de evaluación de la progresividad en la implementación de los derechos sociales, consiste en comparar la extensión de la titularidad y del contenido de los derechos y de sus garantías concedidas a través de nuevas medidas normativas con la situación de reconocimiento, extensión y alcance previos. Tal como fue señalado, la precarización y empeoramiento de esos factores, sin debida justificación por parte del Estado, supondrá una regresión no autorizada por el Protocolo. La obligación de no regresividad se constituye, entonces, en uno de los parámetros de juicio de las medidas adoptadas por el Estado. (énfasis añadido)*

Vale traer a colación, entre otros puntos, que la propuesta metodológica contiene indicadores cuantitativos y señales de progreso cualitativas (parte III: Una propuesta metodológica para el sistema de monitoreo, numerales 28 a 33). Así, se definen y describen tres tipos de indicadores<sup>16</sup> y señales: i) *estructurales*, que buscan medir qué medidas dispone el Estado para implementar los derechos del Protocolo; ii) *de procesos*, que persiguen medir la calidad y magnitud de los esfuerzos del Estado para implementar los derechos; y iii) *de resultados*, que intentan medir el impacto real de las estrategias, programas e intervenciones del Estado.

---

16 Al respecto, la Comisión IDH toma como base el *Informe sobre indicadores para vigilar el cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos*, aprobado por los presidentes de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos en el sistema de la ONU (UN Doc. HRI/MC/2006/7, de 11 de mayo de 2006).

Paralelamente, se enuncian tres niveles o categorías analíticas para ordenar la información relevante (id. parte, numerales 34 a 43): *i) recepción del derecho* en el sistema legal, en el aparato institucional y en las políticas públicas; *ii) capacidades estatales*, categoría que describe un aspecto técnico instrumental y de distribución de recursos de poder en el aparato estatal, lo que implica revisar de qué manera y bajo qué parámetros el Estado (y sus diversos poderes y reparaciones) resuelven el conjunto de cuestiones socialmente problematizadas; *iii) contexto financiero básico y los compromisos presupuestarios*: aquel alude a la disponibilidad efectiva de recursos del Estado para ejecutar el gasto público social, y de qué manera se distribuye, ya sea medido de la manera usual (porcentaje del producto interno bruto para cada sector social) o por algún otro mecanismo, mientras que los *compromisos presupuestarios* permiten evaluar la importancia que el propio Estado le está asignando al derecho en cuestión, y además actúa en forma complementaria a la medición de capacidades estatales.

3.4. Tomando tales insumos como plataforma de lanzamiento y pensando a la democracia como un modelo de inclusiones y no de exclusiones, además de que indudablemente los derechos económicos, sociales y culturales hacen parte primordial del cuerpo básico internacional de los derechos humanos,<sup>17</sup> debe superarse la idea (aún reinante en algunos sitios, aunque no siempre verbalizada) en cuanto a que tal *progresividad es solo simbólica*, debiendo darse paso a una *progresividad efectiva y real* de los DESC.

Semejante premisa debe conjugarse con la obligación de *no regresividad* injustificada de los Estados en este campo, la que desde el punto de vista conceptual –como se ha precisado– constituye una limitación que los instrumentos de derechos humanos y eventualmente la Constitución imponen sobre los poderes legislativo y ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los DESC, vedándoles la posibilidad de adoptar reglamentaciones que deroguen o reduzcan el nivel de tales derechos que goza la población.<sup>18</sup>

---

17 Así ha sido inequívocamente determinado por los Principios de Limburgo sobre la aplicación del PIDESC, que fueron aprobados por un grupo de expertos en derecho internacional, reunidos del 2 al 6 de junio de 1986 en Maastricht, y convocados al efecto por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburg (Maastricht) y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Universidad de Cincinnati (Ohio). El propósito de la reunión fue analizar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados partes conforme a dicho Pacto; la consideración por parte del –por entonces– recientemente constituido Comité de DESC, los informes presentados por los Estados partes; y la cooperación internacional bajo la Parte IV del Pacto.

18 Courtis, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regre-*

Respecto del tema, se ha puntualizado que en tiempos de crisis, los Estados no poseen un derecho irrestricto a deshacer los logros alcanzados en el área social, sino que, por el contrario, tienen “el deber de seguir progresando o al menos de mantener lo alcanzado, salvo que les sea materialmente imposible. *La carga de la prueba de esa imposibilidad recae en el Estado que realiza o permite regresiones deliberadas en la satisfacción de los derechos sociales; y en ningún caso justifica recortes sobre los contenidos esenciales de estos derechos*”<sup>19</sup> (énfasis agregado).

El tópico conecta entonces con la tesis del *contenido esencial de los derechos fundamentales* (*Wesensgehalt*, según la terminología alemana) y con el principio de razonabilidad, cuya forma de ser percibido ha mudado, pasando –en palabras de Zagrebelsky– de *requisito subjetivo del jurista a requisito objetivo del derecho*.<sup>20</sup>

Y es precisamente con el telón de fondo descrito que los jueces ordinarios y/o constitucionales en el ámbito interno de los Estados deben asumir un rol *equilibradamente activista* para no invadir de modo imprudente esferas de atribuciones propias de otros poderes del Estado, pero tampoco consentir que aquella progresividad sea leída por las autoridades gubernamentales –mediante un prisma de inacción deferente– como *latencia o inocuidad ‘sine die’ de las normas consagradoras de los DESC*.

#### IV. SEGUNDO NUDO TEMÁTICO: REPASO DE ALGUNOS PRECEDENTES QUE MUESTRA LA PRAXIS DE LA CORTE IDH

##### 1. Prolegómeno

El tribunal interamericano ha realizado algunos análisis interesantes sobre los DESC al amparo de la CADH y, aunque con mayor frecuencia se ha concentrado en derechos vinculados con la tutela de la vida, la integridad, la libertad y el acceso a la justicia, también ha examinado derechos de otro tenor (libertad de pensamiento y religión) e incluso ha incursionado en ámbitos donde entran en

---

*sividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, CEDAL - CELS, Editores del Puerto, 2006, p. 17.

19 Saura Estapà, Jaume, “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)”, *El tiempo de los derechos*, núm. 2, 2011, p. 14. Disponible en: [http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/saura\\_exigibilidad\\_DESC.pdf](http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/saura_exigibilidad_DESC.pdf).

20 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3ª ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1999, p. 147.

juego derechos de contenido económico, social o cultural o bien proyecciones de tal carácter en controversias sobre derechos civiles y políticos.<sup>21</sup>

De cualquier modo, y como tendremos oportunidad de mostrar más adelante, debe advertirse que si bien ha existido un avance en la materia, por ejemplo lo resuelto en el Caso Acevedo Buendía vs. Perú, algunos fallos recientes (fundamentalmente los casos Furlan y Familiares vs. Argentina y Suárez Peralta vs. Ecuador) parecieran empañar las esperanzas de consolidación que se aguardaba en torno a los importantes aspectos positivos exhibidos en la citada sentencia recaída en el Caso Acevedo Buendía vs. Perú.

## 2. Panorama referencial de asuntos vinculados directa o indirectamente a los DESC

### 2.1. Casos Villagrán Morales y otros, y Baena, Ricardo y otros

El tribunal ha interpretado ciertos derechos civiles y políticos en “clave social”<sup>22</sup> o utilizando derechos “conectores” o “puentes” entre los civiles y políticos y los DESC. Por ejemplo, en el aludido Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala<sup>23</sup> (fondo), donde coloca al lado del derecho a la vida, estricta o tradicionalmente, *un derecho que se relaciona con la calidad de la vida*<sup>24</sup> y, al aludir al artículo 19 de la CADH, justamente activa uno de los trascendentes “conectores” entre la mencionada Convención y el Protocolo de San Salvador o, como afirma García Ramírez, entre los derechos civiles y los derechos sociales, ejemplo de la proximidad e incluso identidad entre ellos.<sup>25</sup>

En Baena, Ricardo y otros (270 trabajadores) vs. Panamá<sup>26</sup> (fondo), de 2 de febrero de 2001, enfocó la libertad de asociación en relación con la libertad sindical, para lo cual invocó consideraciones atinentes a los instrumentos de la OIT y de resoluciones emanadas de ella, poniendo de manifiesto la correspondencia

---

21 Cf. García Ramírez, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Cuestiones constitucionales*, núm. 9, julio-diciembre de 2003, p. 150.

22 Cf. Urquilla Bonilla, Carlos R., “Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núms. 30-31, edición especial: Fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, 2001, p. 277.

23 Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Fondo, Serie C, núm. 63.

24 García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, p. 151.

25 *Idem*.

26 Corte IDH, Serie C, núm. 72.

normativa entre los artículos 16, incisos 2° y 3°, de la CADH y 8.3. del Protocolo de San Salvador.

## 2.2. Casos relativos a comunidades indígenas

En otro precedente, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua<sup>27</sup> (cuya sentencia fue emitida el 31 de agosto de 2001), la Corte ensayó diversas apreciaciones en torno al derecho indígena,<sup>28</sup> por ejemplo, la vinculada con la relación entre el indígena y el territorio de su influencia o asentamiento. Avanza así el tribunal en determinadas consideraciones sobre la cuestión de la propiedad, ya abordada en otros asuntos desde la óptica clásica, mas haciéndolo aquí a partir de la perspectiva social: *la propiedad comunal, vista a través del derecho al uso y el goce de bienes, rasgos de la propiedad que consagra el artículo 21 de la CADH.*<sup>29</sup>

Otro tanto ocurrió en los casos Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay,<sup>30</sup> sentencia de 17 de junio de 2005, y Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay,<sup>31</sup> sentencia de 29 de marzo de 2006. En ellos, la Corte remarcó que para garantizar en condiciones de igualdad el pleno ejercicio y goce de los derechos de los miembros de una comunidad indígena y que están sujetos a su jurisdicción, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados *deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural*. Razonamiento idéntico al que el propio tribunal interamericano realizó en dichos casos para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión IDH y los representantes imputaban al Estado, al no haber garantizado el derecho de *propiedad ancestral* de aquellas comunidades indígenas, ya que desde 1993 (para la Yakye Axa) y 1991 (acerca de la Sawhoyamaya) se encontraban en tramitación las respectivas solicitudes de reivindicación territorial, sin que hubieran sido resueltas satisfactoriamente. Todo ello significaba, en la percepción de los reclamantes, la imposibilidad de las comunidades y sus miembros de acceder a la propiedad y la posesión de sus terri-

27 Corte IDH, Serie C, núm. 79.

28 Sobre la temática indígena, véase Bazán, Víctor, por ejemplo en “Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina: diversos aspectos de la cuestión. Sus proyecciones en los ámbitos interno e internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre de 2003, pp. 759-838.

29 García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, p. 153.

30 Corte IDH, Serie C, núm. 125.

31 Corte IDH, Serie C, núm. 146.

torios e implicaba mantenerlos en un estado de vulnerabilidad alimentaria, médica y sanitaria, que amenazaba en forma continua su supervivencia e integridad.

### 2.3. Caso Cinco Pensionistas vs. Perú

No puede omitirse siquiera una somera alusión al Caso Cinco Pensionistas vs. Perú<sup>32</sup> (fondo), de 28 de febrero de 2003, ocasión en que la Corte ingresó en *algunas de las proyecciones económicas y sociales del derecho a la vida*, al entender disminuida la “calidad de vida” de los pensionistas, en tanto les fueron reducidas sustancial y arbitrariamente sus pensiones y se incumplieron las sentencias judiciales emitidas a su favor, motivos que llevaron al tribunal interamericano a estimar la viabilidad de la reparación del daño inmaterial que se les había ocasionado.

Al margen de ello, no puede soslayarse que dedicó un breve espacio a interpretar el artículo 26 de la CADH, reenviando en cuanto a lo que debe entenderse por “desarrollo progresivo” de los DESC a lo determinado por el Comité específico de la ONU en su Observación general núm. 3 [“La índole de las obligaciones de los Estados partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”], de 14 de diciembre de 1990, de lo que se sigue que la Corte concibe al artículo 26 de la CADH como consagradorio de verdaderas obligaciones jurídicas para los Estados.<sup>33</sup>

---

32 Corte IDH, Serie C, núm. 98.

33 Nótese que la aludida Observación general núm. 3, en su punto 1, expresa: “El artículo 2 [del PIDESC] resulta especialmente importante para tener una comprensión cabal del Pacto y debe concebirse en una relación dinámica con todas las demás disposiciones del Pacto. En él se describe la índole de *las obligaciones jurídicas generales contraídas por los Estados partes en el Pacto. Estas obligaciones incluyen tanto lo que cabe denominar* (siguiendo la pauta establecida por la Comisión de Derecho Internacional) *obligaciones de comportamiento como obligaciones de resultado*” (énfasis añadido).

La expresa remisión que formuló la Corte Interamericana a la aludida Observación general se dirigió a su punto 9, en el que puede leerse: “La *principal obligación de resultado* que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’. La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo. [...] *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo*. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse

Sin embargo, con específica referencia al caso que resolvía, no puede disimularse que empleó una fórmula oscura y difusa al indicar que aquel desarrollo progresivo “*se debe medir 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*” (párrafo 147), aun cuando al abrir este mismo segmento de la sentencia había afirmado contundentemente que “[l]os derechos económicos, sociales y culturales tienen una *dimensión tanto individual como colectiva*” (énfasis añadido).

Cabría, por tanto, inteligir que el criterio exegético del tribunal en torno al artículo 26 de la CADH circunscribe la operabilidad de la norma al caso de que exista una *situación general prevaleciente*, conclusión hermenéutica que, al tiempo de ser reduccionista, aparece desprovista de sustento frente a la configuración léxico-jurídica de dicho precepto convencional y la propia competencia de la Corte que le permite entender en casos de vulneración de derechos humanos de personas determinadas, sin que la cantidad de víctimas constituya un recaudo exigido para viabilizar tal intervención jurisdiccional.

Precisamente este último punto fue expuesto con claridad en el voto razonado del juez Carlos Vicente de Roux Rengifo, quien si bien compartió la decisión de la Corte de abstenerse de declarar violado el artículo 26 de la CADH, lo hizo por razones distintas de las planteadas por esta. Así, aunque compartió la referencia en punto a que es pertinente considerar el hecho de que las cinco víctimas de este caso no son representativas del panorama que conforman los pensionistas del Perú,

el razonamiento según el cual solo sería procedente someter al test del artículo 26 las actuaciones de los Estados que afectan al conjunto de la población, *no parece tener asidero en la Convención, entre otras razones porque la Corte Interamericana no puede ejercer -a diferencia de lo que ocurre con la Comisión- una*

---

a la luz del objetivo general, en realidad *la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Éste impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga*” (énfasis añadido).



*labor de monitoreo general sobre la situación de los derechos humanos, ya sean los civiles y políticos, ya sean los económicos, sociales y culturales. El Tribunal solo puede actuar frente a casos de violación de derechos humanos de personas determinadas, sin que la Convención exija [que] estas tengan que alcanzar determinado número. (énfasis añadido)*

#### 2.4. Caso *Huilca Tecse vs. Perú*<sup>34</sup>

En este asunto reenvió a lo que había precisado en el párrafo 158 de la sentencia recaída en el Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* en cuanto a 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” (párrafo 73). También, recordó lo señalado en el Protocolo de San Salvador y en el Convenio núm. 87 de la OIT relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación de 17 de junio de 1948, los cuales, en sus artículos 8.1.a y 11, respectivamente, comprenden la obligación del Estado de permitir que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente (párrafo 74).

Paralelamente, entendió que

*el ejercicio legítimo que hizo el señor Pedro Huilca Tecse del derecho a la libertad de asociación, en materia sindical, le provocó una represalia fatal, que a su vez consumó una violación en su perjuicio del artículo 16 de la Convención Americana. Asimismo, el Tribunal considera que la ejecución del señor Pedro Huilca Tecse tuvo un efecto amedrentador en los trabajadores del movimiento sindical peruano y con ello disminuyó la libertad de un grupo determinado de ejercer ese derecho. (párrafo 78, énfasis añadido)*

No menos significativo es que en el párrafo 75 de su fallo, el tribunal se haya sustentado argumentalmente en lo interpretado por el Comité de Libertad Sindical de la OIT, cuando señaló que “*la libertad sindical solo puede ejercerse en una situación en que se respete[n] y garanticen plenamente los derechos humanos fundamentales, en particular los relativos a la vida y a la seguridad de la persona*”<sup>35</sup> (énfasis añadido).

34 Corte IDH, Caso *Huilca Tecse vs. Perú*, Sentencia de 3 de marzo de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 121.

35 OIT, resoluciones del Comité de Libertad Sindical: 233<sup>er</sup> Informe, Caso núm. 1.233 (El Salvador), párrafo 682; 238<sup>o</sup> Informe, Caso núm. 1.262 (Guatemala), párrafo 280; 239<sup>o</sup> Informe, Casos N<sup>os</sup>. 1.176, 1.195 y 1.215 (Guatemala), párrafo 225, c); 294<sup>o</sup> Informe, Caso núm. 1.761

En definitiva, y en cuanto a lo que aquí interesa, la Corte estimó que en los términos del allanamiento efectuado por el Estado peruano, este incurrió en responsabilidad internacional por violación de los derechos consagrados en los artículos 4.1 (derecho a la vida) y 16 (libertad de asociación) de la CADH, y en el incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 1.1 (respetar los derechos) de la misma (numeral 79).

### 2.5. Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*

Resuelto el 4 de julio de 2006. En este incurrió por vez primera en la situación de las personas con discapacidad mental, que se hallan bajo la garantía – preservación y relativo ejercicio de derechos inderogables– del Estado y, en un plano más general, declaró que *toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial*, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos.

En este punto enfatizó que los Estados deben tomar en cuenta *que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de extrema pobreza, niños y adolescentes en situación de riesgo y poblaciones indígenas, enfrentan un incremento del riesgo de padecer discapacidades mentales*.

### 2.6. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*<sup>36</sup>

En el presente asunto, la Corte IDH consideró que el Estado peruano violó, en perjuicio de las 257 víctimas, los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la CADH, en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecidas en sus artículos 1.1 y 2.

El extenso párrafo 136 de la sentencia (que nos permitimos transcribir en tanto útil a los efectos del señalamiento que *infra* se realizará) dispone:

---

(Colombia), párrafo 726; 259° Informe, Casos N<sup>os</sup>. 1.429, 1.434, 1.436, 1.457 y 1.465 (Colombia), párrafo 660. Véase también Comité de Derechos Humanos de la ONU, Caso López Burgo, Comunicación 52/1979: Uruguay, 29 de julio de 1981, CCPR/C/13/D/52/1979 (Jurisprudencia); y Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH), Caso 4.425 (Guatemala), Resolución núm. 38/81, 25 de junio de 1981, puntos resolutivos 1 y 2.

36 Corte IDH, Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 158.

En el presente caso los intervinientes comunes alegaron que el Estado es responsable por la violación del artículo 26 de la Convención, basándose en que el supuesto carácter arbitrario del cese de las víctimas y su no reposición trajeron como consecuencias, entre otras, la privación injusta de su empleo y derecho a una remuneración y demás beneficios laborales; la interrupción del acceso de las presuntas víctimas y sus dependientes a la seguridad social; el cese de acumulación de sus años de servicio, lo que impidió a muchos que accedieran a su jubilación; así como efectos graves en su salud. Sin embargo, el objeto de la presente Sentencia no ha sido determinar ese supuesto carácter arbitrario de los ceses de las presuntas víctimas ni tampoco su no reposición, que son las bases de la argumentación de los intervinientes comunes. Lo declarado por la Corte fue que el Estado violó los artículos 8.1 y 25 de la Convención, relativos a las garantías judiciales y protección judicial, respecto de las presuntas víctimas, en razón de la falta de certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que consideraran vulnerados y de la existencia de impedimentos normativos y prácticos para un efectivo acceso a la justicia (*supra* párrafos 129 y 132). La Corte es consciente de que las violaciones a dichas garantías necesariamente tuvieron consecuencias perjudiciales para las presuntas víctimas, en tanto que cualquier cese tiene consecuencias en el ejercicio y goce de otros derechos propios de una relación laboral. Tales consecuencias pueden ser consideradas, de ser pertinente, en el próximo capítulo de Reparaciones (*infra* párrafo 149).

En otras palabras, eludió referirse a la posible violación del artículo 26 de la CADH, aunque por su interés para el presente trabajo hemos creído conveniente reproducir aquí las elocuentes y acertadas apreciaciones del exjuez Cançado Trindade, quien en su voto razonado (párrafo 7) no ocultó su disconformidad con aquel párrafo 136 de la sentencia del tribunal:

En cuanto al insatisfactorio párrafo 136 de la presente Sentencia, que se equipara a la insatisfactoria redacción dada al artículo 26 de la Convención Americana (producto de su tiempo), me limito (por absoluta falta de tiempo, dada la “metodología” acelerada de trabajo adoptada últimamente por la Corte, con mi objeción), a tan solo reiterar mi entendimiento, expresado en numerosos escritos a lo largo de los años, en el sentido de que *todos* los derechos humanos, inclusive los derechos económicos, sociales y culturales, son pronta e inmediatamente *exigibles y justiciables*, una vez que la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos se afirman en los planos no solo doctrinal sino también operativo –o sea, tanto en la doctrina como en la hermenéutica y la aplicación de los derechos humanos–. (énfasis del original)

## 2.7. Caso *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*<sup>37</sup>

Como plataforma fáctica del caso que nombráramos *supra*, puede rememorarse que la Comisión IDH demandó al Estado peruano por violación de los derechos reconocidos en los artículos 21 y 25 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 de esta, por el incumplimiento de las sentencias judiciales del Tribunal Constitucional de ese país, de 21 de octubre de 1997 y 26 de enero de 2001, que ordenaban que la Contraloría General de la República cumpliera con abonar a los doscientos setenta y tres (273) integrantes de la Asociación de Cesantes y Jubilados de dicha Contraloría General las remuneraciones, gratificaciones y bonificaciones que percibían los servidores en actividad de tal organismo que desempeñaran cargos idénticos, similares o equivalentes a los que tuvieron los cesantes o jubilados. Advirtió la Comisión que si bien el Estado había dado cumplimiento parcial a un extremo de la sentencia del Tribunal Constitucional, al nivelar las pensiones de las víctimas a partir de noviembre de 2002, no había cumplido con restituir los montos pensionarios retenidos desde el mes de abril de 1993 hasta octubre de 2002.

Por su parte, el abogado encargado del Programa de Derechos Humanos del Centro de Asesoría Laboral (CEDAL), representante legal de los denunciantes ante la Comisión IDH, y la Sra. Isabel Acevedo León, presidenta de la citada Asociación de Cesantes y Jubilados, presentaron el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas ante la Corte IDH, peticionando al tribunal que declarara que el Estado había cometido las mismas violaciones de derechos invocadas por la Comisión y, adicionalmente, alegaron que el Estado era responsable por el incumplimiento del artículo 26 de la CADH, en relación con su artículo 1.1.

A su tiempo, el Estado dedujo una excepción preliminar de falta de competencia *ratione materiae* de la Corte para pronunciarse sobre la supuesta violación del derecho de seguridad social, debiendo únicamente analizar y eventualmente declarar la responsabilidad internacional del Estado en relación con los derechos de protección judicial y de propiedad contemplados en la Convención, para añadir durante la audiencia pública que dicha excepción se refería a la pretensión que hiciera el representante en el sentido de que la Corte declarara el incumplimiento del artículo 26 de la CADH. Acerca del punto, el Estado alegó que el derecho a la seguridad social quedaba fuera del alcance competencial del tribunal, ya que aquel no está contemplado en la Convención ni es uno de los dos derechos

---

37 Corte IDH, Caso *Acevedo Buendía y otros* (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú, Sentencia de 1 de julio de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 198.

(sindicales y a la educación) que excepcionalmente serían justiciables ante el sistema interamericano, de conformidad con lo señalado en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador.

La Corte desestimó la mencionada excepción preliminar, basándose en los siguientes eslabones argumentales:

- que, como todo órgano con funciones jurisdiccionales, el tribunal tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence*), debiendo para ello tener en cuenta que los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (CADH, artículo 62.1) presuponen la admisión por los Estados que la presentan, del *derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción*<sup>38</sup> (párrafo 16);
- que los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce *una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones*<sup>39</sup> (id. párrafo), y para analizar *violaciones de todos los derechos reconocidos en aquella* (párrafo 97);
- que Perú es Estado parte de la CADH y ha reconocido la competencia contenciosa de la Corte, por lo que esta es competente para decidir si el Estado ha incurrido en una violación o un incumplimiento de alguno de los derechos reconocidos en la Convención, incluso en lo concerniente al artículo 26 de la misma (párrafo 17); y
- que en el caso en cuestión no se había alegado una violación del Protocolo de San Salvador, por lo que la Corte juzgó innecesario resolver si puede ejercer competencia sobre dicho instrumento (párrafo 18).

En resumen, encontramos aquí un primer punto sustancial: la reafirmación del criterio amplio de la Corte al analizar su competencia *ratione materiae*, juzgando que está suficientemente investida de atribución competencial para examinar violaciones de todos los derechos reconocidos en la CADH, percepción en la que obviamente queda incluido su artículo 26.

---

38 Tal como lo había puntualizado en los casos *Ivcher Bronstein vs. Perú*, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Competencia, Serie C, núm. 54, párrafos 32 y 34; *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, Sentencia de 12 de agosto de 2008, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 186, párrafo 23; y *García Prieto y otros vs. El Salvador*, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 168, párrafo 38.

39 Cf. Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia de 26 de junio de 1987, Excepción Preliminar, Serie C, núm. 1, párrafo 29; y *Caso de los 19 Comerciantes vs. Colombia*, Sentencia de 12 de junio de 2002, Excepción Preliminar, Serie C, núm. 93, párrafo 27.

Ello así, aunque la Comisión IDH no hubiera alegado el incumplimiento de esta cláusula, pues el tribunal tiene establecido que la presunta víctima, sus familiares<sup>40</sup> o sus representantes pueden invocar derechos distintos de los comprendidos en la demanda de la Comisión, sobre la base de los hechos presentados por esta.<sup>41</sup>

Retornando a la resolución de la Corte en el asunto puntual que se examina, y con valencia exógena (esto es, que excede el caso puntual), el planteo de la representante legal de los denunciantes ante la Comisión IDH, y la Sra. Isabel Acevedo León, presidenta de la Asociación de Cesantes y Jubilados, suscitó en la Corte algunos avances argumentales en torno a la progresividad y la prohibición de regresividad de los DESC, pese a concluir que el Estado no incumplió el artículo 26 de la CADH.

Entre tales apreciaciones, constataciones y circunstancias resaltadas por el tribunal interamericano, pueden computarse las siguientes:

- el énfasis en la interdependencia de los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante las autoridades competentes para ello (párrafo 101);

---

40 En el Reglamento de la Corte actualmente vigente (aprobado en noviembre de 2009) prácticamente ha desaparecido toda alusión a los familiares de las presuntas víctimas. Solo se los menciona tangencialmente en el artículo 53, que establece: “Los Estados no podrán enjuiciar a las presuntas víctimas, a los testigos y a los peritos, a sus representantes o asesores legales ni ejercer represalias contra ellos o sus *familiares*, a causa de sus declaraciones, dictámenes rendidos o su defensa legal ante la Corte” (énfasis añadido).

De hecho, se eliminó la referencia al término “familiares” que figuraba en la versión inmediatamente anterior a la vigente, es decir, el Reglamento aprobado por la Corte en su XLIX Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000, y reformado parcialmente en su LXXXII Período Ordinario de Sesiones, desarrollado del 19 al 31 de enero de 2009. En ese esquema, el artículo 2.16 determinaba que la palabra “familiares” significaba los familiares inmediatos, es decir, ascendientes y descendientes en línea directa, hermanos, cónyuges o compañeros permanentes, o aquellos determinados por la Corte en su caso.

Es probable que el temperamento que llevó a prescindir de tal término obedezca a que *los familiares de las presuntas víctimas pueden ser considerados ellos mismos como presuntas víctimas de alguna violación de los derechos reconocidos en la CADH y, como tales, resulten acreedores de las reparaciones que en su caso determine el tribunal.*

41 Cf. Corte IDH, Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003, cit., párrafo 155; Caso Perozo y otros vs. Venezuela, Sentencia de 28 de enero de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 195, párrafo 32; y Caso Kawas Fernández vs. Honduras, Sentencia de 3 de abril de 2009, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 196, párrafo 127.

- que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido materia de pronunciamiento por parte del Comité de DESC, en el sentido de que la plena efectividad de aquellos “no podrá lograrse en un breve período de tiempo” y que, en esa medida, “requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo [...] y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha] efectividad”<sup>42</sup> (párrafo 102);
- que en el marco de tal “flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido” (párrafo 102);
- que la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones de los derechos humanos (párrafo 102);
- que, como correlato de lo anterior, se desprende un deber –si bien condicionado– de no regresividad, “que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho” (párrafo 103);
- que el Comité de DESC ha señalado que “las medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga” (párrafo 103);
- que la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”<sup>43</sup> (párrafo 103); y

---

42 Observación general núm. 3, cit., párrafo 9.

43 Comisión IDH, Informe núm. 38/09, Caso 12.670, Admisibilidad y Fondo, Asociación Nacional de Exservidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras vs. Perú, 27 de marzo de 2009, párrafos 140 a 147.

- que, de todo ello, la Corte concluye que *la regresividad resulta justificable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate* (párrafo 103).

## 2.8. Caso Furlan y Familiares vs. Argentina

En este caso,<sup>44</sup> la Corte IDH condenó al Estado por la violación en perjuicio de Sebastián Furlan (S.F.), entre otros, del plazo razonable en un proceso civil por daños, y de los derechos a la protección judicial y a la propiedad privada, incumpliendo la obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la integridad personal. Paralelamente, el tribunal lo consideró internacionalmente responsable por la violación del derecho a la integridad personal y al acceso a la justicia de los familiares de S.F., concretamente, su padre, madre, hermano y hermana.

Pese a no verbalizarlo, en el asunto que debía resolver la Corte IDH subyacía una importante cuestión vinculada *al derecho a la salud de un niño, y posteriormente adulto, con discapacidad*. Es que las autoridades judiciales argentinas no habían dado respuesta oportuna al proceso civil por daños y perjuicios en contra del Estado, de cuyo desenlace dependía el tratamiento médico de S.F. El tribunal constató el daño producido en perjuicio de este por la demora en el proceso que impidió que accediera a los tratamientos médicos y psicológicos que habrían podido tener un impacto positivo en su vida. Asimismo, la afectación producida al núcleo familiar de S.F. La Corte IDH hizo una copiosa referencia a diversos instrumentos internacionales conectados, por ejemplo, con la discapacidad y los derechos a la salud y a la rehabilitación.

Entre otros puntos, aludió a los alcances del derecho a la rehabilitación en los términos del derecho internacional, mencionando el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), en vigor desde el 3 de mayo de 2008, acerca del derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad y la obligación de adoptar medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud, incluida la rehabilitación relacionada con esta. Hizo lo propio respecto del artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en relación con las medidas que deben adoptar los Estados acerca de los niños y las niñas con discapacidad.<sup>45</sup>

44 Corte IDH, Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 246.

45 Corresponde recalcar que mediante la Ley 27.044 (publicada el 22 de diciembre de 2014), la República Argentina otorgó *jerarquía constitucional* a la Convención sobre los Derechos de



La Corte evocó los siguientes principios rectores en la materia establecidos en el artículo 3° de la *CDPD*: i) el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; ii) la no discriminación; iii) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; iv) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; v) la igualdad de oportunidades; vi) la accesibilidad; vii) la igualdad entre el hombre y la mujer, y viii) el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad (párrafo 131).

En concreto, dispuso que el Estado debía: brindar a las víctimas que así lo solicitaran la atención médica y psicológica o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas; conformar un grupo interdisciplinario, el que, teniendo en cuenta la opinión de S.F., determinara las medidas de protección y asistencia más apropiadas para su inclusión social, educativa, vocacional y laboral; y adoptar las medidas necesarias para asegurar que al momento en que una persona sea diagnosticada con graves problemas o secuelas relacionados con discapacidad, le sea entregada a ella o a su grupo familiar una carta de derechos que resuma en forma sintética, clara y accesible los beneficios contemplados en la normatividad argentina.

No podemos finalizar el acercamiento a este asunto sin efectuar siquiera una mínima referencia al voto concurrente de la jueza Margarete May Macaulay. Desde nuestra óptica, planteó una cuestión de suma importancia y con la que no podemos sino coincidir, marcando una aguda línea interpretativa que la separa positivamente de la visión de la mayoría votante: *la justiciabilidad directa de los DESC por medio del artículo 26 de la CADH y, en particular, la obligación de respetar y garantizar el derecho a la salud y a la seguridad social* (que estaban en juego en el caso), “con el fin de contribuir a las discusiones futuras que tendrá la Corte en relación con este tema” (párrafo 1° de su voto). Finalmente, la jueza en cuestión concluyó que el Estado argentino violó el artículo 26 de la CADH en relación con los artículos 5 y 1.1 de dicha Convención, en perjuicio de S.F.

La perspectiva aportada es muy útil y adecuada a la plena, directa y autónoma justiciabilidad de los DESC sobre la base del artículo 26 de la CADH, tomando como punto de enfoque una interpretación evolutiva y actualizada de dicha norma, y teniendo en cuenta la afirmación de la propia Corte IDH en el Caso Acevedo Buendía vs. Perú, en punto a que en función de los términos amplios en que está redactada la CADH *es plenamente competente para analizar violaciones*

---

las Personas con Discapacidad.

de todos los derechos reconocidos en esta<sup>46</sup> (párrafos 16 y 97), lo que obviamente comprende los económicos, sociales y culturales capturados por la normatividad del artículo 26.

En otras palabras, los DESC a que se refiere el multicitado artículo 26 de la CADH están sujetos a las obligaciones generales contenidas en sus artículos 1.1 y 2, como lo están los derechos civiles y políticos previstos en los artículos 3 a 25 de esta Convención, tal como el propio tribunal interamericano razonó en el párrafo 100 del aludido Caso Acevedo Buendía vs. Perú.

### 2.9. Caso Suárez Peralta vs. Ecuador

Por lo que hace particularmente a la relación del deber de garantía (CADH, artículo 1º.1) con el artículo 5º.1 de la misma Convención, la Corte IDH reiteró aquí<sup>47</sup> (párrafo 130) que el derecho a la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculado con la atención a la salud humana;<sup>48</sup> que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del citado artículo 5º.1;<sup>49</sup> y que la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de dicha regulación.<sup>50</sup>

Igualmente, recalcó la interdependencia y la indivisibilidad existentes entre los derechos civiles y políticos y los DESC (párrafo 131), “que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”.<sup>51</sup> Pasó a

---

46 Al respecto, véase Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 26 de junio de 1987, cit., párrafo 29; y Caso de los 19 Comerciantes vs. Colombia, Sentencia de 12 de junio de 2002, cit., párrafo 27.

47 Corte IDH, Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, Sentencia de 21 de mayo de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 261.

48 Corte IDH, Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador, Sentencia de 22 de noviembre de 2007, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 171, párrafo 117; Caso Vera Vera y otros vs. Ecuador, Sentencia de 19 de mayo de 2011, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 226, párrafo 43.

49 Corte IDH, Caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 114, párrafo 157; Caso Vera Vera y otros vs. Ecuador, Sentencia de 19 de mayo de 2011, cit., párrafo 44.

50 Corte IDH, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, Sentencia de 4 de julio de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 149, párrafos 89 y 90; Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador, Sentencia de 22 de noviembre de 2007, cit., párrafo 121.

51 Corte IDH, Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú, Sentencia de 1 de julio de 2009, cit., párrafo 101.

citar los artículos XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), 45 de la Carta de la OEA y 10 del Protocolo de San Salvador; además de los párrafos 66 y 67 de los Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo citado en último término, respecto de los cuales la Asamblea General de la OEA enfatizó, en julio de 2012, la calidad de los establecimientos, bienes y servicios de salud, lo cual requiere la presencia de personal médico capacitado, así como condiciones sanitarias adecuadas.<sup>52</sup>

Del mismo modo, puntualizó (párrafo 132) que,

a los efectos de dar cumplimiento a la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal y en el marco de la salud, los Estados deben establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permita prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal en dichas prestaciones. Asimismo, el Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, así como procedimientos de tutela administrativa y judicial para el damnificado, cuya efectividad dependerá, en definitiva, de la puesta en práctica que la administración competente realice al respecto.<sup>53</sup>

En lo que atañe de manera específica al tema que analizamos, la Corte IDH declaró por unanimidad que el Estado es responsable de la violación del deber de garantía del derecho a la integridad personal, reconocido en el artículo 5º.1 de la CADH, en relación con el artículo 1º.1 del mismo instrumento, en perjuicio de la Sra. Suárez Peralta.

Además de lo mencionado hasta aquí, es imprescindible poner de relieve el interesante y documentado voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, con el que coincidimos, como lo hicimos respecto del que redactara la exjueza Margarette May Macaulay en el Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Ferrer Mac-Gregor dejó a salvo su opinión en el sentido de que la Corte IDH pudo haber abordado la problemática teniendo en cuenta lo que realmente motivó que el caso llegara al sistema interamericano y particularmente a su instancia jurisdiccional: “las implicaciones al ‘derecho a la salud’ debido a una mala praxis médica con responsabilidad del Estado, que generó una afectación grave a la salud de

---

52 OEA, Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador, OEA/Ser.L/XXV.2.1, Doc 2/11 rev. 2, 16 de diciembre de 2011.

53 Corte IDH, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, Sentencia de 4 de julio de 2006, cit., párrafos 89 y 99.

una mujer de veintidós años y madre de tres hijos, lo que provocó distintas intervenciones quirúrgicas y padecimientos en detrimento de su dignidad humana” (párrafo 2°).

Desde su perspectiva, ello pudo haberse tomado explícitamente en cuenta para que dentro de las consideraciones de la sentencia *se abordara la cuestión con plenitud y se estudiaran las implicaciones en el caso del derecho a la salud de manera autónoma, partiendo de reconocer la competencia que otorga a la Corte IDH el artículo 26 de la CADH para pronunciarse sobre tal derecho y entendiendo la justiciabilidad directa del mismo, y no solo de manera tangencial y en conexión con otros derechos civiles*, “lo que pudo, en su caso, haber derivado en declarar violado dicho dispositivo convencional en forma autónoma, en relación con las obligaciones de respeto y garantía previstas en el artículo 1.1 del Pacto de San José” (párrafo 3°).

## V. REFLEXIONES FINALES

De lo mencionado en los dos bloques centrales de este comentario-aporte, pueden entresacarse las apreciaciones de cierre que pasamos a presentar.

1. Como reflejo del carácter unitario de la dignidad humana, entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales media unidad conceptual, equivalencia de entidad jurídica e interrelación y complementación; y, en modo alguno, separación antinómica.

Esa y no otra es la lectura razonable que suscita uno de los logros fundamentales de la IIª Conferencia Mundial de Derechos Humanos: promover y movilizar la doctrina de la universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos. No menos importante es señalar que aquella Conferencia Mundial constituyó un punto nuclear para que se conozca y difunda la legitimidad de la preocupación de toda la comunidad internacional por las condiciones de vida de la población y, en especial, de sus segmentos más vulnerables.<sup>54</sup>

2. Los derechos económicos, sociales y culturales no son menos derechos que los civiles y políticos.
3. Los enfoques atomizados o fragmentados, como el que subyace en la tesis de las “generaciones de derechos humanos”, han dificultado la evolución

---

54 Cf., en ese sentido, Caçado Trindade, Antônio A., *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2ª ed., vol. I, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003, *inter alia*, p. 39; cit. en voto separado de dicho autor, actuando como juez de la Corte Interamericana en el aludido caso *Ximenes Lopes vs. Brasil* (párrafo 42).

- del derecho internacional de los derechos humanos<sup>55</sup> en la dimensión fáctica. Sobre el particular, incluso adoptando una mirada *minimalista*, cabría acordar que dicha concepción “generacional” no debe ser aceptada acriticamente, sino, por el contrario, repensada, evaluando si es léxica, histórica y jurídicamente correcta, o simplemente una creación discursiva arbitraria.
4. En punto al alcance y al grado de operatividad de los DESC, la búsqueda debe orientarse hacia un *concepto sustentable de progresividad* que no disuelva esta gradualidad en una latencia *sine die*, sino que refleje positivamente su ingrediente de “equidad social”.<sup>56</sup>  
La *progresividad* debe ser *efectiva y real*. En otras palabras, una *progresiva efectividad* de aquellos derechos como producto de una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, consistente con la encumbrada pauta axiológica *pro persona*. Se debe combinar además con la *prohibición de regresividad injustificada*. En cualquier caso, como la Corte IDH ha sostenido, las medidas regresivas en materia de DESC son justiciables.
  5. Si bien algunos acercamientos de la Corte IDH a la protección de DESC han sido interesantes, aquella no ha abandonado una actitud muy cautelosa en la materia. Uno de los precedentes principales es el Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú, que, entre otros aspectos positivos, muestra cómo incurrió en la citada problemática de la obligación de progresividad y la prohibición de regresividad incausada por parte de los Estados en el campo de los DESC, además de declarar –como vimos– la justiciabilidad de las medidas infundadamente involutivas.
  6. Sin embargo, aparece como opinable que la Corte IDH no se aventure a enfocar frontalmente las cuestiones atinentes a los DESC a partir de la aplicación directa y autónoma del artículo 26 de la CADH. Es que, como se ha sostenido, tal disposición convencional reconoce todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en la DADDH, y los que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, por lo que, en el supuesto de concurrir ambos textos, se han de armonizar los dos estándares de protección que pueden ser aplicados de modo acumulativo. Además, todos

---

55 Cf. Cançado Trindade, Antônio A., en el prólogo de Pinto, Mónica, *op. cit.*, p. II.

56 Respecto de esta última afirmación en torno al ingrediente de “equidad social” que debe caracterizar a esa progresividad, véase numeral 3 del voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez en la sentencia de fondo pronunciada por la Corte Interamericana en Cinco Pensionistas vs. Perú.

estos derechos se insertan en la competencia en razón de la materia tanto de la Comisión IDH cuanto de la Corte IDH, habilitando plenamente el sistema de peticiones individuales previsto en la CADH; competencias y habilitación que no han sufrido mengua alguna como consecuencia del Protocolo de San Salvador.<sup>57</sup>

En la línea de preocupación aludida, se verifica que en dos casos relativamente recientes vinculados a algunos aspectos de los DESC no haya existido de parte de las respectivas mayorías votantes, mención alguna al artículo 26 de la CADH. Aludimos a los asuntos *Furlan y Familiares vs. Argentina* (sobre los derechos a la salud y a la seguridad social) y *Suárez Peralta vs. Ecuador* (acerca del derecho a la salud), excepción hecha por cierto de los respectivos y acertados votos concurrentes de la exjueza Margarette May Macaulay, en el primero de ellos, y del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en el segundo.

Ambos magistrados plantearon la posibilidad de resolver –en lo pertinente– los conflictos llevados al seno de la Corte IDH, contemplando la justiciabilidad directa de los DESC bajo el alcance del artículo 26 de la CADH (y no solo de manera tangencial y en conexión con otros derechos civiles), en una perspectiva que nos parece altamente auspiciosa.

Pese a estas posiciones refrescantes (aunque minoritarias), se abre un signo de interrogación en torno a la prospectiva de la jurisprudencia del tribunal en la materia, pues pareciera que comienza a dibujarse (al menos en la posición mayoritaria) una retracción frente a lo verbalizado en *Acevedo Buendía vs. Perú*.

7. Solo resta observar con detenimiento el desarrollo prospectivo de las soluciones y los criterios que en materia de DESC ofrecerá la Corte IDH en adelante, para lo cual respetuosamente pensamos que debería continuar iluminada por la significativa premisa axiológica que muestra que *los derechos humanos son reflejo directo de la dignidad humana*, se trate de derechos civiles y políticos o de derechos económicos, sociales y culturales, y animarse a dar un paso en la línea de sentido expuesta en torno a la directa aplicabilidad del artículo 26 de la CADH.

---

57 Galdino, Rolando, “Derechos económicos, sociales y culturales y Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *La Ley*, T° 2013-E, Buenos Aires, p. 6.

## BIBLIOGRAFÍA

- BAZÁN, Víctor, “Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina: diversos aspectos de la cuestión. Sus proyecciones en los ámbitos interno e internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre de 2003, pp. 759-838.
- BAZÁN, Víctor, “Vías de maximización protectiva de los derechos económicos, sociales y culturales”, *La Ley*, T° 2007-D, Buenos Aires, pp. 1135-1149.
- BAZÁN, Víctor, “La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales”, en BAZÁN, Víctor (dir.), *La judicialización de los derechos humanos*, Lima, Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección Derechos Humanos) - Ediciones Legales, 2009, pp. 257-300.
- BAZÁN, Víctor, “Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en el libro de BAZÁN, Víctor, y JIMENA QUESADA, Luis, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, Astrea, 2014, pp. 1-167.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio A., *Medio ambiente y desarrollo: formulación e implementación del derecho al desarrollo como un derecho humano*, Serie Para ONG, núm. 8, San José de Costa Rica, IIDH, 1993.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio A., “Derechos de solidaridad”, en CERDAS CRUZ, Rodolfo y NIETO LOAYZA, Rafael (comps.), *Estudios básicos de derechos humanos*, vol. I, San José de Costa Rica, IIDH, 1994.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio A., *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2ª ed., vol. I, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003.
- COURTIS, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en COURTIS, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, CEDAL - CELS, Editores del Puerto, 2006, pp. 3-52.
- CRAVEN, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, Clarendon Paperbacks, 1998.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Cuestiones constitucionales*, núm. 9, julio-diciembre de 2003, pp. 127-157.
- GIALDINO, Rolando, “Derechos económicos, sociales y culturales y Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *La Ley*, T° 2013-E, Buenos Aires, pp. 909-925.
- PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.
- RABOSI, Eduardo, “Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché”, *Leccio-*

*nes y Ensayos*, núms. 69-70-71, 1997-1998, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 41-52.

SAURA ESTAPÀ, Jaume, “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)”, *El tiempo de los derechos*, núm. 2, 2011. Disponible en: [http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/saura\\_exigibilidad\\_DESC.pdf](http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/saura_exigibilidad_DESC.pdf).

URQUILLA BONILLA, Carlos R., “Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núms. 30-31, edición especial: Fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, 2001, p. 277.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3ª ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1999.



## Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia\*

Néstor Osuna\*\*

### I. INTRODUCCIÓN

Según la ortodoxia constitucional, la actividad judicial en un sistema de filiación romano-germánica está limitada a la aplicación del derecho en casos concretos, sin que a los jueces les corresponda el diseño o puesta en práctica de políticas generales en ningún ámbito, pues estas funciones están reservadas al legislador y al Ejecutivo. Sin embargo, la protección judicial de los derechos humanos ha traído importantes cambios para las democracias contemporáneas, entre ellos que ese planteamiento inicial ya no tenga la dureza que proclamaban los manuales de derecho constitucional de hace 50 años, sino que más bien haya que analizarlo como un principio que ciertamente forma parte de la dinámica de los Estados que tienen mecanismos de justicia constitucional, pero que, como principio, puede entrar en colisión con otros, tales como la efectividad de los derechos humanos o la supremacía constitucional, y que en esas colisiones no siempre tiene preeminencia ni carácter absoluto.

Lo cierto es que los jueces, en la protección de los derechos y las libertades, hacen mucho más que resolver casos concretos de violaciones a los mismos. A partir de datos como el rango suprallegal de estos derechos, su efecto de irradiación sobre todos los ámbitos del derecho, su particular potencialidad expansiva o su propia estructura de principios más que de reglas, los jueces “concretan” el contenido y alcance de los derechos humanos, y, por tanto, asumen un papel que va más allá del de simples administradores de las reglas preestablecidas. Por

---

\* N. del ed.: Si bien el presente texto fue elaborado por el profesor Néstor Osuna, fue el doctor Humberto Sierra Porto quien hizo la presentación oral del tema, aportando interesantes consideraciones y opiniones personales al respecto durante el curso del “VI Encuentro del Grupo de Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales” (Colombia, 2014).

\*\* Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia.

supuesto, la crisis contemporánea de la democracia representativa también ha potenciado el papel de la jurisprudencia constitucional en materia de libertades.

En esas coordenadas se inscriben las “sentencias estructurales” o “macrodecisiones”, por medio de las cuales los jueces hacen un importante esfuerzo para darles efectividad a los enunciados constitucionales, cuando constatan la existencia de desconocimientos generalizados, recurrentes y graves de los derechos humanos. Frente a estos, esos propios jueces han comprobado, por su experiencia, que hay unas causas estructurales (de ahí el nombre de las sentencias) que de modo sistemático producen ese déficit de derechos humanos, y que los casos que llegan a sus despachos, si se resuelven apenas como remedios individuales, no logran subsanar la problemática que se advierte en cada uno de los expedientes.

El origen del término y de la figura se encuentra, probablemente, en los *structural injunctions* de la jurisprudencia estadounidense, que reporta, desde mediados del siglo pasado, casos en los que distintos jueces adoptaron medidas para conjurar situaciones graves y generalizadas que resultaban incompatibles con la Constitución.<sup>1</sup> Se suele evocar el famoso caso de *Brown vs. Board of Education*, de 1954, en cuya sentencia, la Corte Suprema Federal declaró que la segregación racial en las escuelas era contraria a la decimocuarta enmienda de la Constitución. Tal labor fiscalizadora de los tribunales ha sido relevante en la medida en que ha permitido reformar asuntos que se manifestaban en el interior de la sociedad como abiertamente injustos y para los que nunca había existido intención de cambio por parte de la clase política tradicional estadounidense. Los remedios estructurales apuntan, entonces, a reformar una institución del Estado para armonizarla con la Constitución (“*The structural injunction is a court’s remedial tool to reform an entire state institution in order to bring it into compliance with the Constitution*”).<sup>2</sup>

Un ejercicio de derecho comparado permitiría encontrar sentencias de este tipo en buena parte de los países que tienen sistemas de justicia constitucional. La doctrina ha resaltado algunos casos en Sudáfrica, India, Argentina y Canadá, asuntos que exceden las dimensiones y posibilidades de este informe. Sin embargo, la jurisprudencia colombiana también reporta algunos casos interesantes (y, por supuesto, controversiales) en los que se han proferido sentencias que apuntan a resolver problemas endémicos de derechos humanos, como el hacinamiento

---

1 Véase Fiss, Owen M., *Civil rights injunction*, Indiana University Press, 1978. Disponible en: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/injunction.pdf>. También Citron, Roger, “(Un)Luckey v. Miller: The Case for a Structural Injunction to Improve Indigent Defense Services”, *The Yale Law Journal*, vol. 101, núm. 482, 1991-1992, p. 497. Disponible en: <http://works.bepress.com>.

2 Citron, Roger, *idem*.

to carcelario, el desplazamiento humano interno por razón del conflicto armado o el precario servicio de salud ofrecido por las instituciones de seguridad social a millones de ciudadanos. En al menos 13 situaciones, la Corte Constitucional colombiana ha decretado lo que ella llama un *estado de cosas inconstitucional*, a partir del cual ha tomado decisiones que apuntan a remediar esos problemas estructurales. En algunos casos, no obstante, también ha procedido de ese modo sin invocar explícitamente el término de estado de cosas inconstitucional.

En cualquier caso, lo definitorio de las sentencias estructurales es que el juez se habilita, como máximo intérprete y defensor de los derechos establecidos en la Constitución, para definir cómo deben actuar las autoridades con miras a garantizar el ejercicio efectivo de esos derechos, en asuntos que han sido gravemente descuidados por ellas, y, en consecuencia, expide órdenes que exceden las coordenadas *inter partes* de los casos que originaron la respectiva sentencia, y que apuntan a resolver el problema generalizado que se ha detectado.

A continuación se expondrán tres ejemplos de sentencias estructurales colombianas (hacinamiento carcelario, desplazamiento forzado, sistema de salud) y, luego, se harán algunas reflexiones generales a partir de esos casos.

## II. EL HACINAMIENTO CARCELARIO

Tal como ocurre en otros lugares del mundo, en las cárceles colombianas se padece una grave situación de hacinamiento y abandono de los internos, que conduce a condiciones inhumanas y degradantes prohibidas por la Constitución y los tratados internacionales vigentes. Ante esa situación, en el año 1998, la Corte Constitucional colombiana profirió dos sentencias (T-153 y T-606) que abordaron el asunto más allá de las coordenadas fácticas que subyacían a los respectivos casos y declararon que en las cárceles del país imperaba un inadmisibles estado de cosas inconstitucional, en el que la negación de los derechos humanos más básicos se había vuelto cotidiana, y frente al cual las autoridades responsables habían omitido históricamente el cumplimiento de sus obligaciones. Las coordenadas fácticas de los casos que dieron lugar a estas sentencias eran solicitudes de personas internas en dos cárceles del país, que padecían situaciones extremas de hacinamiento y desatención en su salud. Los hechos de las respectivas demandas se exponen del mejor modo en dos extractos de esas sentencias, en los que se asoman, en sus palabras, los dos internos demandantes. Así, en el caso que condujo a la Sentencia T-153 de 1998, se encuentra la siguiente afirmación del prisionero:

En un pasillo hay 40 camarotes con capacidad para 40 internos, los internos a su costa construyeron 40 zarzos, ampliando la dormida para 80 personas. Al hacer los zarzos el clima aumentó su temperatura de 25 a 35 o 40 grados en muchas ocasiones, haciéndose insoportable la dormida, pues, por el calor, solo se puede conciliar el sueño después de la media noche y cuando baja un poco la temperatura, pero lo injusto es que no tenemos 80 internos por pasillo, sino que tenemos 170 o 180 personas por pasillo y mientras unos (los de las celdas) nos encontramos durmiendo en baños de sauna, otros sufren las inclemencias del frío, tirados en el pasillo de las celdas y no tienen espacio ni siquiera para poder estirarse y dormir cómodamente.

En los últimos días se ha estado haciendo súper insoportable la dormida, nos suben a las 4 de la tarde a los dormitorios y desde que subimos hasta que nos bajan al otro día nos toca quedarnos casi que inmóviles, pues no hay espacio ni para dormir en los baños, el gobierno nos tiene arrumados en un corral y ahora quiere empacarnos en el corral.

El ambiente es pesado y hay insuficiencia de todo y según la Constitución, vivimos en un Estado social de derecho y son fines esenciales del Estado facilitar la participación de todos en las decisiones que nos afectan y debe de garantizar-nos la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo y si la Constitución es norma de normas, y prima la Constitución por encima de todo, esta no está primando en el momento actual.

Por su parte, en el caso que condujo a la Sentencia T-606 de 1998, se cuenta con la transcripción del siguiente relato verbal del demandante:

Preguntado: Díganos qué lo motivó a usted para presentar dicha acción de tutela. Contestó: “Pues por salud, cuando yo estaba en la calle tuve un accidente en moto y de ahí para acá seguí con un problema en la columna; según el historial médico yo quedé con un problema en la columna. Cuando yo llegué aquí, como a los cuatro meses me condenaron. Cuando estaba sindicado hice solicitudes para que me sacaran una radiografía y me dijeran cómo había seguido yo, porque en esa oportunidad me sentía enfermo. Después voy a la enfermería y hablé con el médico, quien me dijo que yo me estaba haciendo el ‘huevo’, después me llevaron a la enfermería para una droga. Hasta donde yo sé, cuando uno está condenado, el Estado si uno está enfermo tiene que darle la droga y todo. Fui donde el médico de la cárcel y me dio una fórmula, la cual tenía que comprar. Me pasa la fórmula y le digo que no tenía ese dinero para comprar esa fórmula; él me dice que es mi problema si no tengo para comprarla. Eso fue como el 17 de abril la última vez que yo fui a hablar con él. Antes de eso había solicitado

una salida al hospital para una radiografía y me la negaron, no me la dieron. Y es que tan sólo no es el caso mío; hay cantidades de casos; cuando la gente está prácticamente muriéndose es que la sacan para el hospital; de resto no le hacen nada. Esos médicos no sirven prácticamente para nada. Yo tuve el accidente en abril de 1996: venía viajando de Barrancabermeja hacia Bucaramanga. Estuve en la Clínica Palermo de Girón, como un mes. Al poquito tiempo me vine para acá y a los dos meses caí preso por secuestro. De ahí para acá he sentido dolores. Yo necesito calmantes y no los hay ahí, nunca los ha habido”.

En ambas sentencias, la Corte constató que la situación que narraban los demandantes no era aislada, sino que así funcionaban todos los establecimientos carcelarios colombianos, y las pruebas que recaudó en ambos casos le permitieron concluir que no existía ninguna previsión ni programa de las autoridades responsables para remediar ese problema “estructural” del sistema penitenciario colombiano. A partir de esas coordenadas, entonces, diseñó la declaratoria del estado de cosas inconstitucional. En el primero de los casos (Sentencia T-153), la Corte se valió de datos históricos, políticos, sociales y jurídicos para luego afirmar lo siguiente:

El problema de las cárceles y de las condiciones de vida dentro de ellas no ocupa un lugar destacado dentro de la agenda política. A pesar de que desde hace décadas se conoce que la infraestructura carcelaria es inadecuada, que los derechos de los reclusos se vulneran, que los penales no cumplen con su función primordial de resocialización y que los centros carcelarios del país rebosan de sindicados no se observa una actitud diligente de los organismos políticos del Estado con miras a poner remedio a esta situación.

La actitud de los gestores de las políticas públicas frente al problema de las cárceles obedece a la lógica del principio de las mayorías, que gobierna los regímenes democráticos. Los reclusos son personas marginadas por la sociedad. El mismo hecho de que sean confinados en establecimientos especiales, difícilmente accesibles, hace gráfica la condición de extrañamiento de los presos. En estas condiciones, los penados no constituyen un grupo de presión que pueda hacer oír su voz. Por eso, sus demandas y dolencias se pierden entre el conjunto de necesidades que agobian las sociedades subdesarrolladas, como la colombiana.

[...]

La racionalidad constitucional es diferente de la de las mayorías. Los derechos fundamentales son precisamente una limitación al principio de las mayorías, con el ánimo de garantizar los derechos de las minorías y de los individuos. El

juez constitucional está obligado a asumir la vocería de las minorías olvidadas, es decir de aquellos grupos que difícilmente tienen acceso a los organismos políticos. Por esta razón, la Corte Constitucional está llamada a actuar en ocasiones como la presente, llamando la atención sobre el estado de cosas inconstitucional que se presenta en el sistema penitenciario colombiano y que exige la toma de medidas por parte de las distintas ramas y órganos del poder, con miras a poner solución al estado de cosas que se advierte reina en las cárceles colombianas.

Después de ello, en la misma sentencia declaró y comunicó que existía un estado de cosas inconstitucional, en términos como los que siguen:

Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC [Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario] o del Ministerio de Justicia, los demandados en los procesos bajo estudio. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema.

Las cárceles colombianas se han convertido en un problema de orden público y en centros donde se violan sistemáticamente los derechos fundamentales de los internos. Por esta razón, la Corte debe poner en conocimiento del Presidente de la República la existencia del mencionado estado de cosas inconstitucional en materia penitenciaria. Ello con el objeto de que, haciendo uso de sus facultades como suprema autoridad administrativa del país y participante fundamental del proceso legislativo, realice todas las actividades necesarias para poner pronto fin a esta delicada situación, vinculada con la conservación del orden público y con la violación crónica y sistemática de los más elementales derechos humanos.

Asimismo, la Corte comunicará de la existencia de este estado de cosas inconstitucional a los presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes; a los presidentes de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y de las Salas Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura; al Fiscal General de la Nación; a los gobernadores y los alcaldes; a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales; y a los personeros municipales. Esto con el objeto de que hagan uso de las facultades que les conceden la Constitución y las leyes para corregir el señalado estado de cosas que atenta contra la Carta Política.

La declaratoria del estado de cosas inconstitucional llevó a la Corte, a renglón seguido, a expedir las siguientes órdenes:

[...] se ordenará que, en un término de tres meses, se elabore un plan de construcciones y refacciones, con el cual se pueda hacer frente a la situación de hacinamiento y se adecuen los penales actuales a los requerimientos mínimos para el alojamiento de los internos. El plan deberá ser elaborado por el INPEC, el Ministerio de Justicia y el Departamento Nacional de Planeación. La Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de Nación supervigilarán que los proyectos para las nuevas construcciones y para las adecuaciones de las ya existentes se ajusten a los parámetros mínimos para la edificación de penales. El plan deberá ejecutarse en un término máximo de 4 años a partir de la notificación de esta sentencia.

En armonía con lo anterior, y teniendo en cuenta que la remodelación que se adelanta en las celdas de la Cárcel Distrital Modelo de Bogotá no contribuye a ofrecerles a los reclusos condiciones de alojamiento dignas –pues, como lo reconoce el mismo INPEC, en ellas los internos no dispondrán del espacio mínimo necesario– se dispondrá la suspensión inmediata de la remodelación de las celdas de la cárcel.

[...]

La Corte es consciente de las carencias de personal especializado para las tareas de resocialización en los centros de reclusión. Igualmente, sabe de la necesidad de incrementar el personal de la Guardia Penitenciaria, con el objeto de recobrar el orden y hacer cumplir la ley en los establecimientos carcelarios, condición fundamental para garantizar los derechos de los reclusos y la labor de resocialización a la que están destinados los centros penitenciarios. Por eso, ordenará al Ministerio de Justicia y del Derecho, al INPEC y al Ministerio de Hacienda que tomen las medidas presupuestales necesarias para superar esa situación.

Cabe anotar que respecto de tales medidas presupuestales, en la sentencia no se dictaron órdenes directas sobre asignaciones económicas, pero sí se determinó que el gasto en prisiones tiene prioridad aun sobre el gasto público social:

Desde el punto de vista constitucional, es imperioso destinar el presupuesto necesario para convertir a las prisiones en centros donde los derechos fundamentales tengan vigencia. La inversión en las prisiones no puede ser objeto de transacciones. Tampoco caben objeciones en contra de ella. El Estado tiene la obligación constitucional de ofrecerles a los reclusos condiciones dignas de vida. El gasto en prisiones –relacionado con el deber correlativo al debido proceso y al derecho a la tutela judicial efectiva– tiene un carácter más perentorio incluso que el gasto público social, el cual, como lo dispone el artículo 350 de la Carta, tiene prioridad sobre cualquier otra asignación.

Por su parte, la Sentencia T-606/98 declaró el estado de cosas inconstitucional frente a la grave y sistemática violación del derecho a la salud de los internos. Cabe destacar el tipo de orden que se impartió en esta sentencia:

Ordénase al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario 'INPEC' que, en coordinación con los ministerios de Hacienda, Salud y de Justicia y del Derecho y con el Departamento Nacional de Planeación, inicie, a más tardar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta Sentencia, los trámites administrativos, presupuestales y de contratación que sean indispensables para constituir o convenir un sistema de seguridad social en salud, bajo la modalidad subsidiada, que deberá estar operando plenamente en un término que no podrá exceder del 31 de marzo de 1999 y que cobije a la totalidad de los centros de reclusión del país, para detenidos y condenados.

Las dos sentencias que se acaban de reseñar obligaron a la construcción de varias cárceles en el país, que hoy están en funcionamiento, y, así mismo, al replanteamiento de los servicios de salud para los internos de los centros carcelarios y penitenciarios. Lamentablemente, con posterioridad a estas sentencias se han aprobado varias reformas legales, ya en el presente siglo, que aumentaron de modo generalizado las penas privativas de libertad (lo que permite en muchos casos la detención preventiva), crearon nuevos delitos con pena privativa de libertad y recortaron los casos en los cuales es procedente la prisión domiciliaria o la excarcelación, con lo que el número de internos en Colombia ha aumentado significativamente en los últimos años.

### **III. LA POBLACIÓN DESPLAZADA POR EL CONFLICTO ARMADO INTERNO**

El desplazamiento humano forzado por razón del conflicto armado interno es el problema humanitario y de déficit de derechos humanos más grave de Colombia. Son varios millones de personas las que han padecido el azote de tener que abandonar súbitamente su casa, su familia, su pueblo, todo lo suyo, para refugiarse anónimamente en otro lugar del país o en el exterior. Esa dramática situación ha generado oleadas de demandas de tutela, que les han permitido a los jueces detectar los principales reclamos desatendidos de esta población. Hasta el año 2003, la Corte Constitucional había seleccionado 17 de esos casos y los había revisado con la mira puesta en otorgar remedios individuales para cada caso analizado. Un análisis que la propia Corte hizo de esas sentencias le permitió afirmar lo siguiente:



La Corte se ha pronunciado en 17 ocasiones sobre los derechos de la población desplazada. Las sentencias han estado dirigidas principalmente a: (i) corregir actuaciones negligentes o discriminatorias y omisiones de las autoridades encargadas de atender a la población desplazada; (ii) señalar las responsabilidades institucionales en la atención de la población desplazada; (iii) precisar los derechos constitucionales de la población desplazada; (iv) fijar criterios para la interpretación de las normas que regulan la ayuda para esta población, de tal manera que se garanticen efectivamente sus derechos; (v) rechazar el retardo injustificado o la omisión de las autoridades para atender a quienes se ven afectados por el desplazamiento forzado; (vi) urgir el desarrollo de políticas y programas adecuados para la atención de este fenómeno; (vii) precisar los elementos que determinan la condición de desplazado; (viii) señalar los obstáculos que impiden una atención adecuada de la población desplazada y que favorecen o agravan la vulneración de sus derechos; (ix) indicar falencias u omisiones en las políticas y programas diseñados para atender a la población desplazada; y (x) otorgar una protección efectiva a la población desplazada, en particular cuando se trata de personas especialmente protegidas por la Constitución como son los niños, las mujeres cabezas de familia, las personas de la tercera edad y las minorías étnicas. (Sentencia T-25 de 2004)

Así las cosas, en enero de 2004, la Corte expidió dicha Sentencia T-25 de ese año –“la sentencia más importante y ambiciosa de su historia”–,<sup>3</sup> en la que declaró el correspondiente estado de cosas inconstitucional, luego de hacer un estudio sistémico de la situación de las víctimas del desplazamiento interno en el país y de recordar que los desplazados tienen una “especial condición de vulnerabilidad, exclusión y marginalidad, entendida la primera como aquella situación que sin ser elegida por el individuo desplazado, sí le impide acceder a unas garantías mínimas para alcanzar efectivamente la realización de sus derechos económicos, sociales y culturales y, en este orden, a la adopción de su propio proyecto de vida”. En esa sentencia, la Corte identificó 12 carencias del sistema que se había puesto en funcionamiento para atender a las víctimas del desplazamiento:

1. Insuficiencia en la apropiación de recursos para la implementación de las políticas elaboradas.
2. Escasa cobertura de los programas de atención elaborados.
3. Falta de coordinación en la elaboración e implementación de las políticas, así como la dispersión de las funciones y responsabilidades.

---

3 Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, “Y los desplazados, ¿qué?”, *El Tiempo*, 12 de julio de 2009, columna de opinión. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3522563>.

4. Ausencia de participación de la población desplazada en el diseño e implementación de la respuesta institucional.
5. Excesivo énfasis en la elaboración de respuestas de corto plazo y de carácter temporal en la atención que se presta a la población desplazada.
6. Falta de preparación de los funcionarios llamados a atender a esta población.
7. Ausencia de planeación de políticas y de los proyectos y programas.
8. Inexistencia de mecanismos efectivos de seguimiento a la gestión.
9. Bajo nivel de compromiso de la población no desplazada.
10. Falta de flexibilidad de la respuesta institucional.
11. Bajo nivel de compromiso de las entidades territoriales.
12. Ausencia de políticas favorables a los grupos desplazados de mayor vulnerabilidad (niños, mujeres, indígenas, entre otros).<sup>4</sup>

La Corte Constitucional verificó, así mismo, que pese a los múltiples requerimientos que les había hecho en sentencias anteriores a las autoridades encargadas del diseño y la ejecución de las políticas públicas en materia de desplazamiento,<sup>5</sup> no se había obtenido ninguna mejora en las condiciones de esta población:

El patrón de violación de los derechos de la población desplazada ha persistido en el tiempo, sin que las autoridades competentes hayan adoptado los correctivos suficientes para superar esas violaciones, y sin que las soluciones puntuales ordenadas por la Corte frente a las violaciones detectadas en las sentencias dictadas hasta el momento, hayan contribuido a impedir la reincidencia de las autoridades demandadas en tutela. Inclusive, se ha llegado a agravar la situación de afectación de los derechos de la población desplazada ante la exigencia impuesta por algunos funcionarios de la interposición de acciones de tutela como requisito previo para que las autoridades encargadas de su atención cumplan con sus deberes de protección.

Así las cosas, la Corte Constitucional profirió esta sentencia “hito”, en la que impartió órdenes concretas para responder a las peticiones específicas de los demandantes en ese proceso de tutela, y otras órdenes de carácter general, que la Corte denominó “de ejecución compleja”,<sup>6</sup> y que, según sus propias palabras,

---

4 Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2004, anexo III, apartado VII-1.

5 Véase Sentencia T-215 de 2002.

6 Sobre esta sentencia y sus efectos véase por todos, Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el des-*

[estaban] dirigidas a garantizar los derechos de toda la población desplazada, independientemente de que hayan o no acudido a la acción de tutela para la protección de sus derechos. Tales órdenes tienen como finalidad que las entidades encargadas de atender a la población desplazada establezcan, en un plazo prudencial, y dentro de la órbita de sus competencias, los correctivos que sean necesarios para superar los problemas de insuficiencia de recursos destinados y de precariedad de la capacidad institucional para implementar la política estatal de atención a la población desplazada.

Los siguientes extractos de la parte resolutive de esa sentencia permiten apreciar el alcance de esas órdenes de carácter general:

Primero.- Declarar la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada debido a la falta de concordancia entre la gravedad de la afectación de los derechos reconocidos constitucionalmente y desarrollados por la ley, de un lado, y el volumen de recursos efectivamente destinado a asegurar el goce efectivo de tales derechos y la capacidad institucional para implementar los correspondientes mandatos constitucionales y legales, de otro lado.

Segundo.- Comunicar, por medio de la Secretaría General, dicho estado de cosas inconstitucional al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, para que dentro de la órbita de su competencia y en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales verifique la magnitud de esta discordancia y diseñe e implemente un plan de acción para superarla dando especial prioridad a la ayuda humanitaria dentro de los plazos que a continuación se indican:

- a. A más tardar el 31 de marzo de 2004, el Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia habrá de (i) precisar la situación actual de la población desplazada inscrita en el Sistema Único de Registro, determinando su número, ubicación, necesidades y derechos según la etapa de la política correspondiente; (ii) fijar la dimensión del esfuerzo presupuestal que es necesario para cumplir con la política pública encaminada a proteger los derechos fundamentales de los desplazados; (iii) definir el porcentaje de participación en la apropiación de recursos que corresponde a la Nación, a las entidades territoriales y a la cooperación internacional; (iv) indicar el mecanismo de consecución de tales recursos, y (v) prever un plan de

---

*plazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2010. Disponible en: [http://www.rtfn-watch.org/uploads/media/Colombia\\_-\\_Cortes\\_y\\_cambio\\_social.pdf](http://www.rtfn-watch.org/uploads/media/Colombia_-_Cortes_y_cambio_social.pdf).

contingencia para el evento en que los recursos provenientes de las entidades territoriales y de la cooperación internacional no lleguen en la oportunidad y en la cuantía presupuestadas, a fin de que tales faltantes sean compensados con otros medios de financiación.

- b. Dentro del año siguiente a la comunicación de la presente sentencia, el Director de la Red de Solidaridad Social, los Ministros de Hacienda y Crédito Público y del Interior y de Justicia, así como el Director del Departamento Nacional de Planeación y los demás miembros del Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, realizarán todos los esfuerzos necesarios para asegurar que la meta presupuestal por ellos fijada se logre. Si dentro del lapso de ese año, o antes, resulta evidente que no es posible asignar el volumen de recursos establecido, deberán (i) redefinir las prioridades de esa política y (ii) diseñar las modificaciones que será necesario introducir a la política estatal de atención a la población desplazada. En todo caso, para la adopción de estas decisiones, deberá asegurarse el goce efectivo de los mínimos de los cuales depende el ejercicio del derecho a la vida en condiciones de dignidad, señalado en la sección 9 de esta sentencia.
- c. Ofrecer a las organizaciones que representan a la población desplazada oportunidades para participar de manera efectiva en la adopción de las decisiones que se tomen con el fin de superar el estado de cosas inconstitucional e informarles mensualmente de los avances alcanzados.

[...]

Cuarto.- Ordenar al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia que dentro de los 3 meses siguientes a la comunicación de la presente sentencia, adopte un programa de acción, con un cronograma preciso, encaminado a corregir las falencias en la capacidad institucional, por lo menos, en lo que respecta a las que fueron expuestas en los informes aportados al presente proceso y resumidas en el apartado 6 y el Anexo 5 de esta sentencia.

Quinto.- Ordenar al Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada, que en un plazo máximo de 6 meses, contados a partir de la comunicación de la presente sentencia, concluya las acciones encaminadas a que todos los desplazados gocen efectivamente del mínimo de protección de sus derechos a que se hizo referencia en el apartado 9 de esta sentencia.

[...]

Octavo.- Prevenir a todas las autoridades nacionales y territoriales responsables de la atención a la población desplazada en cada uno de sus componentes, que en lo sucesivo se abstengan de incorporar la interposición de la acción de tutela como requisito para acceder a cualquiera de los beneficios definidos en la ley. Ta-

les servidores públicos deberán atender oportuna y eficazmente las peticiones, en los términos de la orden décima de esta sentencia.

Noveno.- Comunicar la presente sentencia al Director de la Red de Solidaridad Social para lo de su competencia y ordenarle que instruya a las personas encargadas de atender a los desplazados, para que les informen de manera inmediata, clara y precisa la carta de derechos básicos de toda persona que ha sido víctima de desplazamiento forzado interno señalada en el apartado 10.1.4. de esta sentencia y establezca mecanismos para verificar que ello realmente suceda.

La actividad de la Corte Constitucional en este caso no se agotó, por lo demás, con la expedición de la sentencia, sino que creó tres instrumentos para verificar el cumplimiento de las órdenes impartidas: los informes periódicos que sobre su labor deben rendir las autoridades administrativas encargadas de la implementación de dichas órdenes; la creación de una sala especial de seguimiento, integrada por la propia Corte, que emite autos sobre el grado de cumplimiento de la sentencia; y la celebración de audiencias públicas en las que periódicamente se revisan los avances y las dificultades en el cumplimiento del fallo. Hasta el momento de confeccionar este trabajo se han proferido más de 80 autos de seguimiento y se han celebrado más de 15 audiencias públicas. Con ocasión de estos mecanismos de seguimiento se ha creado un interesante entramado participativo en el que la población víctima del desplazamiento forzado se ha hecho visible y activa.

#### IV. LA ATENCIÓN DE LA SALUD

La salud es el derecho fundamental más invocado en la acción de tutela, así como el que en mayor número de ocasiones han protegido los jueces de instancia y la Corte Constitucional.<sup>7</sup> La utilización masiva de la acción de tutela para lograr las prestaciones de salud que requieren los pacientes indica, sin duda, que algo no funciona bien en el diseño institucional de este derecho, ya que muchísimos colombianos han tenido que afrontar la adversidad de ver que una enfermedad no solo requiere atención médica oportuna, sino que se transforma en un problema jurídico que los obliga a acudir ante los tribunales, precisamente en momentos en los que se encuentran en una situación de especial urgencia y vulnerabilidad.

---

7 Según datos de la Defensoría del Pueblo, en el año 2012 el derecho a la salud fue el segundo derecho más invocado (26,94% de los casos), solo superado por el derecho de petición (44,94%). El informe respectivo se puede consultar en el siguiente enlace: <http://gestarsalud.com/logrosycriterios/images/PDF/tuteladerechosalud2012.pdf>.

Las coordenadas generales del régimen del derecho a la salud vigente en Colombia son las siguientes:<sup>8</sup>

1. El sistema está regido por los principios de universalidad, como parámetro demográfico ambicioso consistente en la extensión del derecho y del servicio de salud a toda la población; solidaridad, concebida como la exigencia de apoyo entre los distintos sectores de la población; igualdad en las posibilidades de acceso al servicio; obligatoriedad de afiliación; eficiencia y mejor aprovechamiento de los recursos humanos, científicos y financieros para obtener fines determinados; progresividad de los planes de atención y participación social de toda la comunidad en la configuración del sistema.
2. El Estado interviene en la prestación del servicio de salud mediante la regulación, la vigilancia y el control general del sistema, pero la prestación del servicio, como tal, es asumida por empresas e instituciones tanto públicas como privadas, que compiten por la afiliación de los usuarios.
3. El sistema funciona según un esquema de aseguramiento público, en el que la afiliación es obligatoria para todos los trabajadores, ya sean asalariados o independientes. La prima del seguro es tasada por el Estado y recibe el nombre de unidad de pago por capitación (UPC).
4. Las “empresas de salud” (públicas y privadas) tienen a su cargo el aseguramiento de los afiliados y contratan con “instituciones prestadoras de salud” la asistencia material de los servicios (atención a pacientes, provisión de medicamentos y procedimientos médicos, suministro de equipos, etc.). En numerosos casos, las empresas de aseguramiento tienen sus propios hospitales, farmacias, laboratorios, cuerpos médicos y demás insumos necesarios para atender estos servicios. Es decir, contratan la prestación de la salud con ellas mismas. Vale resaltar que el recaudo de las UPC es una competencia de las empresas de salud.
5. Para garantizar la universalización de la cobertura, la legislación vigente estableció una distinción entre afiliados al “régimen contributivo” y al “régimen subsidiado”. Los primeros son todas las personas asalariadas o que trabajan de modo independiente, así como sus núcleos familiares; los segundos, quienes no tienen ningún vínculo laboral ni desempeñan ninguna actividad económica formalizada.

---

8 Un buen panorama del régimen de la salud en Colombia puede verse en Azuero Zúñiga, Francisco, “La organización institucional y la regulación en el sistema general de seguridad social en salud en Colombia”, en Bernal, Óscar y Gutiérrez, Catalina (comps.), *La salud en Colombia: logros, retos y recomendaciones*, Bogotá, Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, 2012, pp. 183-207.

6. El régimen contributivo es “autosuficiente”, es decir, depende en exclusiva de los aportes de las personas afiliadas y las empresas empleadoras, mientras el “subsidiado”, como su nombre lo indica, se financia con recursos de los presupuestos públicos. Existe un fondo de solidaridad y garantía (Fosyga), encargado de la financiación del sistema. Tiene cuatro cuentas independientes, destinadas respectivamente a la compensación del régimen contributivo, la solidaridad del régimen subsidiado, la promoción y prevención de la salud y el control de los eventos catastróficos y accidentes de tránsito.
7. Existe un tercer grupo, denominado “de beneficiarios no participantes”, en el que caben todas las personas que, por insolvencia del sistema, no pueden acceder siquiera al régimen subsidiado. Estos colombianos acceden en forma irregular a la prestación de los servicios de salud, no tienen calidad de asegurados y son elegidos mediante un sistema de selección de beneficiarios de programas sociales (Sisben), que tiene en cuenta factores como la capacidad económica, la pertenencia a grupos de especial protección constitucional o la capacidad de acceder a servicios públicos esenciales. Una de las metas del sistema es que todos los miembros de este grupo eventualmente lleguen a integrar el régimen subsidiado, haciendo menos gravosa su situación.
8. Existe un documento llamado *plan de beneficios en salud*, antes *plan obligatorio de salud*, al que todos los colombianos llaman por su vieja sigla, POS, que equivale a la póliza del seguro, y que contiene el listado de medicamentos, terapias, procedimientos quirúrgicos y demás prestaciones de salud a las que tienen derecho los afiliados. El POS es actualizado periódicamente por unas instancias administrativas, con participación tanto de las autoridades como de las empresas de aseguramiento, las asociaciones médicas y las asociaciones de pacientes. En principio, el POS del régimen contributivo no es igual al del régimen subsidiado, aunque una de las metas del sistema es llegar eventualmente a una igualdad entre ambos.
9. Hay medicamentos, procedimientos, terapias y tratamientos que están excluidos del POS, ya sea por razones científicas, económicas, políticas o de oportunidad (medicamentos de eficacia no comprobada o en fase de experimentación, productos “de marca” que tienen equivalentes genéricos, cirugías puramente estéticas, tratamientos demasiado costosos).
10. Existe una red institucional/burocrática un tanto compleja, que adelanta las funciones de regulación, inspección, control y vigilancia a cargo del Estado (ministerios, superintendencias, comisiones, consejos, direccio-

nes, etc.). Estas atribuciones están distribuidas entre el poder estatal central y las entidades territoriales.

El enorme número de casos judiciales sobre derecho a la salud, le permitió a la Corte Constitucional hacer una tipología de las situaciones que generaban esas acciones de tutela y detectar cuáles eran los principales “puntos críticos” del sistema, y con ese insumo de primera mano, en el año 2008 expidió la Sentencia T-760, que propone una alternativa a la protección casuista de este derecho y aborda la situación de vulneración y desconocimiento del mismo desde sus causas estructurales, para intentar remediarlas con órdenes dirigidas a diversas autoridades y a los particulares que prestan servicios de salud. En esta sentencia, la Corte abandonó la terminología de ‘estado de cosas inconstitucional’, que no ha vuelto a declarar desde entonces. Sin embargo, los alcances de esta sentencia permiten clasificarla en el mismo tipo de estrategia judicial para enfrentar casos reiterados y sistemáticos de desconocimiento de derechos fundamentales.

En esta ocasión, la Corte Constitucional acumuló 22 procesos de tutela, 20 de ellos de personas que solicitaban la protección de su derecho a la salud y dos de empresas prestadoras de salud (EPS), que solicitaban al Estado el pago de unos servicios que habían prestado y que excedían el listado de obligaciones a su cargo según el POS. En el análisis de los casos concretos, la Corte encontró dos tipos de fallas estructurales en la prestación del servicio de salud: deficiencias en la regulación y obstáculos que resultaban de la aplicación de la regulación existente.

Dentro de los estudios que se han hecho sobre la patología del derecho a la salud y sobre la Sentencia T-760 de 2008, merece destacarse el del profesor César Rodríguez Garavito, que contiene un diagnóstico certero e interesantes recomendaciones sobre el mismo.<sup>9</sup> A continuación se presenta, de modo muy esquemático, un resumen de ese estudio. El autor constata que desde la época inaugural (1992-1997), la Corte Constitucional acogió tutelas sobre el derecho a la salud y ordenó el suministro de medicamentos, cirugías, citas o tratamientos que fueran necesarios para garantizar el derecho a una vida digna, a la vez que ordenó el suministro de medicamentos o terapias que no estaban en el listado de prestaciones que se impone a los prestadores del servicio de salud (el POS). Sin embargo, entre 1992 y 1997, el número de casos de salud representaban apenas el 4% de las tutelas. La “explosión” de la tutela ocurrió a partir del año 1998. En el año 1999, las tutelas en salud pasaron a ser un 24% del total, y en 2008 llegaron a ser el 41% del total. En la mayoría de los casos, los fallos fueron a favor de los pacientes (72% en 1999, 86% en 2008). La favorabilidad es aún más evidente, si

---

9 Rodríguez Garavito, César, “La judicialización de la salud: síntomas, diagnóstico y prescripciones”, en Bernal, Óscar y Gutiérrez, Catalina (comps.), *op. cit.*, pp. 507-567.



se tiene en cuenta que la mayoría de las decisiones desfavorables correspondían a casos en los que mientras se tramitaba la tutela, el paciente había recibido lo que estaba pidiendo. A partir de algunas cifras contenidas en este estudio, es dable afirmar que Colombia puede haber sido el país con tasa per cápita de litigio en salud más alta del mundo. El punto de quiebre en esta “espiral de tutelas” lo marcó la Sentencia T-760 de 2008, pues le dio un enfoque estructural al tema. A partir de esta sentencia se han presenciado varios intentos de desjudicialización, que han revertido levemente la tendencia creciente de este tipo de litigio.

En la Sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional acumuló varios casos “rutinarios” de salud y a partir de esa acumulación hizo un recuento de las líneas jurisprudenciales sobre este derecho, sistematizó las prestaciones que según la jurisprudencia tienen los afiliados al sistema y expidió órdenes dirigidas a los diferentes actores del mismo, con miras a remediar los problemas estructurales de la satisfacción del derecho a la salud. En cuanto al contenido subjetivo de este derecho, la sentencia lo sintetizó así:

Toda persona cuenta, entre otros, con los siguientes derechos constitucionales,

(i) *Acceso a servicios.* Toda persona tiene derecho a que la entidad encargada de garantizarle la prestación de los servicios de salud, EPS, autorice el acceso a los servicios que *requiere* y aquellos que *requiere con necesidad*, incluso si no se encuentran en el plan obligatorio de salud; obstaculizar el acceso en tales casos implica *irrespetar* el derecho a la salud de la persona. El acceso a los servicios debe ser *oportuno, de calidad y eficiente.*

(ii) *Protección especial a niños y niñas.*

(iii) *Concepto del médico adscrito y externo.*

(iv) *Acceso sin obstáculos por pagos.*

(v) *Acceso al diagnóstico.*

(vi) *Allanamiento a la mora.*

(vii) *Protección a las enfermedades catastróficas y de alto costo.*

El acceso a los servicios de salud oportunos es especialmente garantizado cuando se trata de una persona con una enfermedad catastrófica o de alto costo; no se les puede dejar de atender ‘*bajo ningún pretexto*’, ni pueden cobrarse copagos.

(viii) *Acceso con continuidad a la salud.*

(ix) *Información, acompañamiento y seguimiento.*

(x) *Prohibición de trasladarles a los usuarios cargas administrativas y burocráticas que le corresponde asumir a la EPS.*

(xi) *Acceso a los servicios de acuerdo al principio de integralidad.*

(xii) *Libertad de elección de EPS.*

Por otra parte, para remediar las “causas estructurales” de la crisis de la salud en Colombia, esta sentencia impartió varias órdenes, algunas de las cuales se transcriben a continuación, dirigidas a diferentes autoridades y a las empresas privadas que prestan los servicios de salud:

Décimo sexto.- Ordenar al Ministerio de la Protección Social, a la Comisión de Regulación en Salud y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, adoptar las medidas necesarias, de acuerdo con sus competencias, para superar las fallas de regulación en los planes de beneficios asegurando que sus contenidos (i) sean precisados de manera clara, (ii) sean actualizados integralmente, (iii) sean unificados para los regímenes contributivo y subsidiado, y (iv) sean oportuna y efectivamente suministrados por las Entidades Promotoras de Salud.

Esta regulación también deberá (i) incentivar que las EPS y las entidades territoriales garanticen a las personas el acceso a los servicios de salud a los cuales tienen derecho; y (ii) desincentivar la denegación de los servicios de salud por parte de las EPS y de las entidades territoriales.

[...]

Décimo séptimo.- Ordenar a la Comisión Nacional de Regulación en Salud la actualización integral de los Planes Obligatorios de Salud (POS). Para el cumplimiento de esta orden la Comisión deberá garantizar la participación directa y efectiva de la comunidad médica y de los usuarios del sistema de salud, según lo indicado en el apartado (6.1.1.2.). En dicha revisión integral deberá: (i) definir con claridad cuáles son los servicios de salud que se encuentran incluidos dentro de los planes de beneficios, valorando los criterios de ley así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional; (ii) establecer cuáles son los servicios que están excluidos así como aquellos que no se encuentran comprendidos en los planes de beneficios pero que van a ser incluidos gradualmente, indicando cuáles son las metas para la ampliación y las fechas en las que serán cumplidas; (iii) decidir qué servicios pasan a ser suprimidos de los planes de beneficios, indicando las razones específicas por las cuales se toma dicha decisión, en aras de una mayor protección de los derechos, según las prioridades en materia de salud; y (iv) tener en cuenta, para las decisiones de incluir o excluir un servicio de salud, la sostenibilidad del sistema de salud así como la financiación del plan de beneficios por la UPC y las demás fuentes de financiación.

[...]

Décimo octavo.- Ordenar a la Comisión de Regulación en Salud la actualización de los Planes Obligatorios de Salud por lo menos una vez al año, con base en los criterios establecidos en la ley. La Comisión presentará un informe anual a la

Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación indicando, para el respectivo período, (i) qué se incluyó, (ii) qué no se incluyó de lo solicitado por la comunidad médica y los usuarios, (iii) cuáles servicios fueron agregados o suprimidos de los planes de beneficios, indicando las razones específicas sobre cada servicio o enfermedad, y (iv) la justificación de la decisión en cada caso, con las razones médicas, de salud pública y de sostenibilidad financiera.

[...]

Décimo noveno.- Ordenar al Ministerio de la Protección Social que adopte medidas para garantizar que todas las Entidades Promotoras de Salud habilitadas en el país envíen a la Comisión de Regulación en Salud, a la Superintendencia Nacional de Salud y a la Defensoría del Pueblo, un informe trimestral en el que se indique: (i) los servicios médicos ordenados por el médico tratante a sus usuarios que sean negados por la Entidad Promotora de Salud y que no sean tramitados por el Comité Técnico Científico, (ii) los servicios médicos ordenados por el médico tratante a sus usuarios que sean negados por el Comité Técnico Científico de cada entidad; (iii) indicando en cada caso las razones de la negativa, y, en el primero, indicando además las razones por las cuales no fue objeto de decisión por el Comité Técnico Científico.

[...]

Vigésimo.- Ordenar al Ministerio de la Protección Social y a la Superintendencia Nacional de Salud que adopten las medidas para identificar las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios que con mayor frecuencia se niegan a autorizar oportunamente servicios de salud incluidos en el POS o que se requieran con necesidad.

[...]

Vigésimo primero.- Ordenar a la Comisión de Regulación en Salud unificar los planes de beneficios para los niños y las niñas del régimen contributivo y del subsidiado, medida que deberá adoptarse antes del 1 de octubre de 2009 y deberá tener en cuenta los ajustes necesarios a la UPC subsidiada de los niños y las niñas para garantizar la financiación de la ampliación en la cobertura. En caso de que para esa fecha no se hayan adoptado las medidas necesarias para la unificación del plan de beneficios de los niños y las niñas, se entenderá que el plan obligatorio de salud del régimen contributivo cubre a los niños y las niñas del régimen contributivo y del régimen subsidiado.

[...]

Vigésimo segundo.- Ordenar a la Comisión de Regulación en Salud que adopte un programa y un cronograma para la unificación gradual y sostenible de los planes de beneficios del régimen contributivo y del régimen subsidiado teniendo

en cuenta: (i) las prioridades de la población según estudios epidemiológicos, (ii) la sostenibilidad financiera de la ampliación de la cobertura y su financiación por la UPC y las demás fuentes de financiación previstas por el sistema vigente.

[...]

Vigésimo tercero.- Ordenar a la Comisión de Regulación en Salud que adopte las medidas necesarias para regular el trámite interno que debe adelantar el médico tratante para que la respectiva EPS autorice directamente tanto los servicios de salud no incluidos en el plan obligatorio de salud (contributivo o subsidiado), diferente a un medicamento, como los medicamentos para la atención de las actividades, procedimientos e intervenciones explícitamente excluidas del Plan Obligatorio de Salud, cuando estas sean ordenadas por el médico tratante.

[...]

Vigésimo cuarto.- Ordenar al Ministerio de la Protección Social y al administrador fiduciario del Fosyga que adopten medidas para garantizar que el procedimiento de recobro por parte de las Entidades Promotoras de Salud ante el Fosyga, así como ante las entidades territoriales respectivas, sea ágil y asegure el flujo oportuno y suficiente de recursos al sistema de salud para financiar los servicios de salud, tanto en el evento de que la solicitud se origine en una tutela como cuando se origine en una autorización del Comité Técnico Científico.

[...]

Vigésimo sexto.- Ordenar al Ministerio de la Protección Social y al Administrador fiduciario del Fosyga que, si aún no lo han hecho, diseñen un plan de contingencia para (1) adelantar el trámite de las solicitudes de recobro que están atrasadas y (2) agilizar los pagos de las solicitudes de recobro en las que se verificó el cumplimiento de los requisitos de las resoluciones vigentes, pero que aún no han sido pagadas, de acuerdo con lo señalado en esta providencia. Este plan deberá contener al menos: (i) metas específicas para el cumplimiento de la presente orden, (ii) un cronograma para el cumplimiento de las metas y (iii) las acciones que se llevarán a cabo para el cumplimiento de las metas, especificando en cada caso el funcionario responsable de su cumplimiento.

[...]

Vigésimo octavo.- Ordenar al Ministerio de la Protección Social que, si aún no lo han hecho, adopte las medidas necesarias para asegurar que al momento de afiliarse a una EPS, contributiva o subsidiada, le entreguen a toda persona, en términos sencillos y accesibles, la siguiente información,

(i) *Una carta con los derechos del paciente.* Esta deberá contener, por lo menos, los derechos contemplados en la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica

Mundial (adoptada por la 34ª Asamblea en 1981)<sup>10</sup> y los contemplados en la parte motiva de esta providencia, en especial, en los *capítulos 4 y 8*. Esta *Carta* deberá estar acompañada de las indicaciones acerca de cuáles son las instituciones que prestan ayuda para exigir el cumplimiento de los derechos y cuáles los recursos mediante los cuales se puede solicitar y acceder a dicha ayuda.

(ii) *Una carta de desempeño*. Este documento deberá contener información básica acerca del desempeño y calidad de las diferentes EPS a las que se puede afiliarse en el respectivo régimen, así como también acerca de las IPS que pertenecen a la red de cada EPS. El documento deberá contemplar la información necesaria para poder ejercer adecuadamente la libertad de escogencia.

[...]

Vigésimo noveno.- Ordenar al Ministerio de Protección Social que adopte las medidas necesarias para asegurar la cobertura universal sostenible del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en la fecha fijada por la Ley –antes de enero de 2010–. En caso de que alcanzar esta meta sea imposible, deberán ser explicadas las razones del incumplimiento y fijarse una nueva meta, debidamente justificada.

Trigésimo.- Ordenar al Ministerio de Protección Social que presente anualmente un informe a la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo, en el que mida el número de acciones de tutela que resuelven los problemas jurídicos mencionados en esta sentencia y, de no haber disminuido, explique las razones de ello. El primer informe deberá ser presentado antes del 1º de febrero de 2009.

Esta sentencia fue expedida hace [más de] seis años y, desde entonces, la Corte Constitucional le hace seguimiento a su ejecución, de modo semejante a como lo hace con la sentencia sobre el desplazamiento forzado. Los autos mediante los cuales se verifica ese cumplimiento (ya son más de 45) pueden consultarse en la página web de ese tribunal: [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). La importancia de la Sentencia T-760 de 2008 radica en cuatro asuntos de fundamental importancia: en primer lugar, la exigencia de un mayor rigor en todo lo atinente al plan de beneficios en salud, a la hora de actualizar y delimitar su contenido y de informar a los usuarios acerca de sus derechos. En segundo lugar, debe resaltarse que gracias a esta sentencia el sistema apunta hoy hacia el logro de una igualdad total entre los regímenes contributivo y subsidiado, al tiempo que busca aumentar la cobertura hasta alcanzar a la totalidad de los colombianos, eliminando la terrible

---

<sup>10</sup> Resolución 13.437 de 1991, Ministerio de la Salud (hoy de la Protección Social).

necesidad de parcelar a la población entre afiliados al régimen subsidiado y vinculados no participantes. En tercer lugar, mediante esta sentencia se incrementó el rol participativo del Estado en el funcionamiento del sistema: no solo existe una constante exigencia de informes de desempeño entre los distintos organismos que lo componen, incluso del sector privado, sino que además se profundizó en la regulación de procedimientos, en procura de una mayor seguridad jurídica. Finalmente, la Sentencia T-760 de 2008 tuvo como finalidad una mejora en el flujo de recursos, cuya congelación produjo en muchas ocasiones vulneraciones del derecho a la salud por falta de claridad, celeridad y responsabilidad en el manejo de los dineros con los que se financia el sistema.

Existe un aspecto novedoso en el acompañamiento al proceso de cumplimiento de las órdenes dictadas en esta sentencia, como lo es la constitución de grupos de seguimiento. Por medio de ellos, la participación de la población civil se incrementa y la democratización en la construcción e implementación de políticas públicas se convierte en una realidad. A esos grupos de seguimiento han sido invitados formalmente amplios sectores de la sociedad que tienen relación con la salud: agremiaciones de médicos, asociaciones de usuarios y consumidores, facultades de derecho, organizaciones promotoras de derechos humanos, instituciones públicas que tienen incidencia en el diseño o ejecución de políticas públicas de salud y otros.

## V. NOTAS COMUNES A LAS ANTERIORES SENTENCIAS

Tal como se afirmó al inicio de este documento, la Corte Constitucional colombiana ha decretado en al menos 13 ocasiones el estado de cosas inconstitucional. En la sentencia estructural sobre la salud, sin embargo, no utilizó esa terminología, aunque se trata del mismo tipo de sentencia. Así las cosas, cabe recoger que la Corte ha mencionado los siguientes parámetros como determinantes de la procedencia de un estado de cosas inconstitucional:

- 1) La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas.
- 2) La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar estos derechos.
- 3) La adopción de prácticas inconstitucionales, como la exigencia de incorporar la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado.
- 4) La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos.

- 5) La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, para la adopción mancomunada de un conjunto de medidas multisectoriales que [...] exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante.
- 6) Si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

De otro lado, la Corte Constitucional ha ideado dos mecanismos para vigilar el cumplimiento efectivo de las órdenes impartidas en las sentencias estructurales: las salas y los autos de seguimiento. Las salas de seguimiento están constituidas por agentes de la sociedad civil, expertos, interesados en la situación que fue objeto de la sentencia y algunos miembros del Gobierno. En estas salas de seguimiento se analizan los informes presentados por las autoridades concernidas para verificar los avances alcanzados en el cumplimiento de la sentencia y se discuten temas relacionados con ese cumplimiento. Los autos de seguimiento, por su parte, son decisiones que profiere la Corte, a partir de la información que recibe de las salas, con el fin de visibilizar alguna particularidad en el proceso de ejecución de la sentencia, o en los que hace observaciones al Ejecutivo por la implementación parcial o defectuosa de los elementos constitutivos de la sentencia.

Ahora bien, en todas las sentencias estructurales se aprecia una apertura de la Corte Constitucional a la realidad en la que operan los principios sobre el Estado social y democrático de derecho, y se pone en evidencia que existen temas que, por carecer de interés en la agenda política, no son tratados de manera adecuada por los demás poderes públicos. Esto acarrea vulneraciones graves y sistemáticas de derechos fundamentales de un grupo de personas. La visión de la realidad que se ha formado la Corte proviene de la masiva presentación de acciones de tutela, lo cual confirma uno de los fenómenos contemporáneos más analizados por la doctrina jurídica, como lo es la judicialización de los problemas sociales.

Es evidente que en el desarrollo de esta figura, los jueces constitucionales se atribuyen funciones que tradicionalmente no hacían parte de su órbita de competencias, como quiera que ordenan a la administración desarrollar o ejecutar planes concretos para conjurar la crisis, o establecer políticas públicas, lo cual rompe con la visión ortodoxa del principio de división de poderes. Se debate si las órdenes que se han impartido en estas sentencias constituyen una política pública con todos sus alcances, con la particularidad de ser de creación judicial. Suele responderse que hay algunos elementos de la definición de política pública que aquí no se dan, como la fijación detallada de los pasos que hay que seguir para su implementación. En todo caso, esa circunstancia puede relativizarse si se entiende que en la construcción de políticas públicas intervienen varias ins-

tituciones del Estado, lo que en este caso sucedería efectivamente por la participación del juez constitucional como delimitador general de las políticas, y la del Ejecutivo como realizador de esas políticas. También es obvia dicha colaboración cuando se establecen las llamadas salas de seguimiento, integradas por expertos en el tema, miembros del Gobierno y del alto tribunal, para supervisar el cumplimiento de las órdenes contenidas en la decisión judicial.

Las sentencias estructurales, como manifestación del enorme poder institucional de los tribunales constitucionales, tienen por efecto superar situaciones sociales sumamente desfavorables, a la par que le permiten participar a la ciudadanía en la reconstrucción del tejido social que se ha desvanecido por efecto de la vulneración de sus derechos.

Pese a lo loable que parece todo lo anterior, hay varios puntos de vista críticos respecto de la figura. De un lado, persisten las posturas que descalifican este tipo de sentencias por argumentos tradicionales: falta de legitimidad democrática de los tribunales, ruptura del principio de separación de poderes, tiranía judicial. Las coordenadas de esos debates son ya ampliamente conocidas y al parecer se trata de una discusión estancada. Sin embargo, hay otros ejes críticos que han surgido precisamente de la práctica de estas sentencias: imposibilidad de cumplimiento y desconocimiento técnico de las posibilidades presupuestales del Estado para responder a las obligaciones impuestas por el tribunal.

Ahora bien, en relación con la crítica que apunta a censurar un activismo excesivo del Poder Judicial, podría responderse que, a diferencia del activismo vertical y minucioso en el que el juez imparte órdenes detalladas, en estas sentencias se aprecia un activismo dialógico, que se caracteriza del siguiente modo:<sup>11</sup>

1. Las sentencias dialógicas tienden a dictar órdenes más abiertas que las del activismo clásico. [...] Las sentencias de la jurisprudencia dialógica tienden a abrir un proceso de seguimiento que alienta la discusión de alternativas de políticas públicas para solucionar el problema estructural detectado en el fallo. Los detalles de las políticas, por tanto, tienden a surgir en el transcurso del proceso de seguimiento, no en la sentencia misma. Con frecuencia, además, las órdenes de los fallos no implican obligaciones de resultado muy precisas, sino el deber de las autoridades públicas de diseñar e implementar políticas que avancen en la protección de los derechos vulnerados.
2. La implementación de los fallos tiene lugar mediante mecanismos de seguimiento periódicos y públicos. Al mantener su competencia sobre el

---

11 Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, op. cit., pp. 52 y ss.



caso después de la sentencia, las cortes dialógicas suelen dictar nuevas decisiones a la luz de los avances y retrocesos del proceso, y alentar la discusión entre los actores del caso en audiencias públicas y deliberativas.

3. [Por los medios de seguimiento adoptados], los fallos dialógicos tienden a involucrar un espectro más amplio de actores sociales en ese proceso de seguimiento. Además de la misma Corte y las entidades públicas destinatarias de las órdenes, la implementación involucra a todos aquellos que, directa o indirectamente, son afectados o tienen interés legítimo en el resultado del caso estructural. Esto incluye a las víctimas cuyos derechos han sido violados, las organizaciones de la sociedad civil relevantes, los organismos internacionales de derechos humanos y otros actores cuya participación resulte útil para la protección de los derechos objeto del caso, desde organizaciones de base hasta centros académicos.<sup>12</sup>

Así las cosas, podría afirmarse que además de los resultados de justicia material que pueden derivar de la ejecución de las sentencias estructurales, estas también tienen un importante efecto de reactivación de la democracia, desde la vigencia del derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

- AZUERO ZÚÑIGA, Francisco, “La organización institucional y la regulación en el sistema general de seguridad social en salud en Colombia”, en BERNAL, Óscar y GUTIÉRREZ, Catalina (comps.), *La salud en Colombia: logros, retos y recomendaciones*, Bogotá, Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, 2012.
- CITRON, Roger, “(Un)Luckey v. Miller: The Case for a Structural Injunction to Improve Indigent Defense Services”, *The Yale Law Journal*, vol. 101, núm. 482, 1991-1992, p. 497. Disponible en: <http://works.bepress.com>.
- FISS, Owen M., *Civil rights injunction*, Indiana University Press, 1978. Disponible en: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/injunction.pdf>.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César, “La judicialización de la salud: síntomas, diagnóstico y prescripciones”, en BERNAL, Óscar y GUTIÉRREZ, Catalina (comps.), *La salud en Colombia: logros, retos y recomendaciones*, Bogotá, Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, 2012.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana, “Y los desplazados, ¿qué?”, *El Tiempo*, 12 de julio de 2009, columna de opinión. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3522563>.

---

<sup>12</sup> *Ibid.*, pp. 55 y 56.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2010. Disponible en: [http://www.rtfn-watch.org/uploads/media/Colombia\\_-\\_Cortes\\_y\\_cambio\\_social.pdf](http://www.rtfn-watch.org/uploads/media/Colombia_-_Cortes_y_cambio_social.pdf).

## Sentencias estructurales. Comentario preliminar al trabajo de Néstor Osuna titulado “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”

Martín Risso Ferrand\*

### I. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos, el tribunal constitucional colombiano ha dictado muchos fallos trascendentes y, sin duda, sugerentes para todo el continente, entre los que se destacan las nociones de ‘estado de cosas inconstitucional’ y ‘sentencias estructurales’.

El doctor Néstor Osuna realiza un preciso análisis del tema, situándolo adecuadamente, advirtiendo críticas y fundamentos, para terminar con un análisis de tres pronunciamientos referidos al hacinamiento carcelario, la población desplazada por el conflicto armado y la atención de la salud.

Como puntos de partida para el presente comentario preliminar debe señalarse:

1. Las sentencias estructurales aparecen como una necesidad o como un desarrollo de la realidad contemporánea y no pueden ser desconocidas. La negación de sentencias estructurales dejaría, y deja, muchas situaciones de clara violación de derechos humanos sin solución.
2. Sin duda, ha sido el tribunal constitucional colombiano el que más ha trabajado este tema, aunque prácticamente en todos los países latinoamericanos –producto de la realidad o por imposición de ella, así como por la necesidad de proteger los derechos humanos– hay pronunciamientos en esa línea. En el caso de Uruguay, lamentablemente, el único pronunciamiento claro en este sentido (sentencia de la Juez Letrada de Primera Instancia de lo Contencioso Administrativo de Primer Turno de 8 de junio de 2009, sobre hacinamiento carcelario) fue revocado por el Tribunal de

---

\* Director del Departamento de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Católica del Uruguay.

- Apelaciones en lo Civil de Tercer Turno en la Sentencia 156 de 20 de julio de 2009.<sup>1</sup>
3. Desde hace algún tiempo, estoy trabajando en lo que refiere al límite entre la política y la jurisdicción (dentro de lo que las sentencias estructurales tienen un capítulo central), pero esta investigación no está aún concluida.
  4. Por lo anterior, y sumado al comentario del doctor Claudio Nash, simplemente procuraré realizar una primera aproximación a la temática, partiendo de lo que podría denominarse, en términos generales, enfoque tradicional del tema. Insisto en lo expresado en el punto 1 precedente en cuanto a que, pese a las dificultades que se generen, soluciones del tipo de las comentadas aparecen como una necesidad imprescindible de nuestros tiempos.

## II. LA FRONTERA ENTRE LA POLÍTICA Y LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Sin perjuicio de varios antecedentes, desde que en 1803 la Suprema Corte de los Estados Unidos se pronunciara en el caso *Marbury v. Madison*,<sup>2</sup> se comenzó a tratar sobre estas cuestiones en forma sistemática. En su opinión, el juez John Marshall individualizó tres cuestiones: a) ¿el demandante es titular del derecho que reclama?; b) si tiene dicho derecho y ha sido violado, ¿el ordenamiento del país le da el remedio adecuado?; y c) si hay remedio, debe determinarse si el *writ of mandamus* (orden concreta a las autoridades: es un mandato para que se haga algo) es la salida apropiada. Si encaramos casos como los comentados por el doctor Osuna con las viejas preguntas de Marshall, la cuestión comienza a dirigirse hacia soluciones efectivas para el caso planteado. Desde su origen se señala que en la esencia de las libertades civiles está el derecho de todos a reclamar la protección de las leyes.

Pero se reconoce que tanto el Presidente como otras autoridades han sido investidos de ciertos poderes que ejercen con una discrecionalidad variable, por lo que, desde el primer momento, apareció la máxima de que si hay discrecionalidad, no hay control. Pero la cosa cambia cuando existen normas concretas que asignan deberes específicos a las autoridades, en cuyo caso el cumplimiento de

---

1 Ambas sentencias pueden consultarse en: <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>.

2 Sullivan, Kathleen M. and Gunther, Gerald, *Constitutional Law*, Fifteenth edition, New York, Foundation Press, 2004, pp. 4 y ss.; McConnell, Michael W., “The story of *Marbury v. Madison* Defeat Look Like Victory”, in Dorf, Michael C. (ed.), *Constitutional Law Stories*, New York, Foundation Press, 2004, pp. 13 y ss.

la obligación es la única opción válida y, en caso contrario, sin duda el juez debe remediar las violaciones de derechos por incumplimiento de los deberes de las autoridades. Y en estos casos es cuando se ha admitido sin mayores dudas que los tribunales pueden expedir un *writ* (un mandato de hacer o no hacer).

Luego, aparece la noción de ‘cuestiones políticas’ y conceptos muy conocidos. Cuando una cuestión ha sido conferida a otra autoridad, legislativa o ejecutiva, no puede ingresar el Poder Judicial. Estas cuestiones políticas, asociadas a la noción de discrecionalidad y la distribución constitucional y legal de competencias fueron frecuentemente consideradas por la Suprema Corte de los Estados Unidos hasta el año 1961, cuando se dictó sentencia en el caso *Baker v. Carr*, produciéndose un cambio trascendente en la jurisprudencia.

Este caso, referido a los criterios para la determinación de los distritos electorales en el Estado de Tennessee, sacudió precedentes afianzados a lo largo de décadas y, según algunos autores, marcó la entrada de la Corte en la palestra política, pavimentando el camino para la “revolución del reparto”.<sup>3</sup> La Corte enfatizó tres cosas: (1) que ella tenía jurisdicción sobre el objeto del proceso; (2) que los apelantes tenían legitimación para cuestionar los estatutos de reparto de bancas en el estado de Tennessee; y (3) que existía una acción justiciable sobre la que se podía conceder reparación. En la primera parte de su opinión, el juez Brennan rechazó los posibles reclamos sobre la incompetencia de la Corte y la falta de legitimación de los reclamantes. Primero, separando la cuestión del objeto del proceso de la justiciabilidad, Brennan sostuvo que conforme el artículo III, de la sección 2, de la Constitución, “resulta claro que la causa de la acción es la que se deriva de la Constitución Federal y que, como tal, el Tribunal de Distrito no debería haber desestimado la demanda por falta de competencia en razón de la materia”.

Pero el corazón de la opinión mayoritaria, y la parte que generó la mayor controversia, fue la sección sobre la justiciabilidad o la doctrina sobre la cuestión política. En razón de que en el caso *Colegrove*, y en otro buen número de casos judiciales, se excluía la posibilidad de que la Corte pudiera fallar en reclamos sobre la distribución de bancas legislativas, en el caso *Baker*, el juez Brennan se propuso diferenciar esa línea de casos, sin cambiar de manera explícita los precedentes. Mientras el efecto de la decisión mayoritaria fue obviamente considerar esos precedentes obsoletos, el método de Brennan fue el de separarlos como casos que no habían tenido sentencia definitiva contra la revisión judicial de la distribución de bancas legislativas.

---

3 Ansolabehere, Stephen and Issacharoff, Samuel, “The Story of *Baker v. Carr*”, in Dorf, Michael C. (ed.), *Constitutional Law Stories*, *ibid.*, pp. 297 y ss.

Al realizar lo anterior, el juez Brennan emprendió lo que significó una redefinición total de la doctrina de las cuestiones políticas, al inferir un conjunto de reglas del examen de varios campos en los que la Corte había declinado competencia, y al destacar que en la superficie de cualquier caso que involucre la cuestión política se encuentra el tema del cometido constitucional, textualmente demostrable. Aplicando el test de la cuestión política a los hechos del caso Baker, Brennan llegó a la conclusión de que “ninguna” de las características típicamente asociadas a la cuestión política se encontraba presente y que la histórica carencia de justiciabilidad de los reclamos basados en la Enmienda XIV y en la cláusula de *garantía constitucional* no afectaba el reclamo formulado por los demandantes.

Después de Baker, y guiados por un consenso latente en la opinión pública, la Corte expandió el campo de la decisión en los años siguientes, primero, articulando el principio de “una persona, un voto” en el contexto del conteo de las elecciones primarias y de las elecciones federales al Congreso; luego, estableciendo el actual estándar para la distribución de las bancas legislativas por estado, que la Corte había declinado realizar en el caso Baker (aquí se había limitado a señalar la inconstitucionalidad, pero no había indicado qué debía hacerse para corregir la situación).

Reynolds vs. Sims fue la más movilizadora de las decisiones posteriores a Baker, y la Corte sostuvo, dentro de otros aspectos, que la “cláusula de protección igualitaria requiere que las bancas en ambas cámaras de un Estado con legislatura bicameral deben distribuirse con base en la población”, con lo cual la Corte entendía que un Estado debe “hacer un esfuerzo honesto y de buena fe por construir distritos, en ambas cámaras de su legislatura, tan cercanos a la distribución de población como sea posible”.

Es claro el proceso en que, si seguimos las interrogantes de Marshall, se avanza en la protección de derechos en casos que hace algún tiempo no hubieran podido ser imaginados.

Incluso el propio Marshall, pero esta vez en Cohens v. Virginia de 1820, nos da una pista clara:

Es muy cierto que este tribunal no asumirá jurisdicción si no debe; pero es igualmente cierto que debe ejercer jurisdicción cuando le corresponda hacerlo. El Poder Judicial no puede, a diferencia del Legislativo, evitar una medida porque ella se acerca a los límites de la Constitución. Nosotros no podemos pasarla por alto porque es dudosa. Cualesquiera sean las dudas o dificultades que presente un caso, debemos decidirlo, si es traído a nosotros. No tenemos más derecho a declinar el ejercicio de la jurisdicción que nos es conferida, que el de usurpar la que no nos es dada. Una u otra cosa constituiría traición a la Constitución. Pueden

presentarse cuestiones que de buena gana evitaríamos; pero no podemos evitarlas. Todo lo que podemos hacer es ejercitar nuestra mejor capacidad de juzgar, y conscientemente cumplir con nuestro deber.

### III. ACTIVIDAD DISCRECIONAL Y REGLADA

La vieja distinción entre actividad reglada o discrecional sigue siendo importante en la materia. Es evidente que si una autoridad está lesionando el derecho de algún sujeto por incumplir con un deber concreto (sin posibilidades de discrecionalidad), claro e inequívocamente establecido por el ordenamiento jurídico, el tribunal podrá dictaminar que cumpla con su obligación, lo que implicará una orden concreta. En las acciones de amparo relativas a medicamentos o tratamientos médicos muy onerosos, cuando se establece la existencia de un deber específico de la administración, el juez expide una orden concreta disponiendo que se debe entregar determinado medicamento en un lapso normalmente muy breve (en general, 24 horas).

Cuando existe discrecionalidad y son posibles varias conductas por parte de la administración, todas lícitas, se ha sostenido que el tribunal no puede inmiscuirse en el poder de decisión del titular de la potestad ni obligarlo a una alternativa específica seleccionada por él.

Pero el error parece ser el planteo del tema como hipótesis extremas y claras cuando no suelen serlo. En efecto, salvo casos muy especiales, la discrecionalidad de las autoridades está limitada, en alguna medida, por el ordenamiento, sea en cuanto se establecen los fines de la actividad, los medios que pueden usarse y, por ejemplo, la regulación de los derechos humanos que siempre condicionará en alguna medida la potestad discrecional. Esto lleva, en primer término, a que no pueda plantearse la cuestión como compartimentos estancos y con soluciones diversas y opuestas. Cuando la administración es titular de un deber y se le confiere un cierto grado de discrecionalidad, pueden ocurrir al menos tres cosas:

1. Que la actividad estatal sea satisfactoria para el derecho en juego.
2. Que en lugar de actuar, dentro del marco discrecional que se le confiere, el Estado opte por no hacer nada.
3. Que actúe, pero que dicha actuación sea incuestionablemente inconveniente para cumplir con los fines perseguidos y proteger los derechos en juego. Esto puede deberse a: (a) la incompetencia de las autoridades que aun de buena fe toman decisiones equivocadas; o (b) que de mala fe el Estado opte por soluciones que no tutelan el derecho en juego por motivos espurios (por ejemplo, por ser las más económicas) o directamente

tengan el fin de aparentar una actividad que sabe que es insuficiente para la protección de los derechos.

Salvo en la primera opción, que no genera problemas, con un enfoque tradicional, se diría que lo único que puede hacer el tribunal es ordenar que se actúe (caso 2) o que se actúe en forma efectiva (caso 3). Pero habiendo discrecionalidad, el juez no podría sustituir a la administración y optar entre distintas medidas posibles, escogiendo las que entiende pertinentes y estableciendo un plan de acción. La discrecionalidad impediría estas soluciones.

Por supuesto que siempre se podrá recurrir a conminaciones económicas, a sentencias de indemnización de los daños y perjuicios que se causan, a acciones penales contra los funcionarios (eventualmente en situación de desacato), pero todas estas alternativas son sin duda insuficientes. Pensemos en los tres casos planteados por el doctor Osuna.

Me da la impresión, y reitero que estoy en medio de una investigación no concluida, que si tomamos los conceptos primarios de Marshall, sus tres interrogantes, y les agregamos las nociones de protección y efectividad de los derechos humanos aceptadas sin duda alguna en nuestros tiempos, nos moveremos en la dirección en que lo viene haciendo el tribunal constitucional colombiano y en la cual, cada vez con más frecuencia, desbordados por la realidad, los tribunales latinoamericanos han venido, con distinta fuerza, avanzando en los últimos tiempos.

Si los accionantes son titulares de un derecho y este está siendo violado, el tribunal deberá solucionar la cuestión adoptando las medidas que sean necesarias a estos efectos. Y estas variarán:

1. Mandatos concretos cuando la administración esté incumpliendo una obligación específica y concreta.
2. Orden de actuar, dentro del marco que la discrecionalidad confiere a la autoridad omisa. En este caso será una orden de actuar sin un contenido preciso, aunque sí podrá establecerse el marco dentro del cual debe cumplirse con la orden e incluso fijar plazos.
3. En caso de omisiones contumaces o cuando el Estado reiteradamente cumpla en forma defectuosa o incompleta sus obligaciones, dejando sin protección al derecho, el tribunal deberá avanzar con soluciones concretas que, achicando el marco de discrecionalidad, conduzcan a la protección efectiva de los derechos en juego. Esta vía solo sería aceptable cuando razonablemente entienda el tribunal que hay evidencia suficiente de que la administración no ha cumplido y no cumplirá adecuadamente con órdenes de las comprendidas en el precedente punto 2.



Por supuesto que: (a) aparecerán problemas presupuestales importantes, (b) el rol tradicional del juez cambia y (c) la frontera entre la decisión política discrecional y la jurisdiccional se hace borrosa. Pero frente a estos problemas debe tenerse presente siempre la existencia de un derecho humano que en forma reiterada, y por haber fracasado todos los otros medios, ha quedado sin protección. La sentencia que avanza en la discrecionalidad se hace posible cuando no hay otra solución y en la medida en que el tribunal debe cumplir con su rol básico de último defensor de los derechos de los individuos.

Por último, ¿no estaremos ante la misma duda de 1803, pero solo con un contenido distinto, producto de nuestros tiempos? Si la Suprema Corte no se hubiera declarado incompetente en *Marbury*, se hubiera visto en la situación de expedir una orden concreta (un *writ*) contra el secretario de Estado James Madison, ordenándole que completara el proceso de designación de los jueces para que *Marbury* y los otros demandantes pudieran tomar posesión de sus cargos. Aunque de la lectura de la sentencia surge que esta hubiera sido la solución correcta, debemos reconocer que hubiera sido extraordinariamente difícil. La reacción contra la sentencia que se mete en la competencia del Presidente de los Estados Unidos hubiera sido muy fuerte. Posiblemente, todos los argumentos que hoy se esgrimen contra las sentencias estructurales se hubieran usado contra la Suprema Corte en 1803. Pero los tiempos han cambiado. Hoy nadie duda de que cuando se lesiona un derecho porque la administración omitió la realización de una actividad “devida” (sin margen de discrecionalidad), el juez debe intervenir y ordenar la conducta concreta que sea conforme a derecho (¿qué otra alternativa puede haber para la protección del derecho?). Ahora las dudas son respecto de las potestades discrecionales. El razonamiento debe ser el mismo de *Marshall*: el tribunal debe resolver la situación de violación de un derecho y no puede escudarse en consideraciones formales para tolerar la violación de derechos humanos.

Posiblemente en unos años se vean las sentencias estructurales con las mismas seguridades (sin las dudas actuales) con que hoy vemos la solución implícita en *Marbury v. Madison*. Y otros serán los problemas.

#### IV. COMENTARIO FINAL

Las sentencias estructurales, u otras soluciones que permitan alcanzar los mismos fines, pueden ser idóneas para superar la omisión de las autoridades y para corregir errores en las decisiones adoptadas por el Estado, sean estos de buena o mala fe.

Pero no debe olvidarse algo obvio: las sentencias estructurales, al igual que les ocurre a las autoridades administrativas y legislativas, chocarán a la larga con la realidad que marca la existencia de recursos escasos que no permiten solucionar todas las situaciones de violaciones de derechos humanos. Llegados a este punto, solo se podrían procurar soluciones igualitarias que repartan entre toda la sociedad, adecuadamente, los perjuicios de la referida insuficiencia de recursos y que eviten que ciertos grupos se vean totalmente protegidos y otros totalmente olvidados. Nada sencillo.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANSOLABEHERE, Stephen, and ISSACHAROFF, Samuel, “The Story of Baker v. Carr”, in DORF, Michael C. (ed.), *Constitutional Law Stories*, New York, Foundation Press, 2004.
- MCCONNELL, Michael W., “The story of Marbury v. Madison Defeat Look Like Victory”, in DORF, Michael C. (ed.), *Constitutional Law Stories*, New York, Foundation Press, 2004.
- SULLIVAN, Kathleen M. and GUNTHER, Gerald, *Constitutional Law*, Fifteenth edition, New York, Foundation Press, 2004.

## Tutela judicial y protección de grupos: comentario al texto de Néstor Osuna “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”

Claudio Nash Rojas\*

### I. LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES: EL CASO DE COLOMBIA

El texto del profesor Néstor Osuna “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia” tiene la virtud de desarrollar de manera concisa una de las materias más complejas de la experiencia constitucional latinoamericana reciente, esto es, el rol de la judicatura para afrontar casos de violaciones estructurales de derechos humanos.

En primer lugar, el profesor Osuna nos aclara de qué hablamos cuando hacemos referencia a las sentencias estructurales:

[...] las “sentencias estructurales” o “macrodecisiones”, por medio de las cuales los jueces hacen un importante esfuerzo para darles efectividad a los enunciados constitucionales, cuando constatan la existencia de desconocimientos generalizados, recurrentes y graves de los derechos humanos. Frente a estos, esos propios jueces han comprobado, por su experiencia, que hay unas causas estructurales (de ahí el nombre de las sentencias) que de modo sistemático producen ese déficit de derechos humanos, y que los casos que llegan a sus despachos, si se resuelven apenas como remedios individuales, no logran subsanar la problemática que se advierte en cada uno de los expedientes.

Luego, se desarrollan los aspectos principales y características de estas sentencias a través del análisis de tres ejemplos de sentencias estructurales:

- Hacinamiento carcelario: T-153 y T-606 de 1998.
- Población desplazada: T-25 de 2004.
- Salud: T-760 de 2008.

---

\* Doctor en Derecho. Académico de la Universidad de Chile.

En cada uno de estos ejemplos, el texto nos aclara el contexto de la situación de violación de derechos humanos que debía enfrentar la Corte Constitucional y las medidas que dispuso. Obviamente, el énfasis está en las medidas complejas que dicta la Corte, esto es, aquellas que miran a la solución de fondo del problema planteado.

Finalmente, el texto desarrolla lo que el autor llama “nota comunes” a las sentencias. En este apartado se pone énfasis en los requisitos que deben concurrir para tomar una decisión de carácter estructural; uno de ellos es la necesidad de seguimiento de las sentencias. Pero lo que parece ser el tema central, en opinión del autor, es la discusión sobre la legitimidad de las medidas. Osuna hace referencia a los cuestionamientos que han surgido en los siguientes términos:

De un lado, persisten las posturas que descalifican este tipo de sentencias por argumentos tradicionales: falta de legitimidad democrática de los tribunales, ruptura del principio de separación de poderes, tiranía judicial. Las coordenadas de esos debates son ya ampliamente conocidas y al parecer se trata de una discusión estancada. Sin embargo, hay otros ejes críticos que han surgido precisamente de la práctica de estas sentencias: imposibilidad de cumplimiento y desconocimiento técnico de las posibilidades presupuestales del Estado para responder a las obligaciones impuestas por el tribunal.

De esta forma, el texto nos deja trazado un cierto esquema de análisis. Lo que pretendo hacer en este comentario es mirar las sentencias estructurales desde la perspectiva de la protección interamericana de derechos humanos, particularmente desde el rol que ha cumplido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). He optado por este enfoque porque en el estado actual de la protección de derechos humanos (multinivel) y del llamado “diálogo jurisprudencial” entre las cortes nacionales y la Corte IDH, las perspectivas, problemáticas y desafíos que se evidencian en la praxis interamericana pueden ser de utilidad para rescatar lecciones y profundizar el diálogo regional.

## II. VIOLACIONES ESTRUCTURALES QUE OBLIGAN A SENTENCIAS ESTRUCTURALES

Al evaluar los mecanismos internacionales de control de los derechos humanos, una cuestión que debemos recordar es que estos se han estructurado, en la práctica, buscando ser una respuesta efectiva ante la realidad de las violaciones de derechos humanos. Por ello, muchas veces, muestran ciertas contradicciones o lagunas que obedecen, precisamente, a un sistema que no ha evolucionado co-

herentemente, sino que siempre ha estado motivado por urgencias humanitarias y la necesidad de idear formas eficaces de hacerles frente.<sup>1</sup>

De esta forma, lo que define a los sistemas de protección es su respuesta ante las siguientes preguntas: ¿qué tipo de violación de derechos humanos es a la que debe hacerse frente? y ¿cómo encontrar una mejor forma de obtener un resultado oportuno y eficaz? Hasta hoy el análisis se ha hecho sobre la base de la siguiente distinción: aquellos mecanismos establecidos para hacer frente a las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos y aquellos establecidos para los casos de violaciones individuales.<sup>2</sup>

Hoy, en cambio, la realidad es más compleja y es posible sostener una nueva categoría de violación de derechos humanos: las violaciones estructurales.<sup>3</sup>

Para caracterizar estas violaciones debe tenerse en consideración que, en estos casos, la organización del Estado (la institucionalidad) es la que permite, facilita o directamente incurre en violaciones de derechos y libertades fundamentales de ciertos grupos de la población caracterizados por su exclusión y marginación (niños/as, indígenas, migrantes y mujeres, entre otros). Además, estas estructuras sociales, jurídicas y políticas funcionan sobre la base de ciertos estándares culturales que hacen posible mantener vigentes dichas prácticas violatorias, en particular por la invisibilización de los derechos de los grupos desprotegidos y, en otros casos, por la justificación de las violaciones que estos sufren (privados de libertad, migrantes indocumentados). Por tanto, los esfuerzos para hacer frente a estas violaciones deben apuntar tanto a las condiciones jurídicas y políticas como a las culturales que hacen posible que estas violaciones ocurran.<sup>4</sup>

Un elemento que merece ser destacado es que la respuesta ante estas situaciones estructurales de violaciones de derechos compromete la intervención de variadas entidades estatales, requiere la adopción de un conjunto complejo y

---

1 Nowak, Manfred, *Introduction to the International Human Rights Regime*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2003, pp. 23-30.

2 Nash Rojas, Claudio, “La codificación de los derechos humanos en el ámbito internacional y el proceso de codificación: ¿continuidad o cambio?”, en Martinic, María Dora y Tapia, Mauricio (dirs.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2005, pp. 1151-1192.

3 Abramovich, Víctor, “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista Sur*, vol. 6, núm. 11, diciembre de 2009, edición español, Brasil, pp. 7-39.

4 Nash Rojas, Claudio, “Pasado, presente y futuro del sistema interamericano de derechos humanos”, *El sistema interamericano de derechos humanos. Aciertos y desafíos*, México, D.F., Porrúa, 2009, pp. 103-126.

coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un fuerte compromiso presupuestal del Estado. En cuanto a la actuación de los órganos del Estado, para que las prácticas sean constitutivas de una violación estructural, es necesario que estemos frente a la inactividad del Estado, cuando está obligado a hacer algo (omisión del Estado) o la ineficiencia de su actividad (cuando ha desarrollado alguna actividad, pero esta no ha tenido resultado para poner fin a la situación de vulneración de los derechos fundamentales de las personas afectadas).<sup>5</sup>

Este tipo de violaciones de derechos humanos son los que tienen a la vista los órganos internos e internacionales en el momento de dictar sus sentencias en casos concretos, pero que se insertan en un contexto de mayor complejidad. El problema que se presenta, entonces, tanto para los organismos nacionales como internacionales de protección de derechos humanos, es que la resolución del caso individual –sin considerar el contexto en el que se inserta– no da una respuesta efectiva que permita remediar la violación y prevenir su repetición. Si persisten las condiciones (jurídicas, culturales y sociales) que permitieron la violación de derechos humanos que llega al tribunal, esta se perpetuará en el tiempo. En este sentido, el mandato de protección para los órganos jurisdiccionales se complejiza.

Tal como hemos visto en el texto del profesor Osuna, en el ámbito constitucional colombiano, la Corte Constitucional ha intentado hacerse cargo de estas violaciones a través de lo que ha llamado sentencias estructurales o estado de cosas inconstitucional.

A continuación, analizaremos brevemente cuál ha sido la forma en que el sistema de protección de derechos convencional, particularmente el órgano jurisdiccional –la Corte IDH–, se ha hecho cargo de estas situaciones cuando le son planteados casos individuales que se insertan en este contexto estructural.

### III. EXPERIENCIA DE LA CORTE IDH

#### 1. Casos ante la Corte IDH desde 2000: indígenas, niños/as, mujeres, privados de libertad, migrantes, LGTBI

Desde 2000, la Corte IDH comenzó a resolver una serie de casos que están vinculados con violaciones estructurales de derechos humanos. En dichos casos,

---

5 Un desarrollo muy acabado de este elemento se encuentra en una jurisprudencia nacional. En efecto, la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado la figura del ‘estado de cosas inconstitucional’, donde la respuesta del Estado es clave para configurar esta situación (véase Corte Constitucional, sentencias T-153/1998 y T-025/2004).

la Corte IDH asumió el desafío de dar una respuesta más integral que la simple resolución del caso concreto que era sometido a su conocimiento. Solo a modo de ejemplo podemos citar algunos de estos casos:

- a) Indígenas: *Mayagna Awas Tigni* (2001), *Yatama vs. Nicaragua* (2005), *Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005) y *Sawhoyamaxa vs. Paraguay* (2006), *Saramaka vs. Surinam* (2007), *Sarayaku vs. Ecuador* (2012), *Norin Catrimán y otros vs. Chile* (2014).
- b) Mujeres: *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* (2006), *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México* (2009), *Fernández Ortega* (2010) y *Rosendo Cantú vs. México* (2010), *Veliz Franco y otros vs. Guatemala* (2014).
- c) Niños/as: “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros vs. Guatemala* (2001), “Instituto de Reeducción del Menor” vs. *Paraguay* (2004), *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* (2005), *Mendoza y otros vs. Argentina* (2013).
- d) Privados de libertad: “Instituto de Reeducción del Menor” vs. *Paraguay* (2004), *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela* (2006), *Vera Vera y otra vs. Ecuador* (2011), *Pacheco Teruel y otros vs. Honduras* (2012).
- e) Migrantes: *Vélez Loor vs. Panamá* (2010), *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* (2012), *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* (2014).
- f) Desplazados: “Masacre de Mapiripán” vs. *Colombia* (2005), “Masacre de Pueblo Bello” vs. *Colombia* (2006), *Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia* (2013).
- g) Orientación sexual: *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (2012).

## 2. Enfoque desde el principio de igualdad y no discriminación

Un elemento común en todos estos casos donde existe un contexto de violaciones estructurales de derechos humanos es que estas violaciones se basan en una situación de discriminación sistémica en la que se encuentran los titulares de derechos. De esta forma, las violaciones que sufren sus miembros no muestran relación necesariamente con lo que ellos hacen o dejan de hacer, sino con su pertenencia a un colectivo que sufre exclusión y marginación social, económica, política y/o cultural.<sup>6</sup>

---

6 Saba, Roberto, “(Des)Igualdad estructural”, *Revista Derecho y Humanidades*, núm. 11, 2005, pp. 123-147.

Para abordar estos temas de discriminaciones sistémicas, no basta con los elementos tradicionales del ejercicio de igualdad. No estamos ante una situación de sujetos en condiciones de igualdad, respecto de los cuales el Estado debe garantizar un trato igual o justificar adecuadamente un trato diferenciado. Estas situaciones de discriminación sistémica muestran relación con prácticas de exclusión y marginación social con fuertes componentes culturales que sitúan a un grupo en una condición de subordinación que obliga al Estado a tomar medidas efectivas de corrección en pos de una condición de igualdad no meramente formal, sino sustantiva o material.<sup>7</sup>

Esta característica particular de dichas violaciones ha obligado a la Corte IDH a tratar estos casos desde la perspectiva del principio de no discriminación que conlleva una fuerte idea de transformación. Este enfoque se ha convertido en un importante instrumento que le permite a la Corte no solo hacer una lectura de fondo de las causas que están tras estas violaciones, sino que también le permite proponer una serie de medidas que apuntan a la erradicación de esta situación de discriminación sistémica.<sup>8</sup>

A continuación se dan algunos ejemplos del impacto que ha tenido este enfoque en la forma en que la Corte enfrenta estas situaciones estructurales de violaciones de derechos humanos.

### **3. Los instrumentos que ha utilizado la Corte IDH para hacerse cargo de las violaciones estructurales**

#### *3.1. Reinterpretar el alcance de las obligaciones generales*

Un primer impacto que ha tenido este enfoque se refiere a la interpretación de las obligaciones generales de los Estados, particularmente la obligación de garantía. Si bien es claro que respecto de todos los derechos y todos/as los/las titulares de derechos sujetos a su jurisdicción, el Estado debe adoptar medidas de eficacia general, que permitan el pleno goce y ejercicio de los derechos, en muchos casos esto es insuficiente. De ahí que la Corte IDH haya ido profundizando y especificando el alcance de la obligación de garantía en ciertas situaciones específicas. De manera constante, la Corte IDH ha indicado que “la responsabilidad inter-

---

7 Un desarrollo detallado de esta perspectiva, véase en Nash Rojas, Claudio y Valeska, David, “Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos”, en Nash Rojas, Claudio, *Control de convencionalidad. De la dogmática a la implementación*, México, D.F., Porrúa, 2013, pp. 543-587.

8 Nash Rojas, Claudio, *Responsabilidad internacional del Estado en la jurisprudencia internacional y la experiencia chilena*, Chile, Legal Publishing Chile, Thomson Reuters, 2013.



nacional de los Estados, en el marco de la Convención Americana, surge en el momento de la violación de las obligaciones generales recogidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado. De estas obligaciones generales derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como extrema pobreza o marginación y niñez.<sup>9</sup>

Las medidas de acción afirmativa son un primer ejemplo de la interpretación de la obligación de garantía, donde los destinatarios deberán determinarse según el contexto y su posición social. Estas medidas se caracterizan porque suponen un trato diferenciado temporal respecto de un sector de la población que por razones históricas y culturales se encuentra en situación de marginación y exclusión. Estas medidas se justifican por la situación de discriminación en que se encuentra un determinado colectivo y las medidas deberán ser aquellas eficaces para lograr una igualdad real o *de facto*.<sup>10</sup>

Algo más específicas son las medidas de “debida diligencia”, referidas a aquellas que se adoptan respecto de una parte o sector de un determinado grupo, que se encuentra en una situación particular de riesgo frente al pleno goce y ejercicio de sus derechos. Esto supone que, dentro de un colectivo, identificamos a un segmento que se halla en situación de peligro y adoptamos medidas eficaces para superar esa situación de riesgo provocada por un contexto de discriminación. A través de estas medidas, la Corte ha establecido estándares relevantes preventivos y medidas particulares que buscan la efectividad de la respuesta del Estado.<sup>11</sup>

Por último, en el caso de lo que la propia Corte ha llamado “medidas especiales”, el sistema interamericano dispone la identificación de ciertos titulares concretos y precisos (individualizados) que son parte de un colectivo y que se encuentran en una situación de riesgo. Respecto de esos individuos se deben adoptar medidas eficaces. En tanto dicha situación esté en conocimiento de las autoridades, la evaluación de la efectividad de las medidas será más estricta.<sup>12</sup>

---

9 Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de marzo de 2006, Serie C, núm. 146, párrafo 154.

10 Un claro ejemplo de este tipo de medidas es el artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

11 Este ha sido el enfoque de la Corte IDH para referirse a la violencia contra la mujer. Véase, por ejemplo: Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 16 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 205 y Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 19 de mayo de 2014, Serie C, núm. 277.

12 Respecto de medidas especiales para niños y niñas, véase, por ejemplo, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Sentencia de Fondo, 19 de noviembre

Como es posible observar, en estos casos estructurales persisten las obligaciones generales, pero estas se van especificando e intensificando a partir del contexto y del sujeto de derechos de que se trate. Por tanto, el tipo de medidas indica relación tanto con el contexto (mirada sociológica o de grupo) como con la situación concreta y específica de los titulares beneficiarios de las obligaciones del Estado.

### *3.2. Interpretación de los derechos a la luz del contexto y de las particularidades de los titulares de derechos*

Pero para atender situaciones estructurales de violaciones de los derechos humanos, la Corte IDH no solo ha reinterpretado las obligaciones generales de los Estados, sino que también ha dado un contenido particular a los derechos de la Convención Americana, a través de la interpretación de derechos que realiza la Corte a la luz de las particularidades de cada uno de estos grupos. En este sentido, parece evidente que la Convención debe ser interpretada en su contexto, esto es, si nos encontramos ante un grupo que es objeto de una situación de discriminación sistémica, la lectura de los derechos y las libertades convencionales y las medidas que se dispongan para resolver dicha situación debe hacerse desde la lógica del principio de igualdad y no discriminación. La Corte lo ha señalado explícitamente en un caso reciente sobre violencia de género:

Como lo ha hecho anteriormente, la Corte recuerda que, en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa, “ha conocido de diversos contextos históricos, sociales y políticos que permitieron situar los hechos alegados como violatorios de [derechos humanos] en el marco de las circunstancias específicas en que ocurrieron”. Además, en algunos casos el contexto posibilitó la caracterización de los hechos como parte de un patrón sistemático de violaciones a los derechos humanos y/o se tomó en cuenta para la determinación de la responsabilidad internacional del Estado. De ese modo, en relación con el aducido incumplimiento del Estado en cuanto a la prevención de lo sucedido a María Isabel Veliz Franco, la consideración de información contextual coadyuvará (junto con elementos fácticos propios del caso) a la precisión sobre el grado en que era exigible al Estado considerar la existencia de un riesgo para la niña, y actuar en consecuencia. Asimismo, en el aspecto indicado, como también en relación con la actuación estatal en la investigación de los hechos, permitirá una mejor comprensión de las aducidas violaciones, como de la procedencia de ciertas medidas de reparación.<sup>13</sup>

---

de 1999, y Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2012, Serie C, núm. 246.

13 Corte IDH, Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala, cit., nota 11, párrafo 65.

Tal como se señaló respecto de la obligación de garantía y sus consecuencias al analizarla a la luz del principio de no discriminación, la interpretación de los derechos en estos casos estructurales también debe hacerse desde una óptica particular. En efecto, cada derecho debe ser interpretado respecto de titulares concretos con ciertas particularidades que no pueden ser ignoradas y, por tanto, el modelo de referencia para determinar la conducta del Estado tiene un fuerte componente subjetivo. Esto es particularmente relevante en contextos pluralistas, donde conviven diversas situaciones y grupos humanos que no pueden ser tratados bajo un solo modelo o paradigma de titular de derechos. Así lo ha señalado la Corte IDH respecto de los derechos de los pueblos indígenas:

Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado.<sup>14</sup>

Algunos ejemplos en la jurisdicción contenciosa y consultiva de la Corte IDH nos permiten identificar este enfoque. En primer lugar, destaca la necesidad de interpretar los derechos de las mujeres desde una perspectiva de corrección de las prácticas culturales que impiden verlas como titulares plenas de derechos que deben gozarlos y ejercerlos en condiciones de igualdad.<sup>15</sup> En el caso de niños y niñas, la interpretación debe hacerse cargo de que estamos ante un titular que es un sujeto en desarrollo, por lo que es necesario leer los derechos de forma tal que se logre satisfacer el interés superior de niños/as, que no es otro que la plena

---

14 Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 17 de junio de 2005, Serie C, núm. 125, párrafo 51.

15 Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, cit., nota 11, y Caso Vélez Franco vs. Venezuela, cit., nota 11.

vigencia de sus derechos.<sup>16</sup> En el caso de los pueblos indígenas, la interpretación debe considerar la situación de exclusión y marginación en que históricamente han vivido en la región, pero, además, es necesario que se haga cargo de las particularidades culturales que constituyen su identidad cultural.<sup>17</sup> Los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad en el goce y ejercicio de derechos, lo que se profundiza por los cambios culturales y la pérdida de las redes naturales de apoyo con las que normalmente cuentan en sus países de origen.<sup>18</sup> Los privados de libertad se encuentran en una situación particular donde están bajo la tutela directa del Estado y, por tanto, este tiene una responsabilidad agravada por la situación de dependencia de estas personas, que sufren de descrédito social por haber sido encarceladas.<sup>19</sup>

Hacerse cargo de las particularidades de la situación y las características de los titulares de derechos supone abandonar el mito de que la ley y el intérprete son neutrales. En materia de no discriminación, esta neutralidad es un aliado de la permanencia de las exclusiones y marginaciones sociales, de ahí que la Corte Interamericana haya avanzado en esta línea de subjetivización de la interpretación.<sup>20</sup>

Todo este proceso de reinterpretación de los derechos a partir de sus titulares implica una perspectiva de análisis tremendamente útil a la hora de enfrentar situaciones de violaciones estructurales como las que dan origen a las sentencias estructurales, propias de la realidad de nuestra región. Por ello, me parece que la jurisprudencia de la Corte en estas materias no es sino una expresión de la búsqueda de una perspectiva que permita enfrentar efectivamente la realidad de discriminación de nuestra región y permitir, por tanto, un efectivo goce y ejercicio de los derechos convencionales.

---

16 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Serie A, núm. 21 y Opinión Consultiva OC-17/02, de 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Serie A, núm. 17.

17 Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 27 de junio de 2012, Serie C, núm. 245.

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

19 Corte IDH, Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 27 de abril de 2012, Serie C, núm. 241.

20 Nash Rojas, Claudio, "El principio pro persona en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Control de convencionalidad. De la dogmática a la implementación*, op. cit., pp. 503-541.

### 3.3. Mecanismo concreto de modificación de la realidad: garantías de no repetición

Por último, me parece interesante comentar brevemente la forma en que la Corte IDH ha buscado intervenir directamente en la realidad de violaciones estructurales.

La Corte IDH ha usado una herramienta para intentar intervenir y transformar la realidad de base de las violaciones estructurales de derechos humanos: las garantías de no repetición.<sup>21</sup> Como sabemos, una vez que se produce la violación y la Corte declara la responsabilidad internacional del Estado, surge la obligación de reparar (CADH, artículo 63.1). La Corte ha centrado su labor reparatoria a través de dos tipos de medidas. Por una parte, las medidas destinadas a la reparación individual (restitución, compensación, satisfacción) y, por otra, las destinadas a modificar las causas que permitieron se concretara la violación (garantías de no repetición). En este sentido, si bien las garantías de no repetición pueden no tener un vínculo directo con la víctima, sí lo tienen con la obligación de garantía en una faceta preventiva. Por tanto, estas medidas tendrán un efecto reparatorio en relación con las víctimas y preventivo respecto de toda la sociedad.<sup>22</sup>

No entraré aquí en el detalle de las medidas de garantía de no repetición dispuestas por la Corte, sino que me centraré en su vinculación con las bases de las violaciones estructurales. En la práctica, las medidas destinadas a garantizar que las violaciones que conoce la Corte no se repitan, son uno de los instrumentos más eficaces con que cuenta el sistema para abordar las bases institucionales y culturales de estas violaciones. A través de medidas de este tipo se pueden imponer cambios institucionales y promover cambios culturales que permitan superar desde la base las causas que ponen a las víctimas de violaciones estructurales en situación de vulnerabilidad. Promover medidas de cambio institucional (no solo legislativas, sino de tipo administrativo, de políticas públicas, etc.) y cultural (campañas de educación, de cambio cultural) pueden ser eficaces en la medida en que también sean combinadas con un proceso de seguimiento y supervisión tanto por parte de los órganos de control como de la sociedad civil. El ejemplo más claro de esta aproximación por parte de la Corte ha sido la sentencia en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*:

---

21 Sobre el tema reparaciones y sistema de derechos humanos, véase Nash Rojas, Claudio, *Responsabilidad internacional del Estado en la jurisprudencia internacional y la experiencia chilena*, Chile, Editorial Legal Publishing, Thomson Reuters, 2014.

22 Véase Nash Rojas, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª ed. correg. y actualiz., Chile, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho - Universidad de Chile, 2009.

La Corte resalta que algunos actos discriminatorios analizados en capítulos previos se relacionaron con la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales, particularmente en cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia y la aplicación del derecho interno. Por ello, algunas de las reparaciones deben tener una *vocación transformadora* de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI. En esta línea a continuación se analizarán las solicitudes de la Comisión y los representantes.<sup>23</sup>

La limitación del tipo de medidas me parece que está dada en el vínculo entre la violación analizada y las medidas de no repetición que se dispongan. En esta materia debe existir un cierto correlato; disponer medidas que no tengan relación con la violación analizada en el caso podría deslegitimar el conjunto y ello puede ser un riesgo real para el sistema, que no es muy distinto al que se produce en el ámbito interno y que destaca en su texto el profesor Osuna.

#### *3.4. A modo de conclusión: comparación de la protección estructural de la Corte Constitucional de Colombia y la Corte Interamericana*

La respuesta de la Corte Interamericana frente a los casos de violaciones estructurales tiene semejanzas evidentes con la respuesta nacional, particularmente, con la respuesta de la Corte Constitucional colombiana, expuesta por el profesor Osuna en su texto. Reseñaremos algunos de estos elementos comunes.

En primer lugar, en ambos casos estamos ante un esfuerzo sistemático de las instancias jurisdiccionales por hacerse cargo de los elementos de fondo que producen las violaciones que han llegado a su conocimiento, vía casos aislados.

En segundo lugar, en ambos casos se busca generar condiciones mínimas de igualdad que permitan un pleno goce y ejercicio de derechos. De ahí que el principio de no discriminación sea un elemento relevante en ambas sedes jurisdiccionales.

En tercer lugar, en ambos casos se hace una interpretación de los derechos y libertades conculcados como una consecuencia de la falta de respuesta eficaz por parte de las autoridades estatales a cargo de dar respuesta ante estos hechos. De

---

23 Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012, Serie C, núm. 239, párrafo 267 (el destacado es propio). En el mismo sentido, Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, cit., nota 11, párrafo 450.

ahí que en ambas sedes cobra especial relevancia adoptar medidas que movilizan a los poderes del Estado (medidas complejas en la Corte Constitucional y garantías de no repetición en la Corte Interamericana).

En cuarto lugar, en ambos casos ha sido esencial el establecimiento de medidas de seguimiento de las instrucciones que se dan para su ejecución por distintas autoridades estatales.

En quinto y último lugar, en ambas instancias jurisdiccionales hay una fuerte convicción de que no existen otras instancias a las cuales puedan recurrir las víctimas, esto es, tanto la Corte Constitucional como la Corte Interamericana son, en sus respectivos ámbitos, sedes finales que tienen como misión mover el aparato estatal.

#### **IV. CRÍTICAS Y PROBLEMAS COMUNES CON LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES**

Así como hay elementos comunes en ambas sedes, también hay críticas que pueden ser comunes. Revisaremos algunas de las que están en el debate regional.

##### **1. Exacerba el debate constitucional sobre control contramayoritario**

Cualquier análisis sobre un sistema normativo de derechos estaría incompleto si no se hace cargo de la pregunta sobre la legitimidad de su actuar, esto es, la coherencia entre sus funciones, los procedimientos utilizados y los resultados obtenidos. Es esencial para todo sistema normativo y, en particular, para aquellos consagrados en el ámbito internacional, tener bases sólidas que legitimen su actuar. Esto no solo desde un punto de vista teórico, es decir por qué es vinculante un sistema, sino también desde su práctica.<sup>24</sup>

Los diseños institucionales adoptados por las constituciones nacionales de la gran mayoría de países y en el ámbito internacional tienen elementos comunes: consagran un sistema de catálogos de derechos humanos y establecen mecanismos de control jurisdiccional contramayoritarios. Por tanto, el diseño institucional ha tomado por opción un sistema de derechos con garantía constitucional y, además, opta por un sistema de control de las decisiones de las mayorías a través de mecanismos jurisdiccionales.

Desde esta perspectiva, es importante distinguir adecuadamente cuáles son las críticas que se dirigen al diseño y cuáles a la praxis dentro del diseño. Muchas

---

24. Acerca del debate sobre legitimidad, véase Nash Rojas, Claudio, *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica*, México, D.F., Fontamara, 2010, cap. VII.

de las críticas que se formulan a la praxis no son sino una manifestación de críticas al diseño, lo que no es apropiado o, al menos, no parece honesto.

Consecuencialmente, aquí tenemos un criterio de corrección para el análisis de la realidad. La legitimidad del sistema, de sus normas y mecanismos es central en las apreciaciones que paso a formular.

A continuación analizaré la legitimidad desde la visión de los Estados y, luego, desde la sociedad civil.

### *1.1. Los Estados*

Para que los Estados asuman el sistema como legítimo deben cumplirse, a mi juicio, tres condiciones: sentir que aquello a que se comprometieron es lo mismo que se les exige, que la responsabilidad internacional siga estándares claros en materia de atribución y reparaciones, y que en los procedimientos sean tratados en “igualdad de armas”.

Sobre el compromiso, lo central es que los órganos en su trabajo de control sean capaces de explicitar y fundamentar que las recomendaciones, informes, sentencias, etc., están vinculadas con los compromisos del Estado en términos normativos. Si el Estado se ha comprometido en sede internacional, lo hace de buena fe y para cumplir con sus obligaciones. Por tanto, una objeción que podría ser legítima sería que las exigencias son diferentes a aquellas que fueron adquiridas. De ahí la importancia que en estos casos estructurales quede muy claramente establecido el contexto en que se producen las violaciones, ya que será dicha construcción fáctica la que habilite la adopción de medidas de no repetición.

En segundo lugar, si se va a atribuir responsabilidad internacional por violaciones de derechos humanos, los órganos de control deben aplicar ciertos estándares estrictos en materia de atribución de responsabilidad y reparaciones. La atribución de responsabilidad debe ser fundada y basada en los hechos acreditados. En materia de reparaciones, los órganos de control, en particular la Corte, deben tener siempre presente que si bien a través de las medidas de reparación se puede ampliar el ámbito de las reparaciones, el vínculo entre la violación y las medidas no puede perderse, debe haber en el conjunto de las reparaciones una relación lógica entre la víctima, la violación y la reparación. En el caso de sentencias estructurales, debe haber un contexto que las justifique.

Sobre la igualdad de armas en los procedimientos, estos deben guardar ciertos resguardos formales y de fondo. El hecho de que hoy las partes puedan actuar en el proceso ante la Corte permite dar pasos serios en determinar un rol claro a cada uno de los actores. En este sentido, me parece que podría explorarse de manera más intensa el rol que le cabe a la Comisión como garante del orden



público interamericano, en relación con estas violaciones estructurales que son comunes en todos nuestros países y marcan, por tanto, un objetivo legítimo de preocupación.

### *1.2. La sociedad civil*

Para la sociedad civil, particularmente para quienes pertenecen a aquellos grupos víctimas de discriminación sistémica, el sistema internacional se ve cada vez más como una posibilidad próxima para controlar las actividades del Estado. En este sentido, la legitimidad del sistema está directamente vinculada con la capacidad de este para dar respuesta efectiva a sus problemas.<sup>25</sup>

En el ámbito contencioso, el aspecto más interesante en la evaluación desde la sociedad tiene que ver con el acceso al sistema, específicamente a la Corte IDH, la duración de los procedimientos contenciosos y el cumplimiento de las resoluciones. Para efectos de este comentario me interesa este último punto. Para que el sistema siga teniendo legitimidad ante la sociedad civil, es vital establecer mecanismos eficaces para el cumplimiento de las resoluciones internacionales. Para ello es necesario un rol más activo de las instancias políticas del sistema que siguen siendo las grandes ausentes en el esquema institucional de control interamericano de derechos humanos.

El actual sistema de seguimiento de causas por parte de la Corte IDH está demostrando ser un instrumento útil. Al igual que en la Corte Constitucional colombiana, es en el seguimiento de las sentencias estructurales donde se juega la vigencia de los derechos. El seguimiento en el sistema de la Corte IDH es un mecanismo de diálogo entre Corte y Estado, donde, eventualmente, participan las víctimas. En aquellas medidas de carácter institucional, el control parece ser más efectivo, el problema surge en materia de coordinación de actores locales. Ya sabemos que este es un elemento central para lograr superar situaciones de violaciones de derechos humanos que tienen su origen, precisamente, en la falta de respuesta por parte de los poderes públicos.

## **2. Eficacia transformadora en duda**

No hay duda de que uno de los principales avances en materia de garantía de los derechos humanos, tanto a nivel interno como internacional, ha sido el surgimiento de estas respuestas estructurales ante problemas de ese mismo tipo.

---

<sup>25</sup> Para profundizar en la sociedad civil como actora relevante ante el sistema interamericano, véase Nash Rojas, Claudio, “Pasado, presente y futuro del sistema interamericano de derechos humanos”, *op. cit.*, nota 4, pp. 112-113.

Estas medidas no buscan sino dar efectividad a los derechos de las personas sujetas a la jurisdicción de los Estados. El problema que comienza a plantearse con más o menos fuerza dentro de los Estados de la región es que luego de décadas de haber puesto los derechos en el centro de la discusión, la desigualdad se mantiene y, en muchos casos, ha aumentado. Ello plantea la duda, legítima por cierto, de la efectividad de la respuesta jurisdiccional.<sup>26</sup>

En efecto, exclusiones sociales de amplios sectores sociales abren la puerta a planteamientos críticos al discurso de los derechos humanos y, por primera vez en varios años, los derechos humanos comienzan a ser mirados como un obstáculo y no como el camino para la superación de estas situaciones lacerantes para nuestras sociedades.<sup>27</sup>

En este sentido, me planteo la pregunta, a la que no veo respuesta en el texto de Osuna, de si tenemos claro cuáles son los límites reales de la justicia constitucional y cuánto le podemos pedir legítimamente. Si bien se han superado de buena forma las críticas teóricas y filosóficas sobre el rol de la judicatura, no veo la misma solidez en la determinación de un encuadrado preciso de qué es lo que podemos esperar de la justicia constitucional. Tenemos claro que este es un mecanismo adecuado para protección de derechos individuales que han sido amenazados y/o violados; tenemos algunas esperanzas en el sistema de justicia constitucional para provocar cambios concretos, particularmente institucionales, en menor medida culturales y, eventualmente, de coordinación institucional. Pero transformaciones más profundas, no es claro hasta dónde puedan activarse desde la judicatura y si es que este es un rol que le podemos asignar.

### 3. Límites frente a las crisis con los Estados y de los Estados

El último comentario que quiero formular se relaciona con la política. Está muy de moda hoy un texto de Roberto Gargarella, quien, con la agudeza a que nos tiene acostumbrados, plantea que luego de tanto tiempo poniendo el énfasis en los derechos, nos hemos olvidado de la política, de lo que él llama “la sala de máquinas” de la Constitución.<sup>28</sup> Creo que Gargarella se equivoca en su diagnóstico.

---

26 Couso, Javier, “Los desafíos de la democracia constitucional en América Latina: entre la tentación populista y la utopía neoconstitucional”, *Anuario de Derechos Humanos 2010*, Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho - Universidad de Chile, 2011, pp. 33-47.

27 En ese sentido, se pueden leer críticas formuladas al sistema de derechos humanos por países del ALBA.

28 Gargarella, Roberto, “El constitucionalismo latinoamericano y la ‘sala de máquinas’ de la Constitución (1980-2010)”, *Revista Gaceta Constitucional*, núm. 48, 2011, pp. 289-305.

En la justicia constitucional y en la protección internacional, el objetivo siempre ha estado en la política. El diagnóstico de las violaciones estructurales de derechos humanos tiene un fundamento fuerte en la crítica al poder político y su inmovilismo frente a los temas institucionales, culturales y de falta de actuación y/o coordinación estatales. Las sentencias estructurales en el ámbito nacional y las garantías de no repetición en el internacional pueden ser leídas perfectamente como un intento casi desesperado por movilizar el aparato de poder. Otra cosa es que cuestionemos la efectividad de la justicia, sea nacional o internacional, para mover la política y enmarcarla en una cierta hoja de ruta marcada por los derechos.

Hay dos situaciones que son preocupantes. La primera, son los Estados que estando en condiciones de actuar, no lo hacen por razones ideológicas. En estos casos, el establecimiento de ciertos mínimos por parte de la cultura de derechos humanos, no ha parecido suficiente para movilizar las decisiones. La segunda situación, son los Estados donde es irrelevante la decisión política porque no tienen la capacidad de actuar, sea porque no tienen control territorial y/o recursos suficientes y adecuados para responder ante los desafíos de las violaciones de derechos humanos que sufre parte importante de la población,<sup>29</sup> sea porque son Estados que están capturados, principalmente, por parte de grupos de interés.<sup>30</sup>

El desafío que está pendiente para la justicia constitucional e internacional en términos de violaciones estructurales es la definición de los límites. Ya más o menos despejadas las dudas respecto a la legitimidad democrática y el objetivo de la movilización del poder público, la pregunta que persiste es la de la legitimidad dada por la efectividad del sistema. Si no establecemos ciertos límites a las expectativas frente a la justicia constitucional e internacional, estamos destinados a una nueva “crónica de una decepción anunciada”.

## BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor, “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista Sur*, vol. 6, núm. 11, diciembre de 2009, edición español, Brasil, pp. 7-39.

Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Sentencia de Fondo, 19 de noviembre de 1999.

---

29 Di John, Jonathan, “Conceptualización de las causas y consecuencias de los Estados fallidos: una reseña crítica de la literatura”, *Revista de Estudios Sociales*, núm. 37, diciembre de 2010, pp. 46-86.

30 Kaufmann, Daniel *et ál.*, “Captura del Estado, corrupción e influencia en la transición”, *Trabajo de Investigación de Políticas*, núm. 2444, Banco Mundial, 2000, pp. 1-39.

- Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 17 de junio de 2005, Serie C, núm. 125, párrafo 51.
- Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de marzo de 2006, Serie C, núm. 146, párrafo 154.
- Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 16 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 205.
- Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012, Serie C, núm. 239, párrafo 267.
- Corte IDH, Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 27 de abril de 2012, Serie C, núm. 241.
- Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 27 de junio de 2012, Serie C, núm. 245.
- Corte IDH, Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2012, Serie C, núm. 246.
- Corte IDH, Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 19 de mayo de 2014, Serie C, núm. 277.
- Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, de 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Serie A, núm. 17.
- Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Serie A, núm. 18.
- Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Serie A, núm. 21.
- COUSO, Javier, “Los desafíos de la democracia constitucional en América Latina: entre la tentación populista y la utopía neoconstitucional”, *Anuario de Derechos Humanos 2010*, Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho - Universidad de Chile, 2011.
- DI JOHN, Jonathan, “Conceptualización de las causas y consecuencias de los Estados fallidos: una reseña crítica de la literatura”, *Revista de Estudios Sociales*, núm. 37, diciembre de 2010, pp. 46-86.
- GARGARELLA, Roberto, “El constitucionalismo latinoamericano y la ‘sala de máquinas’ de la Constitución (1980-2010)”, *Revista Gaceta Constitucional*, núm. 48, 2011, pp. 289-305.
- KAUFMANN, Daniel *et ál.*, “Captura del Estado, corrupción e influencia en la transición”, *Trabajo de Investigación de Políticas*, núm. 2444, Banco Mundial, 2000.

- NASH ROJAS, Claudio, “La codificación de los derechos humanos en el ámbito internacional y el proceso de codificación: ¿continuidad o cambio?”, en MARTINIC, María Dora y TAPIA, Mauricio (dirs.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2005.
- NASH ROJAS, Claudio, “Pasado, presente y futuro del sistema interamericano de derechos humanos”, *El sistema interamericano de derechos humanos. Aciertos y desafíos*, México, D.F., Porrúa, 2009.
- NASH ROJAS, Claudio, *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica*, México, D.F., Fontamara, 2010.
- NASH ROJAS, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª ed. correg. y actualiz., Chile, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho - Universidad de Chile, 2009.
- NASH ROJAS, Claudio, *Responsabilidad internacional del Estado en la jurisprudencia internacional y la experiencia chilena*, Chile, Legal Publishing Chile, Thomson Reuters, 2013.
- NASH ROJAS, Claudio, *Responsabilidad internacional del Estado en la jurisprudencia internacional y la experiencia chilena*, Chile, Editorial Legal Publishing, Thomson Reuters, 2014.
- NASH ROJAS, Claudio y VALESKA, David, “Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos”, en NASH ROJAS, Claudio, *Control de convencionalidad. De la dogmática a la implementación*, México, D.F., Porrúa, 2013.
- NOWAK, Manfred, *Introduction to the International Human Rights Regime*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2003.
- SABA, Roberto, “(Des)Igualdad estructural”, *Revista Derecho y Humanidades*, núm. 11, 2005, pp. 123-147.

## Referencias jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia argentina: un decisorio de honda magnitud institucional y otro que reivindica el valor de los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Víctor Bazán\*

### I. INTRODUCCIÓN

El espacio asignado a este sector del trabajo (informes nacionales de jurisprudencia) nos brinda la oportunidad de presentar dos fallos de gran trascendencia emitidos en 2013 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), órgano cúspide de la justicia constitucional argentina.

Se trata de los pronunciamientos recaídos en los casos Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 “Gente de Derecho”) c/ Poder Ejecutivo Nacional, Ley 26.855, medida cautelar s/ Acción de amparo<sup>1</sup> y Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut,<sup>2</sup> de 18 de junio y 6 de agosto de aquel año, respectivamente.

El primero gira en torno de una cuestión de alta relevancia institucional que en general se conecta con la defensa de la división de poderes (funciones) en el Estado constitucional y, en particular, con la garantía de independencia y de imparcialidad de los jueces. El segundo aborda un importante asunto en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales: la valorización de las recomendaciones contenidas en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH), particularmente, los emitidos en el marco del artículo 51.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Luego de examinar sucintamente ambos decisorios, brindaremos unas breves observaciones finales a su respecto.

---

\* En relación con los datos curriculares, remitimos al trabajo de nuestra autoría incluido en la primera parte de este libro.

1 Causa R. 369. XLIX. REX.

2 Causa C. 568. XLIV. RHE.

## II. LOS FALLOS POR ANALIZAR

### 1. El caso Rizzo

#### 1.1. Noticia contextual

En abril de 2013, la presidenta de la nación Cristina Fernández de Kirchner hizo público un conjunto de seis proyectos de ley para la “democratización de la justicia”. Tres de ellos, si bien polémicos en cuanto a sus alcances, no produjeron mayor reprobación. Aludían a: i) la regulación del ingreso democrático e igualitario de personal al Poder Judicial y al Ministerio Público, mediante el procedimiento de concurso público; ii) la imposición en cuanto a que las declaraciones juradas patrimoniales integrales de los miembros de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial fueran de carácter público y de libre accesibilidad por Internet; y iii) el establecimiento de la obligatoriedad de publicación inmediata en Internet de sentencias y acordadas de la CSJN, y otros tribunales federales y nacionales.

El trío que sí ocasionó un rechazo concluyente y generalizado fue el que comprendía a los proyectos enderezados a: i) estructurar tres nuevas cámaras federales y/o nacionales de casación que revisarían las sentencias de las cámaras nacionales y/o federales con competencia en lo contencioso-administrativo federal, del trabajo y la seguridad social y lo civil y comercial, trasuntado en la Ley 26.853;<sup>3</sup> ii) regular (en realidad, *jibarizar*) las medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado nacional, plasmado en la Ley 26.854;<sup>4</sup> y iii) reformar el Consejo de la Magistratura (CM) (órgano que tiene a su cargo la selección de las ternas de candidatos a jueces nacionales y federales y puede también desencadenar el proceso de destitución de estos,<sup>5</sup> que luego llevará adelante otro cuerpo constitucional: el Jurado de Enjuiciamiento), convertido en la Ley 26.855.<sup>6</sup>

#### 1.2. El “corazón” de la reforma

Indudablemente, la parte nuclear de la innovación se centraba en modificar la legislación relativa al CM para lograr, entre otras cosas, que: i) los consejeros

3 Boletín Oficial de 17 de marzo de 2013.

4 Boletín Oficial de 30 de abril de 2013.

5 Es preciso advertir que los ministros de la CSJN están excluidos de su radio de influencia, por cuanto el CM no interviene en la selección ni en la remoción de tales jueces, que son designados por el/la Presidente/a de la nación con acuerdo del Senado y pueden ser destituidos por juicio político (*impeachment*) a cargo del Congreso de la nación.

6 Boletín Oficial de 27 de mayo de 2013.

abogados, jueces y académicos fueran elegidos por sufragio popular; ii) se ampliara el número de sus componentes, llevándolo de 13 a 19, para incrementar el factor político-partidario (principalmente a favor del oficialismo), rompiendo la composición “equilibrada” que según mandato constitucional debía tener el cuerpo; iii) se incrementara su injerencia y poder políticos; y iv) se viabilizara que las decisiones más relevantes que debe tomar puedan adoptarse con mayorías menos agravadas que las actuales.

Las mayorías con que el Frente para la Victoria (alianza gobernante) contaba permitieron que el sexteto de proyectos fuera aprobado en ambas cámaras (Diputados y Senadores) y rápidamente se convirtieran en ley, sin que mediara un adecuado nivel de debate y consulta con los distintos sectores involucrados.

La ley modificatoria del CM fue observada desde diferentes ámbitos (profesionales, académicos, científicos) como un avasallamiento del Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial en general y la CSJN en particular como cabeza de tal poder. No era esta la primera ocasión, tampoco sería la última, en que se produjeron desencuentros entre el Ejecutivo y la CSJN, los que normalmente se incrementan cuando aquel le hace saber a esta su malestar por algunas sentencias dictadas en temas institucionalmente sensibles. Las presiones hacia el alto tribunal y otros órganos jurisdiccionales nacionales o federales no han sido escasas durante el curso de los mandatos de la Presidenta (su actual período finalizará con la entrega del poder a su sucesor/a en diciembre de 2015).

Publicada la ley, de inmediato comenzaron a multiplicarse las acciones de amparo y otros procesos que cuestionaban su constitucionalidad y a obtenerse medidas cautelares que dificultaban uno de los propósitos de la reforma: que los miembros abogados, jueces y académicos del CM fueran elegidos por voto popular y no por los propios estamentos forenses, jurisdiccionales y universitarios, respectivamente. Además, la meta era que ello sucediera inmediatamente, en ocasión de las primeras elecciones primarias abiertas simultáneas y obligatorias (PASO) en la historia institucional de nuestro país, que se llevaron a cabo el 11 de agosto de 2013, pero que según el cronograma electoral para junio de ese año debían estar constituidas las alianzas electorales y, luego, presentadas las listas, con la particularidad de que *en estas boletas electorales de los partidos o alianzas se incluirían a los candidatos abogados, jueces y académicos*.

No faltaron voces desde la oposición que calificaban la movida oficialista como un “golpe institucional” al Poder Judicial. Además, hubo manifestaciones públicas en varios sitios del país (convocadas a través de redes sociales) en contra de los proyectos de “*democratización* de la justicia”, que no pocos entendieron que en realidad pretendían la “*domesticación* de la justicia” y su genuflexión ante



el poder presidencial. Incluso, y entre otros, llegaron críticas desde la Relatoría Especial de la ONU sobre la independencia judicial.

### *1.3. La respuesta jurisdiccional de la CSJN*

El caso que referenciamos fue resuelto con la posición coincidente, con matices, de seis de sus (entonces) integrantes y una solitaria disidencia.<sup>7</sup>

La sentencia es extensa y podría calificarse como “didáctica” porque, entre otros puntos, recuerda las bases fundamentales de la república, la imprescindibilidad de defender la supremacía constitucional y los pilares esenciales del Estado de derecho.

En suma, declaró la inconstitucionalidad de algunos artículos de la ley; dejó sin efecto la convocatoria a elecciones para los cargos de consejeros de la magistratura representantes de los jueces, abogados de la matrícula federal y de otras personas del ámbito académico y científico; y mantuvo las PASO para los cargos de diputados y senadores nacionales (aquellos para todas las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y estos últimos para algunas provincias y dicha Ciudad Autónoma) que finalmente tuvieron lugar –como vimos– el 11 de agosto de 2013.

Entre otros fundamentos, la CSJN dijo que: i) la Constitución busca equilibrar el poder para limitarlo; ii) no es posible que bajo la invocación de la defensa de la voluntad popular, pueda propugnarse el desconocimiento del orden jurídico, puesto que nada contraría más los intereses del pueblo que la propia transgresión constitucional; iii) los jueces deben actuar en todo momento en forma independiente e imparcial, como custodios de los derechos y principios constitucionales para no dejar desprotegidos a todos los habitantes de la nación frente a los abusos de los poderes públicos o fácticos; iv) las personas que integran el CM lo hacen en nombre y por mandato de cada uno de los estamentos indicados (jueces, abogados y académicos), lo que supone inexorablemente su elección por los integrantes de esos sectores, con lo cual el precepto constitucional (artículo 114) no contempla la posibilidad de su elección por voto popular; y v) el Poder Judicial tiene la legitimidad democrática que le da la Constitución, que no se deriva de la elección directa.

Asimismo, entendió que la ley resultaba inconstitucional porque: i) rompía el equilibrio, al disponer que la totalidad de los miembros del Consejo resultara

---

7 El esquema de votación fue el siguiente: la mayoría quedó compuesta por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda; en voto concurrente conjunto se pronunciaron los jueces Petracchi y Argibay, mientras que la única disidencia correspondió al ministro Zaffaroni.

directa o indirectamente emergente del sistema político-partidario; ii) desconocía el principio de representación de los estamentos técnicos, al establecer la elección directa de jueces, abogados, académicos y científicos al CM; iii) comprometía la independencia judicial, al obligar a los jueces a intervenir en la lucha partidaria; y iv) vulneraba el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, al distorsionar el proceso electoral.

El pronunciamiento fue valiente y el caso estuvo correctamente resuelto, afrontándose los puntos más sensibles y cuestionados de la ley, v. gr.: i) la *politi-zación partidaria* de la elección de jueces, abogados y académicos para integrar el CM; ii) la *ruptura del equilibrio* en la composición de este, exigida constitucionalmente; y iii) el *manto de sospecha* que respecto de la imparcialidad y la independencia de los magistrados podía significar el hecho de aparecer en boletas electorales de partidos políticos.

Poco después de la sentencia, la Administración Federal de Ingresos Públicos comenzó a investigar impositivamente a Ricardo Lorenzetti, presidente de la CSJN, a sus hijos y al secretario general de administración del máximo tribunal. El hecho no pasó precisamente inadvertido, y fue leído como una clara presión a causa del decisorio recaído en “Rizzo” y como una advertencia para futuras resoluciones de casos en los que el “kirchnerismo” pudiera tener particular interés.

## 2. El caso Carranza Latrubesse

### 2.1. Consideraciones preliminares

Antes de ingresar al fallo *stricto sensu*, creemos conveniente reseñar las intercadencias exhibidas por la CSJN sobre la cuestión de la vinculatoriedad de los informes de la Comisión IDH y la posición personal que desde hace tiempo venimos sosteniendo sobre el particular.

**2.1.1.** Como anticipábamos, la percepción del alto tribunal acerca de la obligatoriedad de las recomendaciones contenidas en los informes de la Comisión IDH, adoptados –principalmente– en el marco del artículo 51.2 de la CADH no ha sido precisamente lineal.

Basta rememorar su pendular secuencia jurisprudencial en la materia para comprobar sus *corsi e ricorsi*, con precedentes que en el particular se muestran *laudables*: v. gr., Bramajo, Hernán, J.<sup>8</sup> (de 12 de septiembre de 1996) y Simón, Julio

---

8 Fallos 319:1840. La mayoría quedó integrada con los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, López y Vázquez. En disidencia conjunta votaron los jueces Fayt, Belluscio y Bossert.

Héctor y otros s/ Privación ilegítima de la libertad, etc. (Causa 17.768)<sup>9</sup> (de 14 de junio de 2005); y otros *cuestionables*: por ejemplo, Acosta, Claudia B.<sup>10</sup> (de 22 de diciembre de 1998) y Felicetti, Roberto y otros<sup>11</sup> (de 21 de diciembre de 2000).  
**2.1.2.** En alguna medida, la situación se recomplejizó a partir de la óptica que el Procurador General de la Nación vertiera en su dictamen de 1 de septiembre de 2009, correspondiente justamente a la causa Carranza Latrubesse, en el que se mostró refractario a conceder que semejantes recomendaciones poseyeran carácter vinculante.

Disentimos de esta posición. Desde hace tiempo mantenemos una visión contrapuesta a ella,<sup>12</sup> paralelamente a criticar la trayectoria jurisprudencial ondulante que la CSJN venía mostrando sobre el particular y la ausencia de un pronunciamiento firme y claro que despejara dudas respecto de los ribetes mandatorios de dichas recomendaciones de la Comisión IDH, lo que –como tendremos ocasión de verificar *infra*–, en cierto sentido, quedó plasmado en el criterio de la ajustada mayoría que se impuso para construir la sentencia recaída en Carranza Latrubesse, de 6 de agosto de 2013.

Es que la propia redacción del citado artículo 51.2 de la CADH pareciera refutar la tacha de no vinculatoriedad. En efecto, este tramo de la cláusula convencional dispone: “La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado *debe* tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada” (énfasis añadido). Todo indica que la selección del vocablo “debe” trasunta la intención de dotar a la redacción de un tono prescriptivo antes que meramente facultativo u optativo.

---

9 Fallos 328:2056. La votación fue la siguiente: la moción que encabeza el decisorio fue firmada por el juez Petracchi. Por su parte, en sendas concurrencias se pronunciaron los ministros Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti (los cuatro coinciden con los consids. 1 a 11 del voto del ministro Petracchi), Argibay (quien concordó con los consids. 1 a 6 del mencionado voto del juez Petracchi) y Boggiano. Finalmente, el ministro Fayt se expidió en disidencia.

10 Fallos 321:3555. La mayoría estuvo compuesta por los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, López y Vázquez. Por su voto se expidieron, conjunta y concurrentemente, los jueces Bossert y Boggiano. Por su parte, el ministro Petracchi lo hizo en disidencia.

11 Fallos 323:4130. El sentido de los votos emitidos fue el siguiente: por la mayoría, se pronunciaron los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, López y Vázquez; además, hubo sendas disidencias de parte de los jueces Fayt, Petracchi, Boggiano y Bossert.

12 Más allá de algunos trabajos anteriores, véase Bazán, Víctor, v. gr., en “La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina”, *Estudios Constitucionales*, año 5, núm. 2, 2007, pp. 137-183.

Al referirse al tema de la interpretación de la CADH, la Corte IDH ha determinado que la misma debe ser efectuada de modo tal que no conduzca “de manera alguna a debilitar el sistema de protección consagrado en la Convención” y siempre teniendo en cuenta que el objeto y el fin de la misma “son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”.<sup>13</sup>

O sea que la idea a la hora de sondear las cláusulas de un instrumento internacional sobre derechos humanos impone optar por aquella exégesis que conduzca a *fortalecer el sistema de protección allí consagrado* (cf. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 31, y CADH, artículo 29).

Tampoco es desdeñable el tenor literal con que el artículo 33 de la CADH ha sido perfilado. En efecto, identifica a la Comisión y a la Corte Interamericanas como “competentes para conocer de los asuntos relacionados con *el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes*” en la Convención (énfasis añadido). Se trata de un elemento relevante y que también lleva a predicar que los pronunciamientos de uno de los dos órganos que tienen a su cargo la trascendente misión de verificar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados en el marco de dicho instrumento internacional exudan una dosis de imperatividad. Al respecto, la Corte IDH ha especificado que en función del citado artículo 33 de la Convención, al ratificar esta, “los Estados partes *se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes*”<sup>14</sup> (énfasis añadido).

Es también significativo que, correlativamente a la obligación *individual* que adoptan los Estados partes de la CADH en el sentido apuntado, afrontan una garantía de carácter *colectivo* consistente en velar por la preservación de dicho instrumento internacional, uno de cuyos reflejos radica precisamente en procurar

---

13 Entre otros ejemplos, véase Corte IDH, Opinión Consultiva OC-3/83, “Restricciones a la pena de muerte (artículos 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, 8 de septiembre de 1983, solicitada por la Comisión IDH, Serie A, núm. 3, párrafo 47; Opinión Consultiva OC-4/84, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización”, 19 de enero de 1984, solicitada por el Gobierno de Costa Rica, Serie A, núm. 4, párrafo 24; y Opinión Consultiva OC-2/82, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75)”, 24 de septiembre de 1982, solicitada por la Comisión IDH, Serie A, núm. 2, párrafo 29. Respecto de esta última, puede compulsarse un acercamiento en Bazán, Víctor, “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la OC-2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AA.VV., *Derechos humanos. Corte Interamericana*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, t. I, 2000, pp. 91-165.

14 Corte IDH, Caso Loayza Tamayo vs. Perú, Sentencia de Fondo, 17 de septiembre de 1997, Serie C, núm. 33, párrafo 81.

que la obligatoriedad de la observancia de las recomendaciones de la Comisión IDH sea acatada.

En esa línea analítica, no cabe soslayar que tales directivas emanan de un *órgano principal* de la Organización de los Estados Americanos, cuya función consiste en promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en el hemisferio (véase artículo 106 de la Carta de dicha Organización), sin olvidar, ya desde otra vertiente argumental, que no sería sencillo defender válidamente la sustentabilidad jurídica del razonamiento estatal por medio del cual asegure no tener el deber de cumplir las recomendaciones de la Comisión IDH, pues, en tal caso, los efectos, el alcance y la suerte final de ellas quedarían totalmente a merced y criterio de la propia parte remisa.

No puede soslayarse una focalización axiológica del problema desde el prisma hermenéutico de la *buena fe y consistente con el objeto y el fin* de la CADH, al tiempo que –ya en clave un tanto más *pragmática*– una conducta estatal refractaria a acatar los informes mandatorios de la Comisión podría conducir a la declaración de *responsabilidad internacional del Estado*.

Por último, se ha afirmado que conferir obligatoriedad a las recomendaciones de la Comisión IDH

no vacía de sentido a la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH. La exigibilidad de un fallo de la Corte IDH se sustenta en dispositivos convencionales más rígidos y precisos, pero ello no quita toda virtualidad a las recomendaciones de la Comisión IDH. Ni las cláusulas del sistema interamericano pierden sentido ante dicho reconocimiento. La CADH tiene un sistema de doble vía de culminación de los procedimientos de denuncia. Eso es todo. Un caso puede terminar por un arreglo amistoso entre las partes, con un informe ante la Comisión IDH, o por una sentencia de la Corte IDH. Afirmar la obligatoriedad, en general, de cualquiera de esas decisiones no hace que el sistema se desestabilice, por la sencilla razón de que el sistema fue concebido y aceptado por los Estados del modo en que luce, esto es, con dos órganos con competencia final para juzgar el desempeño estatal. Las sentencias de la Corte IDH, ciertamente, están avaladas por un sistema de exigibilidad más firme y preciso pero ello no implica que sus fallos pierdan fuerza, si se otorga también algún grado de exigibilidad a las recomendaciones de la Comisión IDH.<sup>15</sup>

---

15 Filippini, Leonardo, Gos, Tatiana y Cavana, Agustín, “El valor de los informes finales de la Comisión Interamericana y el dictamen del Procurador General en el caso ‘Carranza Latrubesse’”, s. f., p. 19. Disponible en: [http://www.palermo.edu/derecho/centros/pdf-ictj/caso\\_Carranza\\_Latrubesse.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/centros/pdf-ictj/caso_Carranza_Latrubesse.pdf).

## 2.2. Alusión a la sentencia recaída en la causa Carranza Latrubesse

**2.2.1.** La base fáctica del caso marca que el accionante había sido removido de su cargo de juez de primera instancia de la provincia del Chubut –al que había accedido en 1971– mediante un decreto dictado por el Poder Ejecutivo *de facto* de dicha provincia, el 17 de junio de 1976.

Ante tal situación, dedujo una acción contencioso-administrativa en la que reclamó la nulidad de la medida y la reparación de los daños causados, mas no la reposición en su función, cuestión que fue declarada “no justiciable”. Luego, presentó una petición ante la Comisión IDH, sosteniendo que el Estado argentino había violado sus derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, enunciados en los artículos 8 y 25, en relación con el artículo 1.1, de la CADH. Sustanciado el procedimiento, la Comisión pronunció el Informe 30/97. Caso 10.087. Gustavo Carranza - Argentina, de 30 de septiembre de 1997, recomendando al Estado indemnizar al reclamante.

En función de ello, el actor inició una acción declarativa ante la CSJN contra el Estado nacional y la provincia del Chubut, a fin de que se diera certidumbre a su derecho y se declarase que la República era responsable ante la comunidad internacional del cumplimiento del citado informe de la Comisión y, en su mérito, se le indemnizaran los perjuicios que sufrió como consecuencia de la violación de sus derechos.

El alto tribunal, por sentencia de 12 de marzo de 2002, resolvió que la causa no era de su competencia originaria, remitiendo el expediente a la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal a pedido del actor, el cual desvinculó de la litis al Estado provincial, y admitida por ese fuero su competencia, el litigio fue fallado finalmente por la Sala V de la Cámara respectiva, la cual, por mayoría, hizo lugar a la demanda, condenando al Estado nacional a pagar al pretensor la suma de \$ 400.000, estimados a la fecha de su pronunciamiento.

Las partes dedujeron sendos recursos extraordinarios cuyas denegaciones motivaron las quejas consecuentes. La CSJN, por mayoría,<sup>16</sup> acogió parcialmente el remedio procesal del demandado y desestimó el del actor.

**2.2.2.** Inicialmente debe indicarse, en lo que importa a los fines de este acercamiento, que el Estado nacional planteó el *carácter no vinculante de las recomendaciones de la Comisión*.

---

16 El voto matriz fue firmado por los ministros Fayt y Zaffaroni; en sendos votos concurrentes se pronunciaron los jueces Petracchi y Maqueda; mientras que en disidencia individual lo hizo la ministra Argibay, y conjunta los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco.

Respecto del tema, el alto tribunal (en la versión del voto mayoritario *stricto sensu*, encarnado por los ministros Fayt y Zaffaroni, al que se referirán todas las consideraciones que haremos en adelante en este texto principal) señaló que el objeto último para el que ha sido establecido el *régimen de peticiones individuales* (y el valor de las *recomendaciones*) no se reduce a la sola comprobación por la Comisión IDH de que se ha producido un menoscabo a un derecho protegido, puesto que, tal como está expresado de manera terminante en el artículo 51.2 de la CADH, *a lo que se apunta en definitiva*, vale decir, más allá de esa comprobación, *es a “remediar”, por parte del Estado, la situación controvertida* (consid. 10).

Asimismo, expuso que el trámite ante la Comisión IDH, si bien está rodeado de las garantías del debido proceso, *entraña una inferioridad de armas del peticionario frente al Estado*; “desequilibrio procesal” que reclama, para ser “resuelto” según el “justo equilibrio” o la “equidad procesal”, *conferir valor vinculante a las recomendaciones* de la Comisión IDH rendidas en función del artículo 51.2 de la CADH, al modo en que lo son, para el peticionario, las decisiones por las que se desestima su pretensión o es declarada inadmisibles (consid. 11).

Dejó además consignado que un resultado definitivo adverso para el Estado demandado ante la Comisión IDH implicará para aquel hacerse cargo de su responsabilidad internacional y del deber de remediar la situación examinada por ese organismo, lo que sería consecuencia del *ejercicio de su soberanía*, al haber asumido el carácter de parte de la CADH y, por ende, haber aceptado la competencia de la Comisión. Puntualizó también que *en la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal*, ejercicio que es, a su vez, asaz demostrativo de que *ha primado sobre el Estado la decisión de reforzar la tutela interna de los derechos humanos por la vía internacional* (“complementaria” / “coadyuvante”) aun a riesgo, desde luego, de tales desenlaces. En esa línea enfatizó que, después de todo, *la responsabilidad internacional del Estado se genera dentro de la jurisdicción nacional*, por cuanto es “inmediata” con el acto “ilícito internacional” que le fuese (posteriormente) atribuido (consid. 13).

Aclaró que la *obligatoriedad de las recomendaciones del informe definitivo* atañe, como lo enuncia el artículo 51.2 de la CADH, *a las recomendaciones “pertinentes”*, esto es, solo a las dirigidas a “remediar la situación examinada”, la cual no podría ser otra que la propia del peticionario y por el agravio que se hubiera tenido por producido respecto de este. Añadió que el *cumplimiento local de las recomendaciones habrá de realizarse con estricto respeto del orden de distribución de competencias* previsto por el ordenamiento jurídico interno, principalmente, por la Constitución Nacional (consid. 17).

Señaló, por último, que las recomendaciones del artículo 51.2 de la CADH, formuladas en el Informe 30/97 respecto de la necesidad de indemnizar a un magistrado por la destitución de su cargo, *son de carácter obligatorio para el Estado nacional*. Ello, porque impone el *sentido* que debe atribuirse a los términos del precepto tanto en el *contexto* específico cuanto en el general donde están insertos, atendiendo al *objeto* y el *fin* del régimen de peticiones y de la CADH en su integridad, y, a la par, es lo que mejor responde al principio de *buena fe* y al *efecto útil* del régimen, evitando así el *debilitamiento* del sistema, cuando no, del propio ser humano al cual está destinado a servir (consid. 18).<sup>17</sup>

---

17 Para tener un panorama más completo del modo en que se pronunciaron los restantes ministros de la CSJN, recrearemos con algún grado de detalle las posiciones de los jueces concurrentes con la mayoría: Petracchi y Maqueda, quienes se pronunciaron por medio de sendos votos individuales. Luego, anunciaremos de manera sucinta la postura asumida por los magistrados disidentes: Argibay (individualmente) y Lorenzetti y Highton de Nolasco (conjuntamente).

El juez Petracchi dijo que *no era razonable sostener* –como lo había realizado el Estado– *que las recomendaciones de la Comisión IDH carecieran de todo valor para motivar acciones del Estado argentino*. Agregó que *una conclusión semejante no solo prescindiría del contexto del tratado sino que iría contra su objeto y fin*, al optar por la interpretación que tendía a debilitar y quitar “efecto útil” al sistema de peticiones individuales consagrado en los artículos 44 a 51 de la CADH (consid. 11). Sin perjuicio de ello, juzgó indispensable dejar en claro que *las recomendaciones formuladas por la Comisión IDH en el marco del procedimiento de peticiones individuales no tenían un valor obligatorio equivalente al de las sentencias de la Corte IDH*, las que –como surgía con claridad del artículo 68 de la CADH– eran ejecutables “en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”. Aclaró que lo que ocurría, en cambio, *respecto de las recomendaciones de la Comisión IDH, era que “el principio de la buena fe obliga a tener en cuenta su contenido”* (énfasis agregado) (consid. 12). Por su parte y recreando consideraciones de la Corte IDH, evocó que el artículo 33 de la CADH disponía que *la Comisión IDH era un órgano competente junto con la Corte para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes*, por lo que, al ratificar dicha Convención, *los Estados partes se comprometían a atender las recomendaciones que la Comisión aprobaba en sus informes* (consid. 13). Dicho todo lo anterior, el citado juez expresó que no se encontraba debidamente probado que el Estado nacional hubiera realizado los esfuerzos exigidos por el principio de buena fe que regía la actuación de los Estados en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, ni tampoco que hubiera alegado la existencia de razones de orden público interno que justificaran su conducta, sino que *simplemente ignoró las recomendaciones realizadas por el órgano interamericano* [obviamente se refería a la Comisión IDH], por lo que correspondía confirmar la sentencia apelada en este punto [que condenaba al Estado nacional] (consid. 14).

De su lado, el ministro Maqueda (también en voto concurrente) puntualizó que la aplicación del principio de buena fe, que regía la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, y la calidad de los argumentos y la autoridad



### III. OBSERVACIONES FINALES

Presentado el tándem de casos propuesto como núcleo de este intento analítico, y siempre con las limitaciones de extensión propias del espacio destinado a este informe jurisprudencial nacional, el ejercicio nos conduce a ofrecer las consideraciones de cierre que pasamos a plantear.

1. En más de un sentido, ciertas líneas de algunas de las pretendidas leyes de “democratización de la justicia”, fundamentalmente la concerniente a la reforma de la normativa sobre el Consejo de la Magistratura, perseguían *domesticar* a los jueces, abogados y académicos que se postularan para integrar ese cuerpo, quienes se habrían visto obligados a adherirse a un partido político o alianza electoral para poder participar de semejante proceso.

En los hechos, el propósito se centraba en *partidizar* aquel órgano constitucional, inficionándose claramente ese elemento partidocrático en la elección de los representantes de los jueces, tema que llevaba sin duda a una vulneración de la independencia judicial. Así, jueces envueltos en banderas partidarias, haciendo campaña política, incluidos en votos pertenecientes a partidos políticos, no pareciera configurar el mejor escenario institucional para preservar la equidistancia que el Estado constitucional y convencional exige que los jueces mantengan respecto de las agrupaciones partidarias.

La sentencia de la CSJN en el caso Rizzo fue valiente y oportuna, implementando una solución jurisdiccional que puso las cosas en su lugar y frustró una modificación legislativa abiertamente inconstitucional. Para

---

de quien emanaban, llevaban a considerar que *los informes y las opiniones de la Comisión IDH constituían criterios jurídicos valiosos de implementación, interpretación y de ordenación valorativa de las cláusulas de la CADH, que debían ser tomados en cuenta para adoptar decisiones en el derecho interno* (consid. 7°). Agregó que el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional era un deber que se extendía a *todos los jueces de cualquier jerarquía y fuero, quienes –aun ante la inexistencia de reglamentación legislativa indicativa del curso judicial a seguir frente a informes o recomendaciones emanadas de la Comisión IDH– estaban obligados a atender a su contenido con el fin de procurar la protección de los derechos humanos involucrados pues en esta materia aquella no era requisito indispensable; además de que entre las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir con el objeto y fin de la CADH debían considerarse incluidas las sentencias judiciales* (consid. 14).

Finalmente, los magistrados disidentes Argibay (solitariamente) y Lorenzetti y Highton de Nolasco (de modo conjunto) *se expidieron en el sentido de la falta de obligatoriedad de las recomendaciones efectuadas por la Comisión IDH.*

ello, tuvo que sortear un par de vallas: la posible catalogación como *political question* del problema que resolvía, lo que en definitiva se enlazaba con una tarea de análisis del alcance de la fiscalización jurisdiccional de las determinaciones legislativas del Congreso de la nación.

Por lo demás, el asunto dejó al desnudo un episodio más de la línea de frecuentes tensiones entre el Ejecutivo y el Judicial, y la disfuncional tendencia del primero de ellos a invadir y presionar a los integrantes de la judicatura; situación que lamentablemente también se configura en otros Estados del subcontinente latinoamericano que padecen nocivos embates contra la independencia judicial.

2. En punto a la cotización en el ámbito interno de las recomendaciones alojadas en los informes de la Comisión IDH, siempre sostuvimos que debería consolidarse y, luego, evolucionar la posición que la CSJN asumiera *in re* Simón, en el que retomó –aunque con mayores precisión terminológica y densidad jurídica– la huella dejada en Bramajo. En este, asentándose en la señera sentencia proferida en Giroldi, Horacio D. y otro s/ Recurso de casación<sup>18</sup> (de 7 de abril de 1995), le adjudicó la calidad de “*guía para la interpretación de los preceptos convencionales a la opinión de la Comisión Interamericana*” (énfasis agregado), en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de esta para conocer de todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación de la CADH (consid. 8° del voto de la mayoría).

Las oscilaciones jurisprudenciales en torno del tema hacen que adquiera plusvalía lo resuelto en Carranza Latrubesse. Sin embargo, y como todo debe ponerse en contexto, el criterio de la mayoría es tan laudable como ajustado el resultado de la votación de los ministros de la Corte, lo que no permite obtener certezas absolutas acerca del específico problema aquí examinado.

---

18 Fallos 318:514. Votaron coincidentemente los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi y Boggiano. En el considerando 11, la Corte puntualizó que la jerarquía constitucional de la CADH “ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’ (artículo 75, inc. 22, párrafo 2°), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. *De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana*” (énfasis agregado).

¿Será este el último capítulo de la saga? Imposible adivinarlo. Por ahora, la percepción de la mayoría en tal caso supone un avance interpretativo, lo que siempre amerita una bienvenida cuando de proteger derechos fundamentales se trata.

## BIBLIOGRAFÍA

- BAZÁN, Víctor, “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la OC-2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AA.VV., *Derechos humanos. Corte Interamericana*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, t. I, 2000.
- BAZÁN, Víctor, “La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina”, *Estudios Constitucionales*, año 5, núm. 2, 2007, pp. 137-183.
- Corte IDH, Caso Loayza Tamayo vs. Perú, Sentencia de Fondo, 17 de septiembre de 1997, Serie C, núm. 33, párrafo 81.
- Corte IDH, Opinión Consultiva OC-2/82, de 24 de septiembre de 1982, Serie A, núm. 2, párrafo 29.
- Corte IDH, Opinión Consultiva OC-3/83, de 8 de septiembre de 1983, Serie A, núm. 3, párrafo 47.
- Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, de 19 de enero de 1984, Serie A, núm. 4, párrafo 24.
- FILIPPINI, Leonardo, GOS, Tatiana y CAVANA, Agustín, “El valor de los informes finales de la Comisión Interamericana y el dictamen del Procurador General en el caso ‘Carranza Latrubesse’”, s. f., p. 19. Disponible en: [http://www.palermo.edu/derecho/centros/pdf-ictj/caso\\_Carranza\\_Latrubesse.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/centros/pdf-ictj/caso_Carranza_Latrubesse.pdf).

## Avances de la justicia constitucional de Bolivia en la protección de derechos fundamentales

José Antonio Rivera S.\*

### I. UNA NECESARIA CONTEXTUALIZACIÓN

Ha transcurrido el segundo año de la nueva era de la justicia constitucional en Bolivia, que fue inaugurada el 2 de enero de 2012, cuyas características principales son: 1) la vigencia de la Constitución promulgada el 9 de febrero de 2009, en la que se define un nuevo modelo de Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario, y se amplía el catálogo de los derechos fundamentales; 2) la justicia constitucional es ejercida por el Tribunal Constitucional Plurinacional, así como por los tribunales y juzgados de garantías constitucionales; 3) la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional por voto popular; y 4) la vigencia, a partir del 6 de agosto de 2012, del Código Procesal Constitucional.

Por mandato de la Constitución, el Tribunal Constitucional Plurinacional es el supremo guardián y último intérprete de la ley fundamental del Estado, por lo que su misión no se reduce solamente a garantizar que el ordenamiento jurídico ordinario, así como los poderes públicos y privados se subordinen a esta, sino que va más allá. Comprende la labor de plasmar la fuerza normativa de la Constitución para dinamizar el fortalecimiento de los derechos fundamentales y la transformación jurídica de aquella en una norma de aplicación directa a la

---

\* Magíster en Derecho Constitucional. Exmagistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia. Catedrático titular de Derecho Constitucional en la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba; docente invitado de la Universidad Real y Pontificia San Francisco Xavier de Chuquisaca; docente de posgrado en: Universidad Gabriel René Moreno de Santa Cruz, Universidad Andina Simón Bolívar, Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba, Universidad Mayor San Andrés de La Paz, Universidad Domingo Sabio de Santa Cruz y Universidad Los Andes de La Paz. Autor de varios libros y ensayos sobre derecho constitucional, derecho procesal constitucional y derechos humanos.

solución de los conflictos de los particulares con el Estado, garantizando que el cumplimiento de sus normas sea exigible judicialmente.

Entonces, la misión del Tribunal Constitucional Plurinacional es hacer efectiva la vigencia material de la Constitución, su sistema de valores supremos, los principios fundamentales, así como resguardar y precautelar la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales. Esto exige, del órgano contralor, el desarrollo de una interpretación proactiva de las normas constitucionales, empleando los principios *pro homine* y de la fuerza expansiva, entre otros.

En ese cometido, uno de los principales desafíos del Tribunal Constitucional Plurinacional en esta nueva era fue y es reencauzar la justicia constitucional hacia el cumplimiento de la misión asignada por la ley fundamental del Estado. Esto es así, ya que en los años 2010 y 2011, período en el que el órgano de control de constitucionalidad funcionó con magistrados interinos designados por Decreto Presidencial,<sup>1</sup> el Tribunal Constitucional asumió una posición conservadora y funcional al gobierno de turno, neutralizando la fuerza normativa de la Constitución, convalidando acciones y determinaciones que violaron los derechos fundamentales y garantías constitucionales; y emitió una jurisprudencia que constituyó un lamentable retroceso en la protección de los derechos, y que vació de contenido la acción tutelar del amparo constitucional y la acción de inconstitucionalidad concreta.

El desafío es mayor debido a la concurrencia de un conjunto de factores que surgen del proceso de cambio que viene encarando el Estado boliviano:

1. Habiéndose adoptado un nuevo modelo de Estado en la Constitución promulgada el 7 de febrero de 2009, el Tribunal Constitucional Plurinacional debe, de un lado, desarrollar una doctrina constitucional sólida sobre la base de la interpretación de las normas constitucionales, para posibilitar una adecuada implementación de ese nuevo modelo de Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario, con un régimen autonómico, y configurado con apoyo en valores supremos y principios fundamentales, uno de cuyos fines y funciones es “garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución”. De otro lado, debe ejercer un adecuado control de constitucionalidad sobre las leyes de desarrollo de la Constitución que viene emitiendo y emitirá la

---

1 Debido a que el Tribunal Constitucional dejó de desempeñar sus labores jurisdiccionales a partir de noviembre de 2007, por la renuncia de los magistrados, el Presidente del Estado, mediante Decreto Presidencial 0432, de 17 de febrero de 2010, designó magistrados interinos, con la misión de despachar todos los procesos constitucionales que se encontraban pendientes de resolución.

Asamblea Legislativa Plurinacional del Estado, así como las asambleas legislativas departamentales y los concejos municipales.

2. La Constitución ha ampliado el catálogo de los derechos fundamentales y ha otorgado a los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos el rango constitucional como regla general, y el rango supraconstitucional para casos concretos. Por esta razón, el Tribunal Constitucional Plurinacional tiene que desarrollar una labor orientada a dotarle de una fuerza normativa a la Constitución, dando una concreción normativa a las cláusulas políticas e indeterminadas de esta, para que el catálogo de los derechos no se convierta en una “cláusula poética” o una “lista de buenas intenciones”.
3. Con la reforma constitucional se han introducido importantes modificaciones al órgano de control de constitucionalidad. El Tribunal Constitucional Plurinacional debe ejercer el control de constitucionalidad no solamente sobre el ordenamiento jurídico del Estado, sino también sobre los ordenamientos jurídicos de las naciones y pueblos indígenas originarios y campesinos. El órgano contralor es independiente, orgánica y funcionalmente, de las instituciones del poder constituido. Los magistrados que lo integran son elegidos por voto popular directo y sufragio universal.
4. La primera elección de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional fue cuestionada por los ciudadanos y ciudadanas, debido a que en la etapa de selección de los candidatos, realizada en la Asamblea Legislativa Plurinacional, hubo una lamentable injerencia política del oficialismo, de manera que seleccionaron a los candidatos no sobre la base de la comprobación pública de la idoneidad y probidad sino por afinidad política. Lo anterior motivó que el 66% de los votos totales emitidos fueran nulos y blancos, y que solamente el 34% estuviesen dirigidos a los candidatos a magistrados, haciendo que la elección de magistrados no esté dotada de legitimidad, ya que los mismos fueron elegidos con una votación muy baja. Entonces, los magistrados iniciaron sus funciones con una sombra de duda sobre su independencia y legitimidad democrática.

## II. AVANCES IMPORTANTES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. SENTENCIAS DE 2013

En el segundo año de la nueva era de la justicia constitucional se han emitido sentencias que constituyen un significativo avance en la protección de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, aunque cabe señalar que también se han pronunciado otras que constituyen un lamentable retroceso.

De las muchas sentencias de contenido positivo relevante se han seleccionado cuatro que, en el sistema constitucional boliviano, tienen mucha importancia, mismas que se describen y analizan a continuación.

### **1. Sentencia que protege el derecho al debido proceso y resguarda la independencia de los jueces**

El 5 de febrero de 2013, el Tribunal Constitucional Plurinacional emitió la SCP 0137/2013, al resolver la acción de inconstitucionalidad concreta en la que se encontraban involucrados el derecho fundamental a la garantía judicial del debido proceso, en su garantía mínima del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a la dignidad humana, así como el principio de la independencia de los jueces.

La problemática en discusión resuelta en la Sentencia Constitucional 0137/2013 fue la inconstitucionalidad denunciada de las siguientes disposiciones legales: i) el artículo 392 del Código de Procedimiento Penal, modificado mediante la Ley 007 de Modificaciones al Sistema Normativo Penal, en la frase que dispone lo siguiente: “Solo serán suspendidos de su cargo por el Consejo de la Judicatura, cuando sean formalmente imputados ante el juez de instrucción”; y ii) el artículo 183, párrafo primero, numeral 4) de la Ley 025 del órgano judicial, que dispone lo siguiente: “El Consejo de la Magistratura ejercerá las siguientes atribuciones constitucionales: I. En materia Disciplinaria. 4) El Consejo de la Magistratura suspenderá del ejercicio de sus funciones a las vocales y los vocales, juezas y jueces, y personal de apoyo de las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y especializadas, sobre quienes pesa imputación formal” por ser contrarias a las normas previstas por los artículos 13.I, 14.I, 15.I, 22, 109, 115.I y II, 116, 117, 119 y 180.I de la Constitución.

Luego de realizar el juicio de constitucionalidad y contraste de las disposiciones legales sometidas al control de constitucionalidad con las normas de la Constitución y del bloque de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional Plurinacional resolvió declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones legales citadas, por vulnerar el derecho al debido proceso, en su garantía mínima del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a la dignidad humana. Su determinación fue sustentada en la jurisprudencia constitucional y la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); esta última, por definición del órgano contralor de la constitucionalidad, forma parte del bloque de constitucionalidad.<sup>2</sup>

---

2 Mediante la SC 0110/2010-R, de 10 de mayo, el Tribunal Constitucional ha definido que forman parte del boque de constitucionalidad no solamente la Convención Americana so-

La determinación adoptada por el Tribunal Constitucional Plurinacional es relevante, ya que constituye un avance significativo en la protección jurisdiccional de los derechos humanos; ello por las siguientes razones:

1. Sanea parcialmente la legislación procesal, restableciendo los principios de seguridad jurídica y de independencia judicial en los que se sustenta el ejercicio de la potestad de impartir justicia.<sup>3</sup> A partir de una errónea concepción del fenómeno de la corrupción, el gobierno del Estado plurinacional de Bolivia ha tomado la determinación de enfrentarlo endureciendo las penas y creando nuevos tipos penales. Para esto emitió la Ley 004 de Lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas, y modificó el sistema procesal penal, mediante la Ley 007 de Modificaciones al Sistema Normativo Penal. Como parte de esas reformas al sistema procesal penal, esta última ley modificó el artículo 392 del Código de Procedimiento Penal, previendo la suspensión de funciones de los jueces y vocales de los tribunales departamentales de justicia a partir de la imputación formal presentada por el Fiscal de Materia ante el Juez de Instrucción, dentro de una acción penal instaurada en contra de la autoridad judicial.

La reforma procesal dio lugar a que cualquier fiscal de materia o profesionales abogados, al no lograr su propósitos o pretensiones, instauren acciones penales en contra de los jueces o vocales del Tribunal Departamental de Justicia, y a que, a la sola presentación de la imputación formal, el Consejo de la Judicatura proceda a la suspensión de la autoridad judicial sin goce de haberes. Esa situación generó incertidumbre en los jueces y menoscabó su independencia, afectando indirectamente el derecho a las garantías judiciales del debido proceso de los litigantes, en su garantía mínima del derecho al juez natural independiente, competente e imparcial. De manera que, al declarar la inconstitucionalidad de la norma, se han restablecido los principios de la seguridad jurídica e independencia judicial.

2. Partiendo de la reafirmación de la naturaleza jurídica de la potestad administrativa sancionadora del Estado, que es una potestad reglada, definió que, en un Estado constitucional de derecho, su ejercicio encuentra un límite

---

bre Derechos Humanos, sino los órganos del sistema de protección de derechos humanos creados mediante dicha Convención, así como las determinaciones y la jurisprudencia desarrollada por dichos órganos.

- 3 Según la norma prevista por el artículo 178.I de la Constitución, “[l]a potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos”.



específico, cual es el respeto y resguardo de los derechos fundamentales. De manera que las autoridades públicas que tienen competencia para ejercer la potestad sancionadora administrativa del Estado, deben hacerlo dentro de esos límites, sin vulnerar los derechos y las garantías constitucionales.

3. Además de reiterar que todas las sentencias, opiniones consultivas y demás decisiones emergentes emanadas de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad, ha precisado que las normas convencionales sobre derechos humanos que forman parte de dicho bloque se constituyen en pautas de interpretación de las normas internas del Estado “desde y conforme al bloque de convencionalidad”. En concordancia con ello, ha resuelto el conflicto aplicando directamente las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
4. Abrió los cauces para un diálogo jurisprudencial entre la Corte IDH y el Tribunal Constitucional Plurinacional, ya que, para sustentar su determinación, aplicó la jurisprudencia establecida por la Corte IDH sobre el derecho a la presunción de inocencia en sus sentencias emitidas en los casos Suárez Rosero vs. Ecuador, Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Ricardo Canese vs. Paraguay y Rosendo Cantú y otra vs. México; asimismo, utilizó la jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH en su sentencia “Niños de la calle”, sobre el derecho a la vida digna.

## 2. Protección del derecho a la libertad física ante la detención preventiva indefinida

En fecha 11 de junio de 2013, el Tribunal Constitucional Plurinacional emitió la SCP 0827/2013, resolviendo la acción de libertad en la que se denunció la violación del derecho a la libertad física del imputado, por mantenerse en su contra una medida provisional de carácter personal por tres años y tres meses, al día en que se presentó la acción tutelar, convirtiéndola en una condena anticipada. Las autoridades judiciales competentes rechazaron la solicitud de cesación de su detención preventiva, argumentando que, según la norma prevista por el artículo 239.3) del Código de Procedimiento Penal, reformada mediante la Ley 007 de Modificaciones al Sistema Normativo Penal,<sup>4</sup> dicha cesación solo se dispone cuando han transcurrido 36 meses sin que se hubiera dictado sentencia.

---

4 A través de esta Ley, promulgada el 18 de mayo de 2010, se modificó el texto del artículo 239, numeral 3) del Código de Procedimiento Penal, con el siguiente texto: “Artículo 239 (Cesación de la Detención Preventiva). La detención preventiva cesará: 3) Cuando su duración

La problemática en discusión fue determinar si la decisión de las autoridades judiciales, de mantener la medida de la detención (prisión) preventiva aplicada al imputado más allá de los 36 meses, por haberse emitido la sentencia por el tribunal competente, misma que no estaba ejecutoriada por haber sido impugnada por la vía de los recursos previstos en la legislación procesal, era la más correcta. O, al contrario, la decisión judicial resultaba contradictoria a los valores supremos y principios fundamentales proclamados por la Constitución, así como a los estándares mínimos de protección de los derechos, convirtiéndose en lesiva del derecho a la libertad física.

La problemática planteada fue solucionada de manera favorable para el accionante (imputado en el proceso penal). Interpretando la norma prevista por el artículo 239.3) del Código de Procedimiento Penal, desde y en conformidad con la Constitución y las normas del bloque de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional Plurinacional determinó que la decisión de las autoridades judiciales demandadas, de mantener la detención preventiva más allá de los 36 meses previstos por la norma procesal con el argumento de existir una sentencia, aunque no estaba ejecutoria por haber sido apelada, era ilegal. El tribunal lo decidió así, sobre la base de que desnaturalizaba el carácter excepcional de la medida cautelar e infringía la norma prevista por el artículo 7.5 de la CADH, así como los principios 38 y 39 del Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de la Resolución 43/173 de 9 de diciembre de 1988, vulnerando el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la libertad física del procesado. En consecuencia, concedió la tutela demandada.

La decisión adoptada y la jurisprudencia creada por el Tribunal Constitucional Plurinacional tienen gran relevancia, ya que constituyen un significativo avance en la protección de los derechos fundamentales, particularmente del derecho a la libertad física que, en los últimos años, es vulnerado de manera permanente y preocupante con el uso excesivo de la prisión preventiva,<sup>5</sup> bajo el falso entendimiento de que con la aplicación de esa medida se reducirán los índices de criminalidad y se garantizará la seguridad ciudadana.

---

exceda de dieciocho (18) meses sin que se haya dictado acusación o de treinta y seis (36) meses sin que se hubiera dictado sentencia”.

- 5 En el “Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13, de 30 de diciembre, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Estado plurinacional de Bolivia se encuentra entre los Estados que hacen uso excesivo de la prisión preventiva, pues según los datos oficiales del Ministerio de Justicia, 87 de cada 100 reclusos en las cárceles públicas se encuentran privados de libertad sin sentencia ejecutoriada.

Mediante la Ley 007 de Modificaciones al sistema normativo penal se ha reformado el artículo 239 de la Ley 1970 del Código de Procedimiento Penal, que implícitamente definía la duración máxima de la medida cautelar de la detención preventiva, al prever, en el numeral 3) del referido artículo, que la cesación de dicha medida se daría *“Cuando su duración exceda de dieciocho meses sin que se haya dictado sentencia o de veinticuatro meses sin que ésta hubiera adquirido la calidad de cosa juzgada”*; con la reforma introducida, la duración máxima fue cambiada, ya que el nuevo texto del numeral 3) del referido artículo quedó redactado de la siguiente forma: *“Cuando su duración exceda de dieciocho (18) meses sin que se haya dictado acusación o de treinta y seis (36) meses sin que se hubiera dictado sentencia”*.

Los jueces y tribunales en materia penal venían aplicando la referida norma procesal sin interpretarla desde y en conformidad con la Constitución y el bloque de constitucionalidad, de manera que mantenían la detención preventiva y rechazaban la solicitud de cesación de la medida con el argumento de que se emitió la sentencia, ya que la norma no exige que la misma esté ejecutoriada. Con esto convertían la medida cautelar en una condena anticipada, dando lugar a que, en muchos casos, los imputados guardaran reclusión por un plazo mayor a la condena máxima que se les pudiera imponer en sentencia.

Planteado el conflicto en una acción de libertad, por una persona que guardaba detención preventiva por 39 meses, y cuya solicitud de cesación fue rechazada con el argumento de que existía ya sentencia dictada, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha interpretado la norma procesal desde y en conformidad con la Constitución, la CADH y los citados Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión. Asimismo, el tribunal ha definido que la sentencia a la que alude la norma procesal referida debe estar ejecutoriada en el plazo de los 36 meses; en caso contrario, el juez o tribunal competente debe disponer la inmediata libertad, con aplicación de las medidas sustitutivas previstas por el artículo 240 del Código de Procedimiento Penal, sin otro requisito que el solo transcurso del plazo previsto en los numerales 2) y 3) del artículo 239 de la Ley procesal.

Como se indicó líneas arriba, a partir de la sentencia analizada, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha señalado que mantener la detención preventiva más allá de los 36 meses, con la sola emisión de la sentencia sin que la misma esté ejecutoriada, constituye una infracción de lo previsto por el artículo 7.5) de la CADH, y los principios 38 y 39 de los Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión, y viola el derecho a la libertad física y el derecho a la presunción de inocencia de la persona reclusa.

La determinación adoptada por el Tribunal Constitucional Plurinacional sienta un precedente obligatorio con el que centenares de personas que se encuentran reclusas en las cárceles públicas con detención preventiva por plazos mayores a los 36 meses sin que exista sentencia ejecutoriada, podrán adquirir su libertad.

### 3. La protección del derecho a la vida por vía de la acción de libertad

Mediante la SCP 1.278/2013, de 2 de agosto, el Tribunal Constitucional Plurinacional resolvió la acción de libertad en la que se denunció que la vida del accionante se encontraba en peligro, por acciones de hecho adoptadas por un grupo de personas particulares que ingresaron violentamente al inmueble de su propiedad privada y lo expulsaron junto a su familia, amenazándolos de muerte en caso de que intentaran retornar al lugar, razón por la que solicitó tutela inmediata.

La problemática en discusión fue determinar si correspondía conceder tutela, por vía de la acción de libertad, al derecho a la vida frente al peligro de vulneración por acciones de hecho que no derivaban de la restricción del derecho a la libertad física; o, si en su caso, la víctima debía acudir a la vía de acción de amparo constitucional.

En la referida sentencia constitucional, la problemática planteada fue solucionada de manera positiva; se concedió la tutela solicitada para proteger de manera oportuna y efectiva el derecho a la vida, a partir de una interpretación de las normas constitucionales, aplicando el principio *pro homine* y, en sentido extensivo, para reconducir una posición que se había expresado anteriormente en un *obiter dictum*, en sentido de que la acción de libertad protegía el derecho a la vida solo cuando se encontraba en peligro como consecuencia de la restricción ilegal del derecho a la libertad física.

La determinación adoptada y la jurisprudencia constitucional creada por el Tribunal Constitucional Plurinacional tienen mucha relevancia, ya que corrigen una interpretación restringida que venían realizando los jueces y tribunales de garantías constitucionales sobre los alcances de la protección que otorga la acción de libertad en relación con el derecho a la vida. Así, se ha reconducido la naturaleza tutelar y los alcances de la protección que brinda la referida acción, con lo que se garantiza la protección inmediata y efectiva del derecho a la vida en todos aquellos casos en los que se encuentre en peligro, no solo cuando derive de la restricción del derecho a la libertad física.

Cabe señalar que en el Estado plurinacional de Bolivia, el derecho a la vida es puesto en peligro no solo mediante acciones de privación de libertad, sino con

acciones y omisiones de funcionarios y administradores de centros hospitalarios y clínicos; por ejemplo, en aquellos casos de negligencia médica, de demoras injustificadas en la atención de pacientes con riesgo de muerte en los hospitales del sistema de seguro social de salud estatal, que programan cirugías para plazos largos, y las retenciones de pacientes dados de alta médica en clínicas y hospitales privados. También se pone en peligro la vida de las personas a partir de acciones de hecho de los particulares. Por todo lo anterior, excluir esos supuestos de los alcances de la protección que brinda la acción de libertad, disponiendo que las víctimas acudan a la vía de acción de amparo constitucional, vaciaba de contenido la mencionada acción tutelar.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, partiendo de la premisa de que el derecho a la vida es el más importante de los nombrados en el catálogo previsto por la Constitución, ya que el mismo es el origen de todos los demás derechos, ha realizado un análisis comparativo de la naturaleza jurídica, los alcances tutelares y los procedimientos para el trámite de las acciones de libertad y de amparo constitucional. Sobre esa base, ha realizado una interpretación extensiva de la norma prevista por el artículo 125 de la Constitución que instituye la acción de libertad, respecto a los alcances de la tutela que otorga al derecho a la vida.

Con fundamento en la interpretación extensiva realizada, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha definido que la acción de libertad, como un medio para la defensa del derecho a la vida, tiene un alcance amplio a todos aquellos supuestos en los que, por acción u omisión de autoridades públicas o personas particulares, se ponga en peligro ese derecho fundamental, no pudiendo limitarse su atención a los supuestos en que exista vinculación con el derecho a la libertad física o personal. Con esa definición otorgó la tutela solicitada en la acción resuelta.

### III. CONCLUSIONES

De las resoluciones seleccionadas y reportadas, y lo expuesto precedentemente, se pueden emitir las siguientes conclusiones:

1. En materia de protección de derechos fundamentales y derechos humanos, el Tribunal Constitucional Plurinacional, gradualmente, va asumiendo el desafío que le impone la Constitución promulgada el 7 de febrero de 2009 y el nuevo modelo de Estado configurado en ella.
2. Es relevante y constituye un significativo avance para la protección de los derechos fundamentales, la determinación adoptada por el Tribunal Constitucional Plurinacional de declarar la inconstitucionalidad de la

- norma que preveía la suspensión de los jueces y vocales de los tribunales departamentales de justicia, a la sola presentación de la imputación formal en los procesos judiciales que se le instauren. Con ello, de un lado, se ha protegido la independencia de los jueces frente a las acciones de menoscabo, y, de otro, al otorgar protección a los derechos fundamentales de los jueces, se han establecido las bases para que ellos asuman una posición de activismo judicial para la protección efectiva y oportuna de los derechos fundamentales de los justiciables, sin correr el riesgo de ser enjuiciados y suspendidos en sus funciones sin goce de haberes.
3. La posición asumida frente a la prolongación indefinida de la detención preventiva del imputado o procesado, realizando una interpretación de la norma procesal desde y en conformidad con la Constitución y la CADH, constituye un importante avance en la protección del derecho a la libertad física, la dignidad humana y la presunción de inocencia, fijando límites al uso excesivo de la prisión preventiva.
  4. Finalmente, constituye un avance importante la interpretación extensiva realizada de la norma constitucional, para definir que los alcances de la protección que otorga la acción de libertad al derecho a la vida no se reducen a los supuestos en que exista vinculación con el derecho a la libertad física o personal, ya que ello garantiza una pronta y efectiva protección preventiva del derecho a la vida, frente a acciones y omisiones que la ponen en grave peligro.

## Direitos fundamentais no Brasil entre julho/2012 e junho/2013: “report” sociopolítico e supremo-jurisprudencial\*

Leonardo Martins\*\*

Novamente, como nos anos anteriores<sup>1</sup>, o legislador federal ordinário nada produziu em termos de concretização infraconstitucional ou densificação normativa de direitos prestacionais, sobretudo dos chamados direitos sociais (*status positivus*) ou de limitação de direitos fundamentais de liberdade (da categoria de *status libertatis* ou *status negativus*). Os primeiros ficam dependentes da boa vontade de governantes e gestores de plantão, de políticas públicas pontuais, não consolidadas em uma política de Estado que independa da respectiva configuração governamental e, com isso, de mera “vontade política”.

Por sua vez, os direitos fundamentais de liberdade, que foram todos outorgados com limites implícitos ou explícitos (reservas legais), continuam tendo sua necessária harmonização diante das recorrentes constelações fáticas

---

\* A redação final do artigo foi concluída já durante missão de pesquisa na Humboldt-Universität zu Berlin a convite da Professora Dr. Rosemarie Will, fomentada pelo programa conjunto de Alumni da CAPES e do DAAD. A minha anfitriã, com cujo generoso apoio já ao longo de quase duas décadas sempre pude contar, e às instituições parceiras CAPES e DAAD meus mais sinceros agradecimentos. Colaboraram na pesquisa para algumas notas de rodapé os seguinte membros do grupo de pesquisa “Constituição Federal e sua Concretização pela Justiça Constitucional”, da UFRN, por mim liderado: Mestrando Diogo Caldas e Mestranda Natália Bonavides. A ela e a ele meus sinceros agradecimentos.

\*\* Bacharel em direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre (LL.M.) e doutor (doctor iuris – Dr. iur.) em Direito Constitucional pela Humboldt Universität zu Berlin, Alemanha; pós-doutorado pelo Hans-Bredow-Institut para a Pesquisa da Comunicação Social, da Universidade de Hamburg, e pelo Erich-Pommer-Institut - Economia e Direito da Comunicação Social, da Universidade de Potsdam (Fellow da Fundação Alexander von Humboldt). Professor visitante da Humboldt-Universität zu Berlin (2001 a 2012) e diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais (IBEC). Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

1 Cf. Martins, 2010: 43-54; Martins, 2011-a: 135-147 e Martins, 2012-a: 113-122.

de colisão feita pela via da ponderação de supostos princípios jurídicos por juízes singulares e demais órgãos judicantes colegiados. Tal via, porém, é insuficiente e destituída de critério racional-jurídico.<sup>2</sup>

Destoando do desenvolvimento recente relatado nas edições passadas do presente compêndio, o Supremo Tribunal Federal (STF), tão hiperativo nos períodos anteriores analisados, não decidiu nenhuma questão constitucional relevante no campo dos direitos fundamentais. Sua agenda no período em comento foi marcada pelo “épico” processual do caso que passou a ser conhecido como “mensalão”.<sup>3</sup>

O presente *report* ocupar-se-á também desta, sem dúvida, histórica decisão. Todavia, pode causar estranheza a presença de tal decisão em um *report* que tem por objeto e escopo verificar o desenvolvimento sociopolítico e jurisprudencial na concretização dos direitos fundamentais. Por isso, no primeiro tópico (sob I.), há de se debruçar detidamente sobre essa questão marcada por muitas condições prévias, buscando alguns elementos de resposta. Em um segundo momento (II.), far-se-á referência à grande conjuntura sociopolítica experimentada pelo direito fundamental à liberdade de reunião e às dificuldades dos poderes constituídos, destinatários da norma do art. 5º, XVI da CF, em lidar com um direito fundamental teoricamente considerado como pressuposto do processo democrático por excelência. Um terceiro contexto normativo a ser tratado (III.) inclui uma colisão conhecida em todo o mundo ocidental-democrático entre direitos de personalidade, de um lado, e de comunicação e expressão, de outro. Nos dois últimos casos (II. e III.), ainda não há decisões paradigmáticas do STF, mas um debate sociopolítico muito intenso que estourou no final do período em comento, prosseguindo até a conclusão da redação do presente *report*. Portanto, são problemas que já aparecem no horizonte da suprema jurisdição constitucional. O balanço (IV.) não será positivo: há uma dificuldade de se entender a função e as categorias dos direitos fundamentais, como normas jurídicas vinculantes, por parte da literatura jurídica (“doutrina”) e da jurisprudência constitucional brasileiras. A consequência, como se verá, teria que ser um repensar do papel da Justiça constitucional como criadora de parâmetros jurídico-dogmáticos.

---

2 Cf. Martins, 2012: 27 s., 76-88 e 147-149.

3 Cf. STF-AP 470, acórdão disponível em: [ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor\\_AP470.pdf](ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf) (acesso em 08.12.13).



## I. O TRANCAMENTO DA PAUTA DO STF PELO CASO “MENSALÃO”

Trata-se do julgamento da já referida Ação Penal 470,<sup>4</sup> movida contra vários titulares de funções públicas do alto escalão governamental e do Congresso Nacional, além de particulares, da competência originária do STF segundo o art. 102, I, b) da CF.<sup>5</sup> Entre seu recebimento, juízo de admissibilidade e julgamento de mérito tramitou por mais de meia década.

O julgamento de mérito, que pressupôs por óbvio o esgotamento da chamada fase instrutória do procedimento, marcada no processo penal precipuamente pelos princípios processuais da presunção de não culpabilidade, contraditório e ampla defesa, levou à condenação da maioria dos réus às (inéditas) penas privativas de liberdade.<sup>6</sup> Malgrado todas as divergências doutrinárias quanto à suficiência das provas produzidas pelo MP para a condenação dos réus<sup>7</sup> e a auto conveniente alegação dos réus de que se tratou de um julgamento estritamente político,<sup>8</sup> chegou-se à sentença condenatória da maioria dos réus.

---

4 Vide nota anterior.

5 “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, *originariamente*:

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;” (grifo nosso).

6 Notícia do site do STF que traz, resumidamente, detalhes da AP 470: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494&caixaBusca=N>. Na enciclopédia eletrônica Wikipédia pode ser encontrado um abrangente relato: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Esc%C3%A2ndalo\\_do\\_Mensal%C3%A3o](http://pt.wikipedia.org/wiki/Esc%C3%A2ndalo_do_Mensal%C3%A3o) (acessos: 07.12.13).

7 Nesse sentido, cf. Gomes, em: <http://atualidadesdodireito.com.br/iab/artigos-do-prof-lfg/mensalao-dominio-do-fato-e-claus-roxin/>; com reprodução de parte entrevista de Klaus Roxin, em que se afirma a necessidade de provas para o uso da “teoria do domínio do fato”. Sínteses das linhas argumentativas das partes processuais foram oferecidas, principalmente, por dois importantes veículos da imprensa – o primeiro alinhado ideologicamente à direita: <http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,defesa-vai-alegar-falta-de-provas-e-negar-mensalao,43397,o.htm>; e o segundo à esquerda: <http://www.cartacapital.com.br/politica/falta-de-provas-materiais-pode-fragilizar-argumento-da-acusacao-contra-dirceu-diz-especialista>.

8 Dentre as muitas manifestações neste sentido, destaque-se a de Rui Falcão, Presidente do Partido dos Trabalhadores, que, categoricamente, alcunhou o processo de “julgamento político”: <http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,nova-chance-a-condenados-nao-altera-julgamento-politico-diz-direcao-do-pt,1078017,o.htm>. Também os principais condenados manifestaram-se nesse sentido: <http://oglobo.globo.com/pais/jose-genoino-sou-inocente-me-considero-um-presopolitico-10792453>; e “julgamento de exceção e político”: <http://ul>

A decisão, porém, não foi unânime. Tal não unanimidade ensejou a oposição dos chamados embargos infringentes, instituto processual previsto tão somente na legislação ordinária para processos iniciados até a segunda instância e no Regimento Interno do STF, em seu art. 331, inc. I. Consequentemente, uma nova discussão foi reaberta no STF quando a opinião pública esperava certificar-se da inédita execução penal. Também o juízo de admissibilidade dos embargos opostos acabou tomando novamente boa parte da pauta do STF nos dois meses seguintes ao período em comento. De novo, o STF chegou a uma decisão não unânime, e desta vez com o resultado mais apertado possível antes do voto final do membro decano da Corte: cinco votos a favor e cinco votos contra. Por fim, o decano resolveu a divergência em favor do conhecimento dos embargos.

### 1. Dos parâmetros constitucionais e suas consequências processuais constitucionais

O primeiro parâmetro de julgamento de um Supremo Tribunal Federal, que no sistema constitucional brasileiro desempenha, ao mesmo tempo, o papel de Corte constitucional segundo o inequívoco teor do *caput* do art. 102 e em face de sua própria mais recente jurisprudência (que tem arrogado para si cada vez mais o cumprimento desse muito relevante papel), é a Constituição Federal (CF). Ou seja: parâmetros, tanto para a abertura de competência quanto os parâmetros jurídico-materiais, têm que ser encontrados nas normas constantes em seu texto. Tratados internacionais podem representar parâmetros segundo o § 3º do art. 5º, que foi inserido pelo constituinte derivado em dezembro de 2004, desde que versem sobre direitos humanos e que observem um rito especial de recepção que, de modo revelador da intenção do constituinte, corresponde ao mesmo rigor procedimental previsto para as Emendas Constitucionais.<sup>9</sup> Assim, por mais relevante que, política e materialmente falando, seja a CADH para a proteção interamericana dos direitos humanos, ela não é o parâmetro supremo de julgamento. Suas normas somente podem ser aplicadas se forem, cada qual, compatíveis com os parâmetros derivados imediatamente da CF.

Assim, o chamado “permissivo constitucional”, i.e.: o parâmetro processual constitucional que abre ao STF a competência para o julgamento dos mencionados órgãos do Executivo e Legislativo e, por conexão, de particulares a eles ligados, é o art. 102, I, “b)” da CF. Tal dispositivo torna o STF o juiz natural de tais réus.

---

*timosegundo.ig.com.br/politica/2013-11-15/sou-inocente-e-fui-condenado-sem-provas-diz-jose-dirceu-apos-mandado-de-prisao.html* (acessos: 07.12.13).

9 Vide a discussão aprofundada em Dimoulis e Martins, 2012: 30-37.

Há de se investigar a natureza jurídico-constitucional da discutida ação penal, notadamente o porquê de o constituinte tê-la previsto no art. 102, I.

O constituinte distribuiu as competências do STF, no art. 102, em três incisos: as competências recorrenciais ordinária e extraordinária foram fixadas, respectivamente, nos incisos II e III. A competência originária, aqui analisada, foi distribuída pelos vários procedimentos elencados nas alíneas do inciso I. Logo após a abertura de sua competência ao exclusivo controle normativo abstrato, da alínea “a”, aparece o primeiro dos procedimentos de ações penais constitucionais, na alínea “b”.

Como parâmetros jurídico-materiais vêm à pauta as garantias constitucionais processuais penais previstas pelo constituinte no art. 5º da CF, quais sejam: a garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. A configuração do devido processo legal faz parte da margem discricionária do legislador ordinário, no caso: do legislador processual penal. Questionável é se o devido processo legal implica a necessidade de configuração do processo em duplo grau de jurisdição. Sem ter como se aprofundar aqui na discussão, há de se, de plano, pelo menos afastar aquela alegada –muitas vezes como sendo óbvia– abrangência do duplo grau de jurisdição pela garantia constitucional ao devido processo legal.

Isso porque uma garantia constitucional processual é uma garantia institucional e, como tal, salvo explícito comando constitucional em sentido contrário, deixa uma larga margem de configuração ao legislador ordinário.<sup>10</sup> Por outro lado, isso não significa que a norma constitucional esteja sendo interpretada à luz do direito ordinário, o que poderia resultar de uma primeira e superficial análise. A norma constitucional garantidora do instituto processual assegura, primeiro, a sua irrevogabilidade pelo legislador ordinário e, segundo, alguns de seus elementos estruturais fundamentais. Que a oportunização de um recurso contra uma decisão judicial tomada após a observância dos demais princípios do contraditório e da ampla defesa represente tal elemento fundamental estruturante do princípio do devido processo legal é uma conclusão a ser, com rigor, fundamentada, o que aparentemente ainda não foi feito.<sup>11</sup>

---

10 Cf. por último: Martins, 2013-a.

11 Cf. Marinoni e Arendhart (2008: 502): “Quando a Constituição afirma que estão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, ela não está dizendo que toda e qualquer demanda em que é assegurada a ampla defesa deva sujeitar-se a uma revisão ou a um duplo juízo. Os recursos nem sempre são inerentes à ampla defesa. Nos casos em que não é razoável a previsão de um duplo juízo sobre o mérito, como nas hipóteses das causas denominadas de ‘menor complexidade’ –que sofrem os efeitos benéficos da oralidade–, ou em outras, assim não definidas, mas que também possam justificar, racionalmente, uma

Também questionável e o que, em sede de conclusão, poderia resultar na obrigatoriedade da admissão dos embargos infringentes é se a peculiaridade de uma ação penal decidida por um colégio de onze integrantes, o pleno do STF, não fundamentaria a necessária revisão de uma votação não apenas *não unânime*, mas tão apertada como essa. Para alguns procedimentos, como, por exemplo, para a não admissão de um recurso extraordinário por lhe faltar a condição especial da demonstração pela parte recorrente da repercussão geral das questões constitucionais decididas no caso, o constituinte previu, não a unanimidade, mas pelo menos a maioria qualificada de oito dos onze membros da Corte (art. 102, § 3º CF). Não obstante, tal contraposição, igualmente, parece indicar que a garantia constitucional do devido processo legal não abrange o duplo grau, pelo menos<sup>12</sup> não nos casos em que o STF figura como juiz natural originário, tal qual

---

única decisão, não há inconstitucionalidade na dispensa do duplo juízo. [...] O art. 5º, LV, da CF, quer dizer que o recurso não pode ser suprimido quando inerente à ampla defesa; e não que a previsão do recurso é indispensável para que seja assegurada a ampla defesa em todo e qualquer processo”.

- 12 Há de se diferenciar das hipóteses de ações originárias da Justiça comum e especial, estadual ou federal, de competência de juízes monocráticos ou tribunais recursais, muito embora nem mesmo nesses casos a garantia constitucional processual do art. 5º, LV da CF à ampla defesa alberga, necessariamente, o duplo grau de jurisdição: Ao assegurar “os meios e os recursos a ela (ampla defesa) inerentes”, o constituinte vinculou todos os órgãos da Administração Pública e do Judiciário –mas não o legislador ordinário– à configuração pretérita do instituto processual ordinário do duplo grau de jurisdição. A fundamentação dessa afirmação decorre tanto da interpretação gramatical, quanto da interpretação sistemática do dispositivo. No primeiro caso, as equivalências entre os processos judicial administrativo, de um lado (“ou”); e entre “meios e recursos”, de outro, implicam reconhecer que a vontade constitucional foi vedar que Executivo e Judiciário, ao arrepio da legislação processual vigente, não assegurassem a ampla defesa, tal qual configurada pela legislação ordinária. O conceito de “recursos” deve ser entendido, portanto, em seu sentido amplo, como abrangendo qualquer medida judicial e administrativa já existente, que não pode, portanto, ter seu uso restringido. A garantia do mesmo inciso ao devido processo legal, sempre e corretamente ligada ao princípio do Estado de direito e, destarte, à legalidade e à igualdade formal perante a lei, não tem como ser diretamente oponível perante o legislador, mas por intermédio dele, que somente está obrigado a configurar um processo (direito fundamental de cunho institucional) cujas características estruturais mínimas não parecem mesmo abranger o duplo grau de jurisdição. No segundo caso da interpretação sistemática, tem-se que o dispositivo em pauta está inserto em uma parte do rol dos direitos fundamentais individuais (do inc. XLIX ao LXVI) que, em primeira linha, visam coibir possíveis arbítrios no exercício do poder de polícia do Estado e também no âmbito de pessoas que sem encontrem sob custódia estatal ou já condenadas a penas privativas de liberdade. É claro que é vedado ao legislador dispor em sentido contrário, mas todas as garantias elencadas nesse grupo de garantias pressupõem a configuração legislativa em um determinado sentido. Se o duplo grau em si não foi alçado ao nível da área de proteção da garantia da ampla defesa por

previsto nas alíneas “b” e “c”, do inciso I, do art. 102 da CF. Ao contrário do quórum muito qualificado previsto para a inadmissibilidade do RE, o constituinte não determinou nem para a admissibilidade, nem para a decisão de mérito da ação penal *constitucional* nenhum quórum específico, devendo valer a mesma regra geral para se aprovar um dispositivo de qualquer decisão do STF: a maioria simples. Logo, a interpretação sistemática com a previsão do quórum especial previsto no art. 102, § 3º para a admissibilidade ou não do RE contra decisão judicial de outras Cortes não tem o condão de indicar que o duplo grau de jurisdição a ser cumprido, de resto, dentro de um mesmo tribunal seja elemento estrutural básico da garantia constitucional do devido processo legal, ensejado por uma decisão não unânime como o fora a sentença condenatória prolatada ao cabo da instrução da AP 470.

A garantia do devido processo legal no presente caso da ação penal *constitucional* tem que ser interpretada à luz do sistema de *litígio constitucional* na medida do que foi *objetivamente*<sup>13</sup> concebido pelo constituinte. A razão de órgãos estatais serem julgados diretamente por uma Corte suprema ou constitucional é a *defesa da Constituição contra erosões*<sup>14</sup> provocadas por titulares de grande

---

não representar um elemento estrutural essencial, isso significa que o legislador poderia, pelo menos em tese, revogá-lo sem se chocar contra o direito constitucional vigente.

- 13 Não se levam em consideração na interpretação da vontade objetiva do constituinte as vicissitudes político-ideológicas dos constituintes havidas no processo legislativo constitucional, mas o que eles objetivamente criaram, tendo em vista a atualização daquela vontade expressa no contexto do sistema constitucional processual. A respeito, vide o duradouro debate teórico e metodológico a respeito da dicotomia do propósito da interpretação normativa (teoria subjetivista *versus* teoria objetivista) nas recentes publicações de Müller e Christiansen (2013: 504), que a consideram com propriedade “inutilizável”, e Larenz e Canaris (2014).
- 14 Trata-se de uma espécie de reserva constitucional (“*Verfassungsvorbehalt*”). Sobre o conceito nesta acepção: Lepsius, 2011: 254; Pitzen, 2013), i.e., de um mecanismo de defesa da ordem constitucional contra subterfúgios de grupos políticos e sociais que, deliberadamente, buscam miná-la. A corrupção endêmica, sistêmica pode suscitar um mecanismo de defesa constitucional que pode ter por consequência, uma vez figurando como instrumento idôneo e proporcional (necessário), a relativização pelo menos das garantias processuais constitucionais, antes de se atingir os direitos fundamentais materiais. No último caso, trata-se de situação que seria legítima, constitucionalmente falando, tão somente como exceção pontual ou no contexto de regimes constitucionais de exceção (estado de defesa ou de sítio). A reserva constitucional é o conceito gênero que abarca tais espécies de intervenções sucessivas em direitos fundamentais. O contraponto conceitual da reserva constitucional é a reserva de direito fundamental (“*Grundrechtsvorbehalt*”: a respeito, Bumke, 1998). Correlacionando reserva constitucional e direitos fundamentais: Schmidt, 1981.

poder político – ou pelo menos somente pode ser esta, quando se parte de um conceito de Constituição *jurídica* do Estado democrático de direito.

A alcunha de “foro privilegiado” sempre foi uma caricatura, com lastro na triste história do patrimonialismo brasileiro, que se contrapõe a esse sentido original da vontade objetiva do constituinte.<sup>15</sup> Assim, se as prerrogativas de foro levavam, faticamente, à impunidade, isto não pode obviamente se tornar normativo. O fato normativo é que o constituinte confiou ao STF o julgamento de tais órgãos; e mais: confiou a ele a função de equilibrar a nobre tarefa de proteger a ordem constitucional vigente com a tarefa de se observar as garantias constitucionais dos acusados.

Por isso, a consequência do não reconhecimento desse fato normativo é uma espécie de *auto-desautorização* do STF.<sup>16</sup>

## 2. Da equivocada interpretação das consequências processuais constitucionais por membros do STF

Não foi isso, porém, que a maioria dos membros do STF entendeu ao receber os embargos de declaração dos réus condenados, adiando o trânsito em julgado da decisão condenatória. Na votação apertada de seis votos a favor e cinco contra apareceram, como quase sempre ocorre, os mais variados e individuais funda-

---

15 As seis anteriores constituições brasileiras, incluindo a monárquica de 1824, *procuravam vedar* (porquanto com ressalvas significativas) em seu texto (art. 179, XVII) o foro privilegiado, sendo que a partir da Constituição de 1946 (art. 141, § 26) o constituinte histórico brasileiro começou a vedar o foro privilegiado, no rol de garantias fundamentais e dentro do mesmo dispositivo da vedação de juízes ou tribunais de exceção (Rolim, 2005: 112 s.). O espanto sobre o fato de o constituinte de 1987/88 não ter vedado o foro privilegiado ao lado da proibição de tribunais de exceção (de Rolim, *op. cit.*, pp. 113-115) se deve a uma opinião um pouco divergente em relação à aqui representada: os textos normativo-constitucionais anteriores, ora nominalistas, ora autoritários, lastreavam, em face de seu contexto linguístico e político, o patrimonialismo (v. com farta análise histórico-constitucional: Neves, 1992:56-65 e 116-146). Já a Constituição vigente, mesmo não tendo expressamente vedado o foro privilegiado, alocou-o em sua parte organizacional e não no capítulo jusfundamental, com as importantes consequências explicitadas no texto, principalmente no próximo subtópico.

16 Ou pelo menos a não percepção de uma clara competência que deriva do sistema constitucional material e processual, e do ponto de vista político-constitucional, um movimento da Corte no sentido contrário na via do seu ativismo judicial. Isso demonstra que “ativismo” é tão somente um conceito panfletário, sem conteúdo específico. O STF deve fazer valer suas competências. Não pode errar por omissão também; em outras palavras: tem que jurisdicionar dentro de seus constitucionalmente prescritos limites negativos e positivos.

mentos, o que tem nos levado à crítica da dificuldade de se determinar qual é a jurisprudência do STF.<sup>17</sup> Há uma grande e já por alguns jovens pesquisadores<sup>18</sup> apontada dificuldade de se trazer a um sistema os fundamentos mais importantes, as *ratio decidendi* ou “motivos determinantes” dos votos individuais.

As dificuldades começam com aquilo que deveria ser, em qualquer decisão judicial com esforço de fundamentação jurídica, apresentado logo no início: a fixação do respectivo parâmetro de julgamento. Trata-se de guardar as normas constitucionais cuja suposta violação fora apresentada, por alguém legitimado processualmente, à verificação pela Corte. Não se trata de tergiversar sobre os mais variados objetos culturais, políticos e sociopolíticos.<sup>19</sup> A prática decisória do STF é reconhecidamente prolixa, o que tem se agravado muito na era das

---

17 Cf., por exemplo, Martins, 2013-a: 10 s.

18 Vide, por exemplo, o recente e aprofundado estudo ainda não publicado (tese de doutorado defendida na UFPE) de Presgrave, 2013.

19 Lepsius, 2011: 200-202; 237-240, faz uma contraposição do processo decisório jurisdicional constitucional estadunidense ao alemão do TCF, ressaltando até mesmo o estilo linguístico das decisões da *U.S. Supreme Court*, pautada sabidamente nos precedentes judiciais e no *distinguishing*, em contraposição à construção de parâmetros derivados da interpretação pelo TCF da *Grundgesetz*. A intenção crítica em face do suposto extrapolamento de competências é evidente; antes, ainda na fase introdutória de seu ensaio, o citado autor fala em “status extraordinário por intermédio de método” (*ibid.*, p. 167); há certo tom elogioso ao estilo decisório da *common law*, que não realizaria tal construção de parâmetros abstratos a partir de uma descontextualização do conflito político subjacente ao caso, permitindo um embate de argumentos inter e transdisciplinares: “mais uma diferença salta aos olhos. Decisões norte-americanas são compostas individual e pessoalmente. A fundamentação da sentença aponta o autor, os juízes chamam-se uns aos outros pelo nome (...)” (*ibid.*, p. 240). Tudo soa muito elogioso em relação ao estilo estadunidense. Porém, concluindo sua apreciação do modelo estadunidense, reconhece, todavia, que “com um procedimento desta natureza compromete-se a previsibilidade do processo decisório” (*ibid.*) e “os efeitos negativos deste procedimento não podem ser subestimados. Torna-se cada vez mais difícil para a ciência jurídica norte-americana ordenar a grande massa dos casos precedentes em um todo compreensível” (*ibid.*). Cita, por fim, o renomado constitucionalista da *Harvard Law School*, Lawrence Tribe, que teria desistido de prosseguir seu curso de direito constitucional após a 3ª edição, por não lhe parecer mais possível apresentar “o vigente direito constitucional norte-americano”. (*ibid.*, nota de rod. 40). O STF vive, assim como o processo constitucional brasileiro, em um caminho intermediário entre as duas tradições, marcado por ecletismo teórico, que de tão exagerado impede qualquer possibilidade de criação metodológica. Assimilou-se, infelizmente, tão somente o pior de cada uma das tradições: a fundamentação das decisões não são objetivas e estritamente ligadas aos fatos do caso, como na jurisprudência do *U.S. Supreme Court*; muito menos apresentam um sistema criador de parâmetros abstratos derivados da interpretação dos parâmetros textuais constitucionais, como no caso da jurisprudência do TCF alemão.

*facilities* derivadas da revolução digital e com o voto seriado.<sup>20</sup> Trata-se, é claro, também de um problema cultural. No Brasil não tem vigência a regra de comunicação científica de que o menos muitas vezes é o mais. A impressão que se tem é que os membros do STF advogam por supostas teses jurídicas, econômicas, sociais etc.. Sem embargo do saber jurídico e da cultura geral de seus membros, definitivamente não se pode sucumbir a esse lugar comum cultural e não se realizar um esforço por racionalidade jurídica. Na busca pela referida advocacia de supostas teses jurídicas, como ocorre na operação do sistema jurídico brasileiro em geral, a fixação do(s) parâmetro(s) decisório(s) parece ser substituída por uma postura semelhante à de quem vai a uma espécie de “supermercado de normas jurídicas”. É certo que o ordenamento jurídico e jurídico-constitucional brasileiro está repleto de casos de concorrências normativas e de outros muitos casos de antinomia. Mas isso não impede que se faça o esmerado trabalho jurídico de se tentar afastar, por exemplo, as cláusulas genéricas em favor das específicas, entre outras estratégias jurídico-hermenêuticas, da qual faz parte, com destaque, a interpretação sistemática do ordenamento, sob estrita observância do escalonamento hierárquico. A fixação dos parâmetros normativo-constitucionais não pode ser tão aleatória assim. O caso, mais precisamente a matéria constitucional apresentada ao STF, é que determina o parâmetro a ser interpretado, não uma preconcepção teórica e a orientação visando a um pretendido resultado.<sup>21</sup>

A decisão de admissão dos embargos infringentes dos réus condenados sofre de tais males. Tomando por base o voto (de Minerva) do membro decano do STF,<sup>22</sup> escolheu-se como parâmetro de julgamento o disposto no art. 331 do Regimento Interno do próprio STF, “enriquecido”, por assim dizer, por disposições da CADH, sem o menor esforço de se demonstrar o porquê de tais normas infraconstitucionais e, por isso, pelo menos potencialmente inconstitucionais,

---

20 As facilidades tecnológicas ensejam a inflação textual nos votos dos membros da Corte. Chega-se sabidamente com as máquinas de busca com muita rapidez a um arcajouço quase ilimitado de informações. Há uma prática – com exceções é claro – de citação textual irrefletida de fontes as mais diversas, sem muito trabalho de estruturação e sistematização, tendo em vista a necessária fundamentação da parte dispositiva do voto. O resultado são decisões que chegam a ocupar mais de 300 páginas (ex. STF-ADPF 130), o que seria um verdadeiro acinte à proteção ambiental no quesito preservação de árvores, não tivesse o próprio STF, no art. 1º do seu RI, instituído o Diário da Justiça eletrônico e, no §4º do mesmo dispositivo, determinado para a partir de 2008 a substituição da versão em papel integralmente pela versão eletrônica.

21 O que não faltam são exemplos da aludida aleatoriedade na fixação de parâmetros, ou até da ausência dela, na recente jurisprudência do STF. Cf. Martins, 2013-a.

22 Disponível em: <http://www.pragmatismopolitico.com.br/2013/09/leia-a-integra-do-voto-de-celso-de-mello.html> (acesso: 07.12.2013).



serem o parâmetro do julgamento de uma ação penal da competência originária do STF, uma ação penal *constitucional*, portanto. O pior é que na opinião pública jurídica brasileira tal decisão foi recebida como “legalista” ou “formalista” – para alguns até “garantista”.<sup>23</sup>

Não se trata de “legalismo” ou “garantismo”: em verdade, o STF ignorou o alcance de seu papel como defensor da ordem constitucional vigente. Da perspectiva objetivista de uma Constituição atrelada ao desenvolvimento do constitucionalismo ocidental democrático, o constituinte teve seus (bons) motivos, talvez mal interpretados em geral pela perniciosa tradição patrimonialista brasileira, para confiar à Corte designada para ser a guardiã por excelência de tal ordem o julgamento de órgãos estatais por crimes comuns, que, principalmente na área econômica, muito podem afetar os fundamentos patrimoniais do Estado de direito.<sup>24</sup>

Por isso, despedindo-se de termos como prerrogativa ou privilégio, tal foro deve ser, antes, mais bem entendido como submetido a uma espécie de “regime especial de sujeição”,<sup>25</sup> pois órgãos do Legislativo e do Executivo têm que ser os

23 Por ex.: [http://www.istoe.com.br/reportagens/325464\\_A+SEGUNDA+GUERRA+DO+MENSALAO+](http://www.istoe.com.br/reportagens/325464_A+SEGUNDA+GUERRA+DO+MENSALAO+) (acesso: 06.12.2013); <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/garantismo-tem-limite-diz-ex-chefe-do-mp-claudio-fonteles> (acesso: 06.12.2013); e <http://www.conjur.com.br/2013-set-28/voto-decano-ensinou-nao-justica-submissao-jurisdicao> (acesso: 06-12.2013), este último em tom “futurista”, de veras pedante, destilando uma posição autocompreendida como técnica, segundo a qual a sociedade civil ainda haveria de aprender com o voto do decano o valor do Estado de direito. De nada vale o recurso ao argumento de autoridade pautado em Ferrajoli (2010). Trata-se da tarefa de buscar uma correta interpretação do sistema normativo constitucional brasileiro. Teorias jurídicas, quando destituídas de uma devida contextualização, podem ser desclassificadas à condição de panfleto político-partidário.

24 No direito constitucional comparado, pelo menos, esse alcance de ações penais de vários órgãos constitucionais e ministros de Estado é, tanto quanto possível de ser aferido, inedito. A *Grundgesetz* alemã, por exemplo, previu a ação penal *constitucional* apenas contra o Presidente Federal e contra juízes federais de direito (de tribunais federais, correspondentes aos ministros dos tribunais superiores brasileiros) e, mesmo assim, por crime qualificado contra a ordem constitucional (cf. Martins, 2011: 50 e 51; Schlaich e Koriath, 2012: 228 e 229). Mas tal ineditismo não pode servir à conclusão de que o constituinte brasileiro, objetivamente, não criou uma ação penal *constitucional* e, como tal, em prol da própria Constituição e não dos acusados. O *locus* normativo já comprova a asserção: todo o art. 102 define competência e não direitos fundamentais.

25 Mais comumente chamado de “relação especial de sujeição”. Sobre o conceito de *marca jus-administrativista* germânica (“*Sonderrechtsverhältnis*” ou “*Sonderstatusverhältnis*” ou o mais tradicional: “*besonderes Gewaltverhältnis*”), vide Maurer, 2011: 135-141 e 189-193 e o clássico Forsthoff, 1973: 126-131. Na recepção brasileira, Bandeira de Mello, 2013: 840-845, equivoca-se ao falar na impossibilidade da aplicação do instituto no Brasil, porque ele

primeiros servidores da ordem constitucional econômica e não seu corruptores. Relativizá-lo com o discurso de que a luta contra a corrupção no Estado e na sociedade é uma luta vã, como muitos fazem, soa nesse contexto muito cínico: se ela não pode ser eficazmente combatida na esfera da sociedade civil e da base do funcionalismo público em geral, que o seja ao menos junto às casas representativas do povo e dos Estados-membros, assim como junto ao primeiro escalão governamental. É preciso que tais órgãos e/ou candidatos à eleição dos respectivos cargos e investidas constitucionais saibam que a ordem constitucional vigente prevê para o exercício de tão nobres funções um regime diferenciado: um devido processo legal em única instância que pode levar a uma condenação de pena privativa de liberdade, exoneração do respectivo cargo, inelegibilidade e sanções congêneres em um prazo de poucos meses após a devida denúncia.<sup>26</sup>

A alternativa *de constitutione feranda* seria a aprovação de uma emenda constitucional que revogasse as alíneas “b” e “c” do inciso I do art. 102, confiando a juízes monocráticos ou a tribunais de segunda instância a competência originária para o processamento de tais órgãos. Seria uma decisão do constituinte derivado que traria mais certeza jurídica. Privilégio ou ônus seria revogado em prol de uma desconstitucionalização da ação penal e da plena vigência de todas as garantias processuais salvaguardadas pela legislação ordinária também para tais órgãos por força da então incidência da titularidade do direito fundamental à igualdade formal de todos perante a lei (art. 5º, *caput*, da CF). *De constitutione*

---

implicaria dispensa do vínculo à lei. A origem do instituto no séc. XIX aponta mesmo para uma espécie exceção de standards do Estado de direito em prol da Administração. Mas, contemporaneamente (e pelo menos desde 1949!), trata-se da possibilidade de se restringir direitos fundamentais em razão de uma situação específica ou funcional (órgão estatal não é mesmo, como tal, titular de direito fundamental), a ser concretamente traçado justamente pela lei em sentido formal, proibindo-se, inclusive, a delegação normativa a órgão do Executivo.

26 As enormes dificuldades em torno da fixação da função e do propósito da sanção penal, um clássico tema do direito penal, tão importantes para se avaliar a proporcionalidade de sanções que representem intervenções em direitos fundamentais de liberdade, devem-se, em grande medida, ao seu necessário caráter genérico-abstrato e ao sem número de complexos contextos e dados sociopolíticos que se tem que enfrentar. No presente caso do direito processual penal constitucional em sentido estrito, i.e., das ações penais *constitucionais* previstas diretamente pelo constituinte, tal complexidade não está presente. A mais aceita função da pena, qual seja: desestimular a conduta típica e seu correspondente propósito que na dogmática jusfundamental atua como *potencial justificador* de intervenções em direitos fundamentais (Dimoulis e Martins, 2012: 141-161), pode ser muito mais bem perseguida no caso em tela, tendo em vista o restrito rol de destinatários das sanções penais e sua qualidade como investidos de funções não somente públicas, mas, sobretudo, constitucionais.

*lata*, porém, a ação penal, uma vez constitucionalizada, tem um regime específico (*lex specialis*).

## II. MANIFESTAÇÕES POPULARES ENTRE NORMALIDADE DEMOCRÁTICA E INSURREIÇÃO<sup>27</sup>

As manifestações populares que eclodiram em junho de 2013 em várias cidades brasileiras surpreenderam positivamente. São essenciais para oxigenar o sistema democrático representativo. Em certo sentido, representam instrumento de democracia direta: ainda que não imediatamente deliberativas, podem ter o condão de suscitar propostas de projetos de lei.<sup>28</sup> Trata-se da necessidade e oportunidade dos representantes (mandatários) do povo ouvirem seus mandantes. Isso se torna ainda mais premente em perigosos tempos de ceticismo em relação à instituição “partido político”.<sup>29</sup> Em uma democracia saudável, são os partidos políticos os catalisadores dos difusos anseios dos eleitores para uma agenda e linha programáticas suficientemente claras e conhecidas. Estas deveriam determinar o sucesso de candidatos no processo eleitoral e não o marketing político.<sup>30</sup>

Mas manifestações espontâneas de tamanho vulto podem implicar questionamento da ordem constitucional vigente em si. Em tal ambiente, colocam-se em xeque os fundamentos da organização política e constitucional. Perscrutar se tais desafiantes questionamentos ainda podem ser entendidos dentro da normalidade democrática e a partir de que momento eles são um prenúncio pré-revolucionário motivado por déficits estruturais de legitimidade no exercício do poder político não é fácil. Aqui se tenta um primeiro esboço de reflexão.

27 Versão revisada e ampliada de ensaio do autor publicado no periódico jurídica “Carta Forense”, em 2 de julho de 2013 (cf. <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/manifestacoes-populares-entre-normalidade-democratica-e-insurreicao/11502>), acesso em 23.11.2013.

28 Cf. por muitos que destacam esse aspecto funcional da liberdade de reunião, somente: Schulze-Fielitz, 2013: 1032: “Reuniões desenvolvem, assim, em sua ação coletiva específica, [uma] pressão social e [um] potencial assertivo e de chamada da atenção, tendo em vista mudanças. Elas ficam, destarte, em uma característica relação de tensão com as majoritárias concepções políticas e socioculturais [havidas] no Estado e na sociedade”.

29 Que, nos últimos tempos, tem tido o pior índice de confiança institucional (por volta de 7%). Cf. As referências comparativas trazidas abaixo, na nota 43.

30 Que o marketing político pré e pós eleições ocupe a posição de protagonista, e não os programas político-partidários, – revelam não só a pauta dos veículos de comunicação social, como também muitos trabalhos acadêmicos da ciência política brasileira (v. por exemplo a coletânea org. por Figueiredo, 2008) – revela o enfoque das abordagens cada vez mais centradas em prognósticos eleitorais e avaliação de índices de popularidade dos eleitos com vistas à avaliação da potencialidade de uma reeleição.

## 1. A normalidade democrática no contexto do Estado Constitucional

A CF usa uma linguagem inequívoca, fixando claro parâmetro para a avaliação jurídico-constitucional das manifestações de rua iniciadas em junho de 2013 em seu art. 5º, XVI: “Todos podem reunir-se pacificamente e sem armas (...)”. As reuniões “em locais abertos ao público” podem tomar a forma de passeata. Podem ser realizadas “independentemente de autorização”: uma salvaguarda até redundante do constituinte.

As ressalvas da condição de não frustração de “outra reunião convocada para o mesmo local” e a “exigência” de “prévio aviso à autoridade competente” representam limites que poderão ser aplicados pelo Executivo e Judiciário apenas após atuação legislativa.<sup>31</sup> Esta terá que ser avaliada quanto a sua proporcionalidade, caso se queira defender a supremacia da norma constitucional em face do legislador ordinário.<sup>32</sup>

Trata-se de um direito de resistência contra intervenções estatais provenientes do exercício das três funções, a começar pela legislativa, mas alcançando, sobretudo, o poder de polícia do Estado e a interpretação e aplicação de normas infraconstitucionais pelo Judiciário. O art. 5º, XVI CF abrange, no contexto da ordem vigente, entre outros, o direito de livremente escolher o *local da manifestação* e *todas as formas de expressão comunicativa* que visem a *lhe dar o máximo de visibilidade social*,<sup>33</sup> excetuando-se o emprego de violência.<sup>34</sup>

Ainda não existem claros critérios para a delimitação entre reuniões protegidas constitucionalmente (pacificas e sem armas) e aquelas não protegidas por não cumprirem esse pré-requisito firmado pelo constituinte originário. O legislador ordinário, representante e mandatário de seus eleitores, é o responsável para estabelecer tais critérios ao cabo de um amplo e substancial debate com seus mandantes. O estabelecimento de tais critérios, por sua vez, terá que ser, igualmente, submetido a criterioso controle de constitucionalidade.<sup>35</sup>

Mas não basta. Certo é que o exercício do direito fundamental choca-se com outros direitos individuais e coletivos de índole constitucional, o que pode justificar pontuais e proporcionais intervenções. Aqui também o legislador é chama-

31 Cf. com amplas referências: Martins, 2013: 300 s.

32 Martins, 2013: 301 s. Sobre a condição geral e abstrata da proporcionalidade como critério para concretização do vínculo do legislador à Constituição: Dimoulis e Martins, 2012: 179-184.

33 Martins, 2013: 291-294 e 297-298.

34 *Ibid.*, pp. 294-296.

35 Em geral: Dimoulis e Martins, 2012: 159-161 e 186-208. Cf., também, o modelo de exame em *ibid.*, pp. 233-234 e 237-246.

do a atuar, deixando um mínimo de margem discricionária às demais “autoridades competentes”, principalmente às polícias e ao Judiciário.<sup>36</sup>

Não somente os flagrantes excessos policiais, também a decisão de comandantes da PM de impedirem o livre trânsito de manifestantes à Avenida Paulista, no primeiro dia das manifestações convocadas pelo “Movimento Passe Livre” (MPL), representam *per se* violações do art. 5º, XVI da CF. Isso porque, além de caírem fora da margem discricionária confiada a todo órgão estatal executivo, também não tinham fundamento legal, especificamente, na atuação legislativa em prol da proteção de um bem jurídico-constitucional que pudesse servir de limite ao mais amplo direito à liberdade de reunião.

Por outro lado, as prisões em flagrante delito por danos perpetrados ao patrimônio público e particular são lícitas, por não serem abarcadas pelo art. 5º, XVI da CF. O Estado deve obviamente prestar segurança contra a ação de vândalos ou criminosos infiltrados tanto aos manifestantes quanto a terceiros.

## 2. Passando a fronteira: direito à insurreição?

Declarações como “as manifestações são legítimas”, como aquelas prestadas pelas atônitas autoridades de plantão, a começar pela Chefe de Estado e do Governo brasileiros, são despididas na normalidade democrática. Não carece de legitimidade a ser reconhecida *ad hoc* aquilo que o constituinte assegurou em face de todos os órgãos estatais. Para efeitos de sua admissibilidade, não se precisa julgar o mérito das reuniões com suas eventuais reivindicações. No mais, como direito fundamental, a liberdade de reunião atende também a desideratos de minorias e, assim, a todo o espectro político ideológico, pelo menos até o limite da democracia militante (que se autodefende contra tendências radicais à direita ou à esquerda); limite este que é, todavia, muito difícil de ser concretamente aferido.<sup>37</sup>

36 Sobre essa distribuição escalonada de “margens discricionárias” entre órgãos dos três poderes: Martins, 2012: 95-100.

37 Sobre o conceito “*Streitbare Demokratie*” cunhado por Loewenstein, 1937 (“*militant democracy*”) quando se encontrava no exílio fugindo do totalitarismo do III Reich, e em algumas oportunidades reiterado pelo TCF alemão, sobretudo no contexto de possível proibição de partido político ou no contexto do estrito controle de proporcionalidade do Ministério de “Proteção Constitucional” (espécie de serviço secreto que atua dentro do território alemão), como a recente de 17.09.2013, com o julgamento de procedência de reclamação constitucional de membros do parlamento que estavam sendo observados pelo serviço estatal de informações (BVerfG, 2 BvR 2436/10 em [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20130917\\_2bvr243610.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20130917_2bvr243610.html)), vide os trabalhos de Klamt (2012), com a apresentação do estágio da discussão jurídico-dogmática em face do direito comparado e europeização do conceito (“A União Europeia como democracia militante”? *ibid.*, pp. 408-

Porém, estamos caminhando sobre uma “fina camada de gelo” com uma crescente falta de legitimidade no exercício dos poderes, tamanho o descaso de seus titulares em relação à defesa engajada da ordem constitucional. Tal defesa deve ser demonstrada mediante atos compatíveis com a CF e não mensagens de marketing político.

Em um ambiente político de pré-chaos, de descontrole generalizado ao qual ficamos – ou ainda estamos– desconfortavelmente próximos, ocorrem vandalismos despropositados e vandalismos autocompreendidos por grupos radicais como instrumento político. No que tange aos últimos, a resposta do Estado não pode ser tão somente proporcionalmente repressiva, mas também discursivo-persuasiva e inclusiva. Primeiro porque, histórica e atualmente, os grupos radicais à esquerda sempre sofreram mais repressão, sendo tradicionalmente mais marginalizados e provocados à insurreição. É o grupo ideológico “mais vulnerável” que deve ser convencido da legitimidade da ordem constitucional vigente, que é plural e tolerante. O argumento de seus representantes de que foram primeiro provocados pelo *establishment* político e pelas polícias, em que pesem algumas veleidades pueris, tem que ser levado a sério; suas reivindicações e propostas cuidadosamente analisadas e não desmerecidas de plano. O vexatório recuo nas tarifas do (ainda precário) transporte público de pessoas pela PMSP e pelo Governo do Estado de São Paulo ficou muito longe disso.

Quanto ao mérito da questão-estopim dos protestos: mobilidade urbana é um dos principais pressupostos de uma sociedade mais “urbana”, mais humana, mais justa e de um meio-ambiente mais equilibrado, dentre outros valores agregados. Se a tarifa zero com um transporte público de qualidade é uma utopia ou alcançável com intensa reengenharia tributária e financeira, isso tem que ser discutido à exaustão. Esse ônus de argumentação cabe agora aos parlamentares e governantes.

Única forma dos titulares das funções estatais lidarem com a ameaça ao Estado Constitucional, que parte de radicais e de massas revoltosas, é cumprindo seus respectivos deveres consoantes suas competências e responsabilidades. Nesse sentido, é de bom alvitre que o legislador comece criando protocolos rígidos para a atuação policial. Esta deveria ser toda pautada na legislação específica. É lícito prender e processar os vândalos, mas também é ordenado que o Estado apure as responsabilidades administrativas e penais; a começar pela responsabilidade do policial que extrapolou os limites do estrito cumprimento do dever

---

466), e de Dreier, 2010: 11-38, com seu característico refinado aprofundamento teórico. Céticos em relação ao futuro da proibição de partidos políticos da Alemanha, tendo em vista os parâmetros jurídicos e cultural-jurídicos: Seyda e Meier, 2013: 74-83.

legal até a chefia de governo do Estado-membro. Ao Estado é vedado, em absoluto, promover as infelizes atividades de ataque preventivo. Deve, ao contrário, instruir e procurar incentivar o exercício da liberdade de reunião.

A defesa da ordem constitucional vigente que está, sim, periclitante começa, portanto, com uma atitude oficial: deixar de escarnecer a opinião pública e ter real “vontade de Constituição” (*Hesse*).

### III. PROBLEMA NO HORIZONTE DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: COLISÃO ENTRE DIREITOS DA PERSONALIDADE E LIBERDADES DE EXPRESSÃO NO CONTEXTO DA PROIBIÇÃO JUDICIAL DE BIOGRAFIAS DE PESSOAS PÚBLICAS

#### 1. Antecedentes teóricos

Em todos os Estados do tipo constitucional democrático há uma presunção em prol da liberdade em restrição a *raison d'état*.<sup>38</sup> Isso vale também – e com mais rigor – para aquelas liberdades, que, além de uma permanentemente inafastável dimensão subjetiva, são consideradas, por uma interpretação derivada da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e inspirada em teorias funcionalistas,<sup>39</sup> instrumentais em relação à própria democracia. Seu exercício, de fato, fomenta o processo democrático da configuração da opinião pública e da educação, como são as liberdades de expressão do pensamento e da expressão artística, intelectual e científica.

O conceito de razão estatal não pode ser mais compreendido como teoria da dominação política no contexto de um Estado centralizado, dominação esta exercida exclusivamente pelo Poder Executivo. Cada vez mais o Estado Judicial vem, ajudado pela interminável crise da democracia representativa, exercendo um poder de império que, durante séculos, era restrito ao Executivo. Interessante é que o Judiciário ainda seja visto com pouca desconfiança, ao menos quando comparado aos órgãos dos demais poderes.<sup>40</sup> A literatura jurídico-constitucio-

<sup>38</sup> Bases teóricas em: Martins, 2012: 28-43.

<sup>39</sup> *Ibid.*, pp. 25-27.

<sup>40</sup> Segundo recente pesquisa qualitativa realizada anualmente pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, que procura medir a confiança da sociedade civil no Poder Judiciário a partir do – para tanto especialmente criado – índice de confiança no Judiciário brasileiro (ICJBrasil), o Poder Judiciário auferiu o percentual de 37% (“entrevistados que disseram confiar ou confiar muito” no Judiciário), comparativamente mediano para alto, quando comparado a outras das principais instituições brasileiras públicas e privadas como o Congresso Nacional (20%), e o pior avaliado foram os partidos políticos, com apenas 7% (vide, já acima, nota 32). Cf. Direito GV/FGV, 2013: 22.

nal, com repercussões no ensino do direito, é no mínimo corresponsável por isso. Uma abordagem muito “acadêmica”, teórica, de um lado; ou “politizada” e engajada, do outro, acarreta uma má compreensão do papel da jurisprudência. Quando as decisões judiciais são consideradas, por vezes como fonte de pesquisa, esporadicamente como seu objeto, ressalta-se, em regra, o comportamento das partes processuais. Mas o que teria que ser em verdade testado, em termos de se verificar a constitucionalidade, é o ato do Poder Público judicial, pois este sim é vinculado diretamente à CF, enquanto que aqueles o são, em regra, tão só indiretamente.<sup>41</sup> Ignora-se, assim, o comezinho reconhecimento de que uma sentença ou qualquer outra espécie de decisão judicial é norma, ainda que vincule somente as partes então litigantes. E norma tem que ser compatível com todos os parâmetros constitucionais para ser válida.

## **2. O conflito de interesses, sua correspondência à colisão de direitos fundamentais, a intervenção judicial e seu controle pela Justiça constitucional<sup>42</sup>**

As duas frentes político-ideológicas em torno da questão de quão protegidas devem ser as pessoas públicas em face de sua tomada como objeto das mais variadas abordagens, sobretudo artístico-literárias, artístico-plásticas, jornalísticas e científicas, correspondem a dois complexos normativo-constitucionais: especificamente, a dois grupos de normas definidoras de direitos fundamentais.

De um lado, tem-se os direitos fundamentais que asseguram a todos, inclusive a pessoas públicas, alguns aspectos imprescindíveis ao desenvolvimento da personalidade: a “intimidade”, a “vida privada”, a “honra”, como prevê o art. 5º, X da CF. De tais conceitos constitucionais derivam aspectos mais concretos, tais como o direito à autodeterminação, o direito à própria imagem e à própria voz. Todos podem implicar restrições até mesmo ao constitucionalmente garantido trabalho dos veículos de comunicação social ou, como no caso em pauta, ao trabalho literário, porque a biografia é um gênero da literatura em intersecção com o jornalismo e, conforme o caso, até com a ciência.

Com isso, já se aludiu aos direitos fundamentais que se encontram na outra frente do conflito: à livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV), à comunicação social, que engloba imprensa em sentido tradicional, radiodifusão e todas as

41 Sobre a recepção da dogmática da eficácia horizontal no Brasil e seus equívocos: Dimoulis e Martins, 2012: 105-108; e Martins, 2012: 89-95.

42 Este tópico corresponde a uma versão revista e levemente ampliada de ensaio a ser publicado no periódico jurídico mensal “Carta Forense”, em janeiro de 2014 (Martins, 2014), que também pode ser acessado por: <http://www.cartaforense.com.br/autor/leonardo-martins/601>.



*new media*, à liberdade artística e à liberdade científica (art. 5º, IX da CF). A essa lista pode ser adicionado, dependendo do caso de quem é atingido por uma lei, por um ato da Administração Pública em sentido lato ou do Judiciário, o direito fundamental à liberdade profissional que engloba também os interesses patrimoniais de pessoas e empresas envolvidas no conflito.<sup>43</sup>

O constituinte brasileiro não resolveu esse conflito abstratamente. Ele deve ser resolvido concretamente, ainda que o objeto do controle seja uma norma e, como tal, uma regra abstrata. Para a solução do conflito, fazem-se necessários método e critério. Ambos faltaram ao órgão estatal chamado pelos interessados a resolvê-lo: o Judiciário.<sup>44</sup> Este deve fazê-lo, por mais óbvio que pareça, com base na legislação vigente, que por sua vez há de ser sempre testada quanto à compatibilidade constitucional e, igualmente, aplicada de modo constitucional: deve ser interpretada à luz dos direitos fundamentais colidentes, sob pena de o ato de interpretar e aplicar ser inconstitucional; mas não necessariamente a lei em si.<sup>45</sup>

A discussão metodológica da ciência jurídico-constitucional não tem como ser apresentada aqui. Basta uma referência à necessidade da ponderação entre as normas colidentes, no caso concreto, que pode ter sido ou não disciplinada metodologicamente.<sup>46</sup> O problema da falta de disciplina metodológica é a presença de decisões autoritárias, sem lastro constitucional algum. Não se trata de se reverberar palavras de ordem (“abaixo a censura!”), mas de se realizar um exame jurídico-constitucional correto. Nós optamos por um método de ponderação em sentido lato que não se ocupa de sopesamentos de valores ou princípios jurídicos abstrata ou concretamente, mas por uma análise sistemática dos atos dos poderes constituídos estatais, incluindo, por óbvio, os atos do Judiciário.

Partindo-se de tais premissas, a decisão judicial que deu origem à recente celeuma em torno das chamadas “biografias não autorizadas” não tem nenhum fundamento jurídico. *Paulo Cesar de Araújo*, autor da muito discutida biografia de um cantor popular brasileiro,<sup>47</sup> relatou o contexto dos fatos e do procedimento judicial no muito influente programa televisivo de entrevistas “Roda Viva” (TV

---

43 Martins, 2012: 218-229; 235-238; 253-256; 264-277 e 300-308.

44 Sobre a discussão metodológica em si, v. Martins, 2012: 7 s. e 70-76. Sobre a dogmática da solução da colisão de direitos fundamentais: Dimoulis e Martins, 2012: 162 s.

45 Martins, 2012: 100-102.

46 Um exemplo de não disciplina jurídico-metodológica e consequente abertura para uma total politização do direito, ainda que com esforços teórico-argumentativos, é o modelo derivado da chamada teoria principiológica dos direitos fundamentais. Vide a crítica e as referências bibliográficas em Martins, 2012: 76-88.

47 Paulo César de Araújo, *Roberto Carlos em detalhes*, Planeta, São Paulo, 2006.

Cultura).<sup>48</sup> Ele o fez de maneira muito lúcida e, sobretudo, o que mais interessa, verossímil, razão pela qual se pode tomá-lo aqui por fonte, a despeito de ter sido parte no processo. De sua muito bem sucedida entrevista sobressaíram-se duas informações muito relevantes para a avaliação constitucional da decisão do juiz cível: 1) somente teriam sido usadas informações já publicadas ou divulgadas pelo próprio biografado; e 2) o interesse na apreensão de todos os exemplares da edição e na multa diária a ser infligida ao editor que – assim a interpretação de *Araújo* – não seria a defesa dos direitos de personalidade do biografado acima elencados, mas uma egoística postura daquele, que teria se incomodado com o fato de o biógrafo ter auferido renda com o resultado de seu (sério) trabalho literário.

A primeira informação de *Araújo* é muito relevante, porque revela que o exercício das liberdades fundamentais por ele e seu editor simplesmente não oneraram o direito fundamental abstratamente colidente do art. 5º, X da CF.

De resto, pessoas públicas têm seus direitos fundamentais de personalidade, já em geral, relativizado, podendo ser objeto de expressões das referidas liberdades colidentes e, sobretudo: a ordem jurídico-constitucional não protege “aqueles direitos ‘no interesse da comercialização da e pela própria pessoa’”.<sup>49</sup>

Uma vez fixado esse parâmetro jurídico-dogmático, ao operador do direito é vedado sopesar de acordo com seu critério meramente ideológico. Ao contrário, ele tem que perscrutar a que propósito lícito constitucionalmente (no caso: proteção de direito fundamental de terceiro) serviria sua intervenção no livre exercício das liberdades, consubstanciada em uma decisão em um dado sentido. Em um segundo momento, questionar-se-ia a adequação e necessidade (busca de alternativa menos onerosa) da medida interventiva em relação a tal verificado propósito.<sup>50</sup> Mas, no caso em pauta, sequer o propósito

---

48 A entrevista pode ser vista (infelizmente o autor não encontrou por intermédio das conhecidas máquinas de busca a transcrição da entrevista, excesso de oralidade em detrimento do vernáculo?) em: <http://tvcultura.cmais.com.br/rodaviva/roda-viva-discute-biografias-nao-autorizadas-com-paulo-cesar-de-araujo>.

49 Cf. Dreier, 2013: 379, com menção à “jurisprudência pacífica” do Tribunal Constitucional Federal Alemão: “Com certeza, o direito geral de personalidade *não* contém um abrangente direito à disposição sobre a apresentação da própria pessoa, porque não existe uma pretensão jurídica a ser apresentado [ao público] somente da forma como alguém ‘se vê ou queira ser visto’. Tampouco sucede a proteção daquele direito no interesse da comercialização da –e pela própria– pessoa” (destaque do autor, trechos entre aspas simples referem-se a passagens da decisão citada a seguir). Vide, por último: BVerfGE 101, 361 (387) – *Caroline von Monaco II*.

50 Cf. em geral, sobre tais passos do exame de proporcionalidade, novamente: Dimoulis e Planeta, 2012: 194-208.

lícito constitucionalmente está presente; logo, está-se diante de uma decisão inconstitucional de plano. No mais, a avaliação do biógrafo sobre a motivação do biografado ao mover a ação, embora provavelmente não provada nos autos, é bastante plausível. Mais importante aqui é que tal plausibilidade basta. Isso porque é ônus, não apenas do biografado, mas principalmente do órgão do Judiciário que julgou procedente sua ação, fixando no dispositivo de sua sentença condenações que poderiam ser mais bem compreendidas no contexto de um Estado de exceção do que em um Estado democrático de direito, demonstrar em detalhes quais passagens da biografia teriam atingido, por exemplo, a esfera íntima do biografado.<sup>51</sup>

Por fim, *Araújo* acertou também ao condenar o art. 20 do CC. Seu teor parece, de fato, decidir a potencial colisão no plano legislativo em favor absoluto dos direitos de personalidade, afrontando a supremacia do sistema normativo-constitucional. Todavia, enquanto o STF, após a devida provocação,<sup>52</sup> não o

---

51 Cf. a ausência de enfrentamento do mérito das supostas agressões aos direitos de personalidade que deveriam ser destacadas na biografia, e ausência de qualquer esforço de exame constitucional no processo cível originário: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2007.001.006607-2&acessoIP=internet&tipoUsuario=> (acesso: 06.12.2013).

52 O STF já foi devidamente provocado por intermédio da ADI 4815 proposta pela *Associação Nacional dos Editores de Livros - ANEL*, que questiona a constitucionalidade dos art. 20 e 21 CC, tendo sido ajuizada em julho de 2012. Por causa da pendência de julgamento, o STF arquivou, corretamente, no final de novembro de 2013, uma reclamação constitucional (art. 102, I, alínea I, da CF), que, no sistema processual constitucional brasileiro, visa a salvaguardar a competência do STF em face de indevidas usurpações de suas competências (art. 102 da CF) por quaisquer dos demais órgãos judiciários, inclusive monocráticos. Essa reclamação constitucional foi movida por outro conhecido músico brasileiro. Ocorre que o juiz monocrático (9ª. Vara Cível da Comarca de S. Paulo), que segundo o autor da reclamação teria usurpado uma competência do STF, neste caso, pelo menos em sede de conclusão (pois não foi ainda possível ao autor do presente artigo consultar seus fundamentos), corretamente interpretou os parâmetros constitucionais, indeferindo pedido de tutela antecipada para impedir o lançamento de biografia, mantendo o curso da ação naquele juízo. Segundo o site de notícias do STF: “para o músico ‘não é preciso ler o livro para ver que nele estão contidos todos os elementos factuais configuradores da devassa da vida privada’” (cf. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=254888>, acesso 14.12.2013). Certos titulares de “funções essenciais à Administração da Justiça” realmente não dominam o básico da hermenêutica e dogmática constitucional ou mesmo da teoria geral da argumentação, pois tal expressão revela quão patente é o *não-argumento* apresentado: por óbvio demais, uma violação da vida privada poderá ser constatada apenas *depois* de analisado o mérito do trabalho intelectual. Poder-se-ia até conceber como intervenção proporcional nas liberdades de comunicação e empresarial, no texto mencionadas, para o fim de se prevenir reais violações de direitos de personalidade, uma obrigação das editoras,

declarar inconstitucional, cabe ao juiz descartá-lo, incidentalmente, como inconstitucional ou interpretá-lo de maneira condizente com os parâmetros constitucionais supracitados.<sup>53</sup>

Em todo caso, o legislador civil poderia, por iniciativa própria, melhorar a situação jurídica na regulamentação do conflito. Deveria realizar, junto a essa tarefa, um exercício de *autocontenção*<sup>54</sup> em face das normas de direitos fundamentais às quais está vinculado. Quanto a tal exercício, vale o mesmo, e com mais intensidade, para todos os órgãos do Judiciário. Para o órgão do Judiciário (do juiz monocrático ao STF), não se trata de tomar partido no debate sobre o que merece mais proteção no conflito, mas de correta interpretação e aplicação das normas parâmetro e objeto do controle de constitucionalidade. Caso contrário, não temos guardiões da Constituição, mas vários “constituintes permanentes” a adulterá-la.<sup>55</sup>

Por tudo isso, principalmente porque eventuais agressões a direitos de personalidade tenham que ser caso a caso avaliadas, a obrigatoriedade de autorização prévia para biografias de pessoas públicas viola os direitos fundamentais mencionados do biógrafo e de sua editora. Em termos estritamente políticos, não passa de ignóbil censura; infelizmente chancelada, ou pior, perpetrada por mal preparados juízes.

#### IV. CONCLUSÃO, PERSPECTIVAS E CONSEQUÊNCIAS

O balanço a que se chega após a análise dos três casos apresentados, conforme introdutoriamente adiantado, não é positivo. Por razões institucionais e políti-

---

criada pelo legislador, de disponibilizar o manuscrito ao biografado para sua apreciação prévia, facilitando a preparação de seus futuros questionamentos judiciais pós-publicação, além de sua combinação com eventuais outros mecanismos atinentes ao conceito de “auto-regulação regulada” (sobre o assunto v. obra de referência, em língua inglesa de Schulz e Held, 2005) pelas editoras. *Porém*, também tal intervenção teria que passar no crivo do subcritério da necessidade. (Sobre este: Dimoulis e Martins, 2012: 201-207).

53 Trata-se de uma interpretação orientada por direitos fundamentais. A respeito, vide Dimoulis e Martins, 2012: 112 s.

54 Tal autocontenção na normatização ou aplicação de normas com vistas a resolver uma colisão de direitos fundamentais é exigida de todos os órgãos constitucionais e da Administração Pública em geral. Todavia, em última instância, ela é exigida do órgão chamado para decidir de maneira vinculante, que é a Corte constitucional; no caso brasileiro, o STF.

55 O problema é agravado com a não consequente concentração da competência judicial de descarte de normas supostamente inconstitucionais. Sobre o problema, com uma abordagem processual-constitucional dogmática procedente: Dimoulis e Lunardi, 2013: 300 s.

cas, mas também por causa da configuração do processo constitucional tal qual engendrado pelo constituinte, que centralizou no STF a competência para julgar originariamente ações penais comuns de órgãos e pessoas ligadas ao primeiro escalão governamental, a agenda do STF foi indevidamente tomada, faltando tempo para a lida de casos relevantes sob o aspecto da concretização de direitos fundamentais.

Para muito além das questões criminais, houve, de fato, um abuso sofrido pelo STF, que se viu obrigado a desempenhar o papel de árbitro de disputas político-partidárias ensejadas pelo combate à corrupção que, obviamente, deve ser uma constante no Estado constitucional e democrático de direito, mas não necessariamente travada sob os auspícios da Corte que deveria investir sua expertise e melhores energias na sua tarefa mor, que é, segundo o *caput* do art. 102, a guarda da Constituição.

O que resta esperar em curto e médio prazos em termos de desenvolvimento da Justiça constitucional brasileira? Pouca mudança desse quadro. Todavia, tal prognóstico pessimista poderia ser revertido se surgisse um real debate político-jurídico com vistas a uma real reforma do Poder Judiciário. Tal real reforma necessariamente teria que passar por uma ampla transformação do processo constitucional. No entender aqui defendido, um bom começo seria uma derrogação do art. 102 da CF, acabando com as competências recursais ordinárias (previstas no inc. II) e a extraordinária (prevista no inc. III). No mais, deveriam ser reduzidas as muitas competências do inc. I, retirando, exemplarmente, todas as competências relativas aos “privilégios de foro”. Apenas desse modo, o STF seria transformado em uma genuína Corte constitucional, decidindo tão somente lides constitucionais em sentido estrito e controlando, a partir de alguns poucos modos (abstrato, concreto e arguição de titulares de direitos fundamentais atingidos), a constitucionalidade de atos do Poder público em sentido amplo; incluindo, portanto, o controle da interpretação e aplicação do direito ordinário por órgãos judiciais.

Um rol mais racional de competências atribuídas à Corte guardiã da CF teria como principal e, em verdade, óbvia consequência a melhoria da sua capacidade funcional, viabilizando julgamentos mais consistentes e bem fundamentados. Poderia surgir um real diálogo entre o STF e as outras Cortes de direitos humanos e tribunais constitucionais estrangeiros, e não seu uso como argumento de autoridade sem a devida reflexão, como frequentemente ocorre. Por fim, talvez a jurisprudência do STF em matéria de direitos fundamentais tornada então mais coerente e consistente fosse cada vez mais objeto de sistemáticos estudos jurídicos e da formação de bacharéis em direito, até que ocorresse no Brasil aquilo que Bernhard Schlink constatou, na Alemanha, já ao cabo da década de 1980, por

intermediário de uma metáfora de inspiração monarquista: a “retirada da coroa” da ciência jurídico-constitucional pelo STF.<sup>56</sup>

É certo que deve haver um constante diálogo entre “doutrina” e a jurisprudência constitucional. Porém, a aludida experiência comparada mostra que tal diálogo não ocorre realmente se estiverem presentes as condições da falta de fundamentação colegiada das decisões e do uso pelos julgadores individuais, em seus votos, de teorias doutrinárias convenientes ao respectivo resultado pretendido. Juízes constitucionais não argumentam, não defendem teses, mas decidem com pauta no direito constitucional vigente. Por isso, do ponto de vista da fundamentação dogmática, não deveriam ter uma postura reativa ao que se costuma alcinhar de “melhor doutrina”; muito menos, do ponto de vista teórico, valer-se de fórmulas improdutivas para a solução do problema jurídico-constitucional insito ao caso.<sup>57</sup>

---

56 Cf. Schlink, 1989: 161-172.

57 A prática decisória alemã, na maioria das vezes saudada, por vezes criticada, sofreu uma contundente crítica de Lepsius (2011) já supra referida (v. nota 22). No entanto, seu diagnóstico de que “o poder lançador de parâmetro” (“*Die maßstabsetzende Gewalt*”) – assim o título de seu ensaio, publicado em uma coletânea ao lado de três outros profundos ensaios sobre o TCF alemão e intitulado plasticamente de “O tribunal sem fronteiras” (“*Das entgrenzte Gericht*”) – apesar de convidar (e com propriedade) à reflexão crítica sobre uma Corte constitucional que já no início de sua jurisprudência se afirmou, contundentemente, como órgão constitucional, equidistante dos demais órgãos constitucionais da Presidência, Câmara, Conselho (Senado) e Governo Federais (a respeito: Wesel, 2004 e Martins, 2011b), não tem o condão de colocar em xeque o extraordinário desempenho do TCF alemão em seus mais de 60 anos de jurisprudência constitucional. Lepsius (2011: 247-259) aponta certa dificuldade da Corte em se adequar a novos desafios decisórios, uma vez que tal “poder que cria parâmetro” tende a se auto-engessar, caso não queira romper o vínculo material também autocriado (a respeito, no vernáculo, os ótimos trabalhos de Dimoulis e Lunardi, 2013: 242-254; *idem*, 2009) em face de decisões com dados fáticos desafiadores. Os riscos apontados por Lepsius foram, todavia, superestimados. Segundo outro prognóstico publicado na mesma coletânea, Jestaedt (2011) enfatiza a sem par incrível história (nesse sentido, também: Schönberger, 2011) de sucesso do TCF e reconhece os problemas que podem derivar das autocriações processuais ligadas à produção antes teórica, hoje quase que exclusivamente dogmática da Corte, mas, por outro lado, em sede de conclusão (Jestaedt, 2011: 152) destaca: “[...] não se vislumbra uma segunda instância que [...] já ou no futuro próximo pudesse fazer frente à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal em termos de precisão judicial e qualidade jurídica”. À sua própria pergunta que fecha o ensaio, como título do último tópico, sobre se o “TCF alemão [é] um modelo para o futuro?” (*ibid.*, pp. 151 s.), “Sim, com certeza” (*ibid.*, p. 152), responde Jestaedt direta e decididamente, com o que aqui se concorda e sem ressalvas. Por fim, Möllers (2011) revisita o problema político-interdisciplinar da legitimidade e legitimação da Corte. A despeito de todos esses questionamentos, o que se observa é que, ao contrário da referida percepção de Lepsius (2011), o TCF alemão construiu sua dogmática a tal ponto de se falar em “positivismo jurisdicional do

A ciência jurídico-constitucional brasileira deveria estar ávida por tal “retirada de sua coroa” para que o STF, finalmente, esteja em uma situação de poder cumprir seu papel de guardião da CF com toda a propriedade e a nobreza que cabe a tal Corte no Estado Constitucional e democrático de direito. Então também poderíamos dialogar com muito mais sucesso.

## BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO, Paulo César de. *Roberto Carlos em detalhes*, São Paulo, Planeta, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, 30ª. edição, São Paulo, Malheiros, 2013.
- BUMKE, Christian. *Der Grundrechtsvorbehalt: Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1998.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto, Dimensões do processo objetivo, Autocriação e hetero-referência como meio de configuração do processo constitucional nas duas décadas da Constituição Federal de 1988, em AGRA, Walber de Moura (org.). *Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal*, São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 141-161.
- \_\_\_\_\_. *Curso de processo constitucional*, 2ª. edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Atlas, 2013.
- \_\_\_\_\_; MARTINS, Leonardo, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, 4ª. edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Atlas, 2012.
- Direito GV/FGV, *Relatório ICJBrasil*, Ano 04, 2º trimestre 2012 – 1º trimestre 2013, São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, 2013 (também disponível em: <http://biblioteca-digital.fgv.br/dspace/handle/10438/11221>)

---

TCF” (*Bundesverfassungsgerichtspositivismus*) a partir dos ensejos dos casos que lhe foram sendo apresentados. Que o TCF cuida da coerência da dogmática que parte, sim, do texto constitucional é algo a ser saudado. A crítica da abstração dos parâmetros que implicaria sua inatacabilidade é exacerbada e relativiza o papel de qualquer Corte constitucional na interpretação de muito pouco densas, mas abstratas, normas constitucionais. Não se trata mesmo de uma jurisprudência de precedentes, como a da *U.S. Supreme Court*. A despeito de algumas aproximações (cf., por exemplo, criticando pelo contrário o “ocaso da dogmática na jurisprudência do TCF”: Schlink, 2007), a jurisprudência do TCF está enraizada na *civil law*.

Já, no STF, como já também apontado, a jurisprudência segue uma terceira via eclética e incompreensível; cheia de autocriações casuísticas e doutrinárias abstratas, em um estilo retórico que prejudica a percepção de sua tão nobre função constitucional. O STF e o constituinte derivado brasileiro têm que, finalmente, decidir-se por um dos dois modelos historicamente consolidados e então debruçar-se sobre o real desafio de ser um guardião da Constituição.

- DREIER, Horst, "Kommentar zum Art. 2, Abs. 1 GG", em DREIER, Horst, (org.). *Grundgesetz. Kommentar*, vol. 1 (Art. 1 – 19), 3a. ed. Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, pp. 331-400.
- \_\_\_\_\_. Der freiheitliche Verfassungsstaat als riskante Ordnung, *Rechtswissenschaft*, Ano 2010, 2010, pp. 11-38.
- FERRAJOLI, Luigi, *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, 3ª. edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.
- FIGUEIREDO, Rubens (org.), *Marketing político em tempos modernos*, Rio de Janeiro, Konrad Adenauer Stiftung, 2008.
- FORSTHOFF, Ernst, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Vol. 1, Allgemeiner Teil, 10ª. edição, Munique, Beck, 1973.
- JESTAEDT, Matthias, Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht macht zu dem, was es ist, em JESTAEDT, Matthias et al (org.), *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Frankfurt, Suhrkamp, 2011, pp. 77-157.
- KLAMT, Martin, *Die Europäische Union als streitbare Demokratie*, Rechtsvergleichende und europarechtliche Dimensionen einer Idee, München, Utz, 2012.
- LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4ª. edição, Berlim, Springer, 2014.
- LEPSIUS, Oliver, Die maßstabsetzende Gewalt, em JESTAEDT, Matthias et al (org.). *Das entgrenzte Gericht*, Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Frankfurt, Suhrkamp, 2011, pp. 159-279.
- LOEWENSTEIN, Karl, Militant Democracy and Fundamental Rights, *American Political Science Review*, Vol. 31, pp. 417-433, 1937.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*, 7ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, v. 2.
- MARTINS, Leonardo, Justiça constitucional dos direitos fundamentais no Brasil: Report 2008-09, em BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela 2009, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer - Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2010, pp. 43-54.
- \_\_\_\_\_. *Direito processual constitucional alemão*, São Paulo, Atlas, 2011.
- \_\_\_\_\_. Justiça constitucional dos direitos fundamentais no Brasil: Report 2009-10 em BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio, *Justicia constitucional y derechos fundamentales: Fuerza normativa de la Constitución 2010*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer - Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2011-a, pp. 135-147.



- \_\_\_\_\_. 60 anos da promulgação da Grundgesetz alemã e proteção comunitária europeia dos direitos humanos: uma relação de complementaridade, em FABRIZ, Daury Cesar *et al* (org.), *O tempo e os direitos humanos*, Rio de Janeiro-RJ e Vitória-ES, Lumen Juris / Acesso, 2011-b, pp. 455-479.
- \_\_\_\_\_. *Liberdade e Estado constitucional*: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais, São Paulo, Atlas, 2012.
- \_\_\_\_\_. Justiça constitucional dos direitos fundamentais no Brasil: Report 2010-11, em BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*: El control de convencionalidad 2011, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer - Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2012-a, pp. 113-122.
- \_\_\_\_\_. ADPF 187/DF: “Marcha da Maconha”, em: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *STF e direitos fundamentais*: diálogos contemporâneos, Jus Podium, Salvador, 2013, pp. 277-305.
- \_\_\_\_\_. Reconhecimento da união estável homoafetiva como direito fundamental pela justiça constitucional, *Revista Direito UnB*, v.1, n.1, janeiro-junho de 2013, 2013-a.
- \_\_\_\_\_. Evolução da jurisprudência do STF brasileiro no campo dos direitos fundamentais entre julho/2011 e junho/2012: “report” das principais decisões, sua recepção e seus impactos políticos, em BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*: El control de convencionalidad 2011, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer - Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2013-b.
- \_\_\_\_\_. Obrigatoriedade de autorização prévia para publicação de biografias: inadmissibilidade. In: *Carta Forense*. Ano 2014, n. 128, p. A-24, Jan. 2014 (também disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/autor/leonardo-martins/601>)
- MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18ª. edição, Munique, Beck, 2011.
- MÖLLERS, Christoph, Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, em JESTAEDT, Matthias *et al* (org.), *Das entgrenzte Gericht*, Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Frankfurt, Suhrkamp, 2011, pp. 281-422.
- MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph, *Juristische Methodik*, Vol. I, Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11ª. Edição, Baden-Baden, Nomos, 2013.
- NEVES, Marcelo, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne*: eine theoretische Betrachtung und Interpretation des Falls Brasilien, Berlim, Duncker & Humblot, 1992.
- PITZEN, Stefan, *Der Vorbehalt der Verfassung*, Baden-Baden, Nomos, 2013.
- PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebelo, *A vinculação nas decisões de controle e nas súmulas vinculantes: uma análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal*, Tese de Doutorado, Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, 2013.

- ROLIM, Luciano, Limitações constitucionais intangíveis ao foro privilegiado, *Boletim Científico da ESMPU*, Ano 4, n. 14, jan./mar. 2005, pp. 11-146.
- SCHLAICH, Klaus; KORIOETH, Stefan, *Das Bundesverfassungsgericht*, Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 9ª. edição, Munique, Beck, 2012.
- SCHLINK, Bernhard, Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, *Der Staat*, v. 28, 1989, pp. 161-172.
- \_\_\_\_\_. Abschied von der Dogmatik, Verfassungsrechtsprechung und Verfassungswissenschaft im Wandel, *Juristen Zeitung*, v. 62, 2007, pp. 157-162.
- SCHMIDT, Walter, Der Verfassungsvorbehalt der Grundrechte, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 106, 1981, pp. 497-525.
- SCHÖNBERGER, Christoph, *Anmerkungen zu Karlsruhe*, em JESTAEDT, Matthias et al (org.), *Das entgrenzte Gericht*, Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Frankfurt, Suhrkamp, 2011, pp. 11-76.
- SCHULZ, Wolfgang; HELD, Thorsten, *Regulated Self-regulation as a Form of Modern Government: An Analysis of Case Studies from Media and Telecommunications Law*, Luton (UK), University of Luton Press, 2005.
- SCHULZE-FIELITZ, Helmuth, “Kommentar zum Art. 8 GG” em DREIER, Horst. (org.). *Grundgesetz. Kommentar*. vol. 1 (Art. 1 – 19), 3. ed. Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, pp. 1022-1077.
- SEYDA, Ermek; MEIER, Horst, Über die Zukunft des Parteienverbots, Europäische Standards und deutsches Grundgesetz, *Recht und Politik*, Ano 2013, 2013, pp. 74-83.
- WESEL, Uwe, *Der Gang nach Karlsruhe: das Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik*, Blessing, Munique, 2004.

### Fontes eletrônicas utilizadas (citadas nas notas de rodapé)

- Brasil, Supremo Tribunal Federal (STF), AP 470, Relator Min. Joaquim Barbosa. <[ftp://stf.jus.br/ap470/InteiroTeor\\_AP470.pdf](http://stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf)>
- \_\_\_\_\_. Notícias STF, Publicação da íntegra do acórdão na Ação Penal 470. Publicada em 22.04.2013. <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494&caixaBusca=N.>>
- \_\_\_\_\_. Notícias STF, Publicada em 29.11.2013. <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=254888>>
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), Processo 2007.001.006607-2 <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2007.001.006607-2&acessoIP=internet&tipoUsuario=>>>
- Carta Capital, “Falta de provas pode fragilizar argumento da acusação contra Dirceu, diz especialista”. <<http://www.cartacapital.com.br/politica/falta-de-provas-materiais-pode-fragilizar-argumento-da-acusacao-contra-dirceu-diz-especialista>>

GOMES, Luis Flávio, “Mensalão. Domínio do fato e Klaus Roxin”, em Instituto Avante Brasil (IAB). <<http://atualidadesdodireito.com.br/iab/artigos-do-prof-lfg/mensalao-dominio-do-fato-e-claus-roxin/>>

IG Portal de Notícias, “Sou inocente e fui condenado sem provas, diz José Dirceu após mandado de prisão”. <<http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2013-11-15/sou-inocente-e-fui-condenado-sem-provas-diz-jose-dirceu-apos-mandado-de-prisao.html>>

Isto é, “A segunda guerra do mensalão. Com uma composição que agora é desfavorável a ele, o presidente do STF, Joaquim Barbosa, terá o desafio de evitar a impunidade”. <[http://www.istoe.com.br/reportagens/325464\\_A+SEGUNDA+GUERRA+DO+-MENSALAO+>](http://www.istoe.com.br/reportagens/325464_A+SEGUNDA+GUERRA+DO+-MENSALAO+>)

MARTINS, Leonardo, “Manifestações populares entre normalidade democrática e insurreição”, em: Carta Forense (versão eletrônica). <<http://www.carteforense.com.br/conteudo/artigos/manifestacoes-populares-entre-normalidade-democratica-e-insurreicao/11502>>

O Estado de São Paulo, “Defesa vai alegar falta de provas e negar mensalão”. <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,defesa-vai-alegar-falta-de-provas-e-negar-mensalao,43397,o.htm>>

\_\_\_\_\_. “Nova chance a condenados não altera ‘julgamento político’, diz direção do PT”. <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,nova-chance-a-condenados-nao-altera-julgamento-politico-diz-direcao-do-pt,1078017,o.htm>>

O Globo, “José Genoíno: ‘Sou inocente e me considero um preso político’”. <<http://oglobo.globo.com/pais/jose-genoino-sou-inocente-me-considero-um-preso-politico-10792453>>

Pragmatismo Político, “Íntegra do voto do Ministro Celso de Mello”. <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2013/09/leia-a-integra-do-voto-de-celso-de-mello.html>>

TV Cultura / Fund. Padre Anchieta, “Programa Roda Viva. Entrevista de Paulo César de Araújo sobre biografias não autorizadas”. <<http://tvcultura.cmais.com.br/rodaviva/roda-viva-discute-biografias-nao-autorizadas-com-paulo-cesar-de-araujo>>

Veja, “‘Garantismo tem limite’, Entrevista com ex-chefe do Ministério Público Federal Claudio Fonteles”. <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/garantismo-tem-limite-diz-ex-chefe-do-mp-claudio-fonteles>>

Wikipedia, “Escândalo do mensalão” (verbete) <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Esc%C3%A2ndalo\\_do\\_Mensal%C3%A3o](http://pt.wikipedia.org/wiki/Esc%C3%A2ndalo_do_Mensal%C3%A3o)>

YAROCHEVSKY, Leonardo Isaac, “Sociedade vai demorar a entender voto de Celso de Mello”, em: Consultor Jurídico (Revista eletrônica). <<http://www.conjur.com.br/2013-set-28/voto-decano-ensinou-nao-justica-submissao-juridicao>>

## Direitos fundamentais no Brasil entre julho/2013 e junho/2014: decisões estruturais na jurisprudência do STF?

Leonardo Martins\*  
Diogo Caldas\*\*

### I. PAUTA DO STF E EVENTUAL PRESENÇA DE DECISÕES ESTRUTURAIIS NELA

A pauta do Supremo Tribunal Federal (STF) no período em apreço (julho de 2013 a junho de 2014), até o começo de 2014, continuou centrada nas ações penais envolvendo agentes políticos, foco que acabou sendo ainda mais acentuado pelos veículos de comunicação social e pelo contexto eleitoral subsequente. Dentre os julgamentos, destacou-se, ainda que de modo menor do que nos anos anteriores, a conclusão da Ação Penal 470,<sup>1</sup> na qual foram apurados casos de corrupção envolvendo membros do Congresso Nacional (“Mensalão”). As controvérsias ainda pendentes da referida ação, solucionadas no interregno analisado, referiam-se à celeuma acerca da possibilidade de interposição dos embargos infringentes, modalidade de recurso cabível na hipótese de decisão por maioria apertada, e à possibilidade de revisão de algumas penas. O caso encerrou-se com a aceitação dos recursos e a revisão de algumas penas.<sup>2</sup>

\* Nota del ed.: Las referencias curriculares del Prof. Martins fueron expuestas en el trabajo inmediatamente anterior al presente.

\*\* Bacharel em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista e mestrando em Direito Constitucional pela UFRN. Advogado.

1 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Revisor Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 17.12.2012.

2 Nesse sentido, algumas notícias que repercutiram a aceitação dos embargos infringentes e a revisão de algumas penas pelo STF: <http://oglobo.globo.com/brasil/maioria-do-stf-absolve-mensaleiros-do-crime-de-formacao-de-quadilha-11732409> (acesso: 04.12.2014); <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/mensalao-stf-aceita-uso-dos-embargos-infringentes/> (acesso: 04.12.2014); <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/02/1418684-supremo-deruba-crime-de-quadilha-e-beneficia-dirceu-e-mais-sete.shtml> (acesso: 04.12.2014); <http://www.conjur.com.br/2013-set-04/teori-zavascki-reve-penas-aplicou-oito-reus-mensalao> (acesso: 04.12.2014). Crítico: Martins (2014b).

Nos momentos em que não se ocupou desse processo, o STF retornou, timidamente, ao julgamento de questões constitucionais. Dentre algumas decisões aguardadas, destaquem-se aquelas relativas a diversas questões econômicas envolvendo grandes valores, de óbvia relevância quando se pensa no potencial prejuízo às instituições financeiras e ao Estado. Destaquem-se a discussão sobre a correção da poupança durante os planos econômicos das décadas de 1980 e 1990<sup>3</sup> e a validade da “desaposentação”,<sup>4</sup> julgamentos que se encontram em aberto até então por pedidos de vistas ou por outras providências requeridas.

Como no período anterior, verifica-se no período em pauta a ausência de decisões impactantes do ponto de vista jurídico-dogmático ou político. Por isso, a partir do ensejo da temática abordada no último Encontro do Grupo, o presente *Report* se ocupa também da questão de saber se decisões ou sentenças estruturais são conhecidas como tais ou sob outra égide pelo STF e como se processam. Para chegarmos a tal esclarecimento, necessário será retroceder, em termos de lapsos, no desenvolvimento jurisprudencial em face, precipuamente, de critérios autorreferenciais<sup>5</sup> desenvolvidos pela Corte para futuras decisões em sede de julgamento de remédios constitucionais como, sobretudo, do *habeas corpus* (cf. abaixo, sob II) e para a verificação de fraude processual (cf. abaixo, sob III).

Isso porque a literatura especializada brasileira delas não se ocupou detidamente, pelo menos não sob a epígrafe de “sentenças estruturais”.<sup>6</sup> Normalmente, os estudos dos métodos de decisão do STF são focados nos efeitos negativos da sentença e nas decisões interpretativas. Na substância, o assunto é tratado, particularmente, sob a égide do tradicional conceito dos efeitos aditivos e do controle das omissões inconstitucionais.<sup>7</sup> Até mesmo o termo “estrutural” parece ser usado em outro sentido, empregado como qualificador da função do tribunal

---

3 Objetos de uma série de recursos extraordinários com repercussão geral conhecida (RE 626.307, RE 591.797, RE 631.363 e RE 632.212) e de uma arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 165).

4 Objeto de vários recursos extraordinários (RE 381.367, RE 661.256 e RE 827.833).

5 A respeito, vide o estudo bastante aprofundado de Dimoulis e Lunardi (2014, pp. 242-258).

6 As obras que tratam do controle de constitucionalidade dedicam-se mais a outros tipos de decisões, sobretudo a decisões típicas da função de legislador negativo, interpretativas e dos efeitos da sentença. As abordagens que poderiam se enquadrar no tema das sentenças estruturais são tratadas de forma sucinta quando comparadas às demais. Nesse sentido, cf. Mendes e Branco (2012, pp. 1325-1490); Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, pp. 904-1156); Dimoulis e Lunardi (2013, pp. 88-217.); Bulos (2014, pp. 235-264); Barroso (2011, pp. 175-356).

7 Mendes e Branco (2012, pp. 1325-1375; 1411-1415); Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, pp. 1059-1125); Dimoulis e Lunardi (2013, pp. 117-138; 273-276; 405-410.); Bulos (2014, pp. 340-346); Barroso (2011, pp. 153-174; 270-297); Tavares (2005, pp. 253-296; 321-342); Nobre Jr. (2011, pp. 87-134).

constitucional que diz respeito ao controle de constitucionalidade e à defesa da coerência do ordenamento jurídico<sup>8</sup>. Nesse contexto, as sentenças estruturais dizem respeito à modalidade de decisão em que o julgador competente “adiciona” algum sentido normativo, seja pela omissão inconstitucional do dispositivo legal produzido, seja pela tentativa de compatibilização com a CF da norma inicialmente declarada inconstitucional.<sup>9</sup> No último caso busca-se concretizar direito fundamental ou traçar critérios para casos futuros.

Ocorre que a abertura de competência do STF para se chegar a tais decisões de efeitos aditivos, em princípio, é dada por uma parte legitimada para prová-lo em âmbito do sistema de controle normativo híbrido brasileiro<sup>10</sup>. Nesse sentido, a CF tem dois mecanismos que visam constatar e suprir lacunas de regulamentação de direitos fundamentais ocasionadas pela omissão do legislador: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), no Art. 103, §2º, e o mandado de injunção (MI), no Art. 5º, LXX. A ADO constitui-se em uma ação de fiscalização abstrata de constitucionalidade cujo objeto é uma constatada omissão legislativa em face de uma ordem ou mandamento de legislação questionada por alguém legitimado (art. 103 da CF). Julgada procedente, o legislador deve preencher o vazio normativo, razão pela qual alguns autores, de maneira pouco precisa e com base em uma transposição pouco refletida de parâmetros constitucionais processuais germânicos, a alcunham de “decisão de apelo”. Paralelamente, o MI afigura-se como uma ferramenta de controle concreto de constitucionalidade, pela qual o órgão competente busca suprir a omissão legislativa com efeitos para o caso concreto.<sup>11</sup> Apesar de o MI ser instrumento do controle normativo concre-

---

8 Tavares (2005, pp. 253-296; 321-342) considera a função estruturante de uma Corte constitucional como garantia da manutenção da coerência do ordenamento jurídico por meio do controle de constitucionalidade. Entre outras funções, identifica uma função legislativa, que consistiria na produção legislativa típica (edição de lei), no controle prévio de constitucionalidade, no controle de omissões, nas sentenças aditivas e na elaboração de regimento interno. A função estruturante para ele se enquadraria no controle das omissões, já que considera que o tribunal constitucional pode, em situações muito especiais, colmatar a lacuna por meio de sua sentença. Nesse sentido, cf. também Tavares (2012, pp. 37-38).

9 A literatura especializada elenca uma série de subcategorias para essa modalidade de decisão, como, v. g., as sentenças manipulativas, demolitórias, substitutivas. etc.. Nesse sentido, cf. Nobre Jr. (2011, pp. 106-107). No mais, v. Mendes e Branco (pp. 2012, pp. 1411-1413).

10 Enquanto qualquer cidadão é legitimado para propor o controle concreto de constitucionalidade via recurso extraordinário (RE), a CF limita o rol dos legitimados para o controle abstrato de constitucionalidade no Art. 103.

11 Bartoso (2011, pp. 153-154); Ramos (2010, pp. 304-323).

to, em tese o STF pode ser provocado para julgá-lo, no mais das vezes, porém, em sede de recurso constitucional ordinário e extraordinário.<sup>12</sup>

Apesar de o tema das sentenças estruturantes não ter sido enfrentado de forma expressa pelo STF, é possível encontrar alguns casos nos quais a Corte, na substância –i.e., sem mencioná-las expressamente– tentou fazê-lo, mesmo que não em sede de ADO e MI. O STF costuma afirmar que sua função típica é a de legislador negativo<sup>13</sup> e tecer considerações contra a atuação na forma positiva,<sup>14</sup> modalidade em que poderiam ser enquadradas as sentenças estruturais. Assim, pode-se verificar que decisões em que o Tribunal expressa e assumidamente atua de forma propositiva são raras. A título de ilustração pode ser trazido o julgamento da ADPF 54<sup>15</sup>, em que o Tribunal, declaradamente segundo um de seus votos, criou uma nova hipótese de excludente da antijuridicidade em relação ao tipo penal do aborto,<sup>16</sup> permitindo-se a interrupção da gestação de fetos que tivessem comprovada a anencefalia. Na ocasião, o relator do processo decidiu, valendo-se da técnica interpretação conforme a Constituição, pela declaração da inconstitucionalidade da perpetrada interpretação dos artigos 124; 126 e 128, I e II, do Código Penal (CP) que vedasse o aborto nos casos de fetos com anencefalia. Entretanto, apesar de concordar na conclusão com o relator, outro membro

---

12 Art. 102, II, “a”, CF. Nesse sentido, cf., também, decisões do STF que verificaram omissões inconstitucionais de prestações de alguns direitos sociais e omissões normativas parciais: Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo de regimento no Recurso Extraordinário nº 639.337-SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23.08.2011. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580.963-PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 18.04.2013.

13 Kelsen (2013, pp. 150-155); Nobre Jr. (2011, pp. 89); Leal (2006, pp. 50-52).

14 Nesse sentido, cf.: Brasil. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 1.417-DF, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 09.12.1987; Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no Agravo de Instrumento nº 737.185-SP, Rel. Min. Dias Tóffoli, 1ª Turma, julgado em 27.11.2012; Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 493.234, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, julgado em 27.11.2007; Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no Agravo de Instrumento nº 360.461-MG, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 06.12.2005; Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 194.263-SP, Rel. Min. Ellen Gracie, 1ª Turma, julgado em 08.10.2002; Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 278.466-RS, Rel. Min. Maurício Correa, 2ª Turma, julgado em 01.10.2002.

15 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12.04.2012.

16 Alguns membros da Corte, em seus votos, trouxeram argumentos nesse sentido, notadamente, os Min. Ricardo Lewandowski, Gilmar Ferreira Mendes e Cezar Peluso.

da Corte votou<sup>17</sup> no sentido de que fossem estabelecidos, na parte dispositiva da decisão, alguns critérios a serem seguidos enquanto a norma regulamentadora não fosse editada pelo órgão competente. Ele sustentou que a constatação de anencefalia devesse ser feita por uma junta médica composta por três médicos, sendo dois estranhos ao procedimento cirúrgico, e que o consentimento deveria ser dado por escrito pela gestante ou por seu representante legal. Tal proposta de dispositivo foi rejeitada pelo relator por considerá-la despicienda: o dispositivo da decisão, ao estabelecer a inconstitucionalidade de tal aborto nessas hipóteses, já teria deixado implícito que a constatação da anencefalia deveria ser inequívoca<sup>18</sup>.

Esse julgamento revela que o STF há algum tempo deixou de se entender como legislador negativo. Pelo contrário, busca, por meio de suas decisões, atuar em vácuos do legislador, muitas vezes fazendo o uso de certos mecanismos como a interpretação conforme a Constituição e a modulação dos efeitos da sentença para tal fim. Da mesma forma, também é possível encontrar no período em pauta julgamentos em que se buscou traçar critérios para questões futuras.<sup>19</sup> Apesar de tais elementos terem sido rejeitados em algumas ocasiões, a tentativa resta clara em alguns dos casos analisados a seguir.

---

17 Min. Gilmar Ferreira Mendes.

18 A esse respeito, cf. Dimoulis e Lunardi (2013, pp. 257-276).

19 Nesse sentido, cf.: Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 67.263-SP, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 19.04.1989; Brasil. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem no Habeas Corpus nº 78.897-RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, julgado em 09.06.1999; Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 109.449-GO, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 28.05.2013; Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 115.002-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do Acórdão Min. Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 22.10.2013; Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 115.262-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do Acórdão Min. Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 22.10.2013; Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 117.901-MG, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do Acórdão Min. Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 10.12.2013; Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 116.899-PR, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do Acórdão Min. Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 11.02.2014; Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 113.198-PI, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 22.05.2014; Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Revisor Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 17.12.2012. Brasil; Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem na Ação Penal nº 536-MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 27.03.2014; Brasil. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem na Ação Penal nº 396-RO, Rel. Ministra Carmen Lúcia, Revisor Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 28.10.2010.



## II. DOS CRITÉRIOS PARA O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DE *HABEAS CORPUS* JUNTO AO STF

A CF garante, no art. 5º, LXVIII, o remédio constitucional do *habeas corpus* (HC) como forma de proteção do cidadão contra ameaça de violência, coação, atentado contra sua liberdade de locomoção, quer por ilegalidade, quer por abuso de poder. Igualmente, seguindo a sistemática estabelecida para o foro privilegiado de certas autoridades, o constituinte determinou que o HC, cujo paciente ou coator da conduta que ensejou os alegados abuso de poder ou ilegalidade seja determinado agente público, deve ser julgado originariamente pelo STF. O parâmetro constitucional para a abertura dessa competência originária ao STF é o art. 102, I, b) CF, que apresenta um rol de autoridades que devem figurar como pacientes em face de denúncias criminais e/ou por crimes de responsabilidade afirmadamente abusivas ou eivadas de ilegalidade.<sup>20</sup> Além dessa competência originária, o art. 102, II, CF determina que o STF seja competente para julgar, em recurso ordinário, decisões *denegatórias* dos *habeas corpus* de competência originária dos Tribunais Superiores.

Entretanto, apesar da redação do dispositivo constitucional, o STF admite os HCs nas hipóteses em que o preceito constitucional previa a interposição do recurso ordinário ou mesmo no caso de se tratar de competência de outro tribunal. Nesse sentido, no HC 67263-SP<sup>21</sup> deparou-se com a dúvida das hipóteses de cabimento do HC junto à Corte no contexto da então recente criação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a quem a CF confiou algumas competências que antes de sua promulgação em 1988 eram do STF.<sup>22</sup> No caso, tinha-se a hipótese de um HC impetrado contra decisão do Tribunal de Alçada Criminal do Estado

20 Presidente da República, Vice-Presidente da República, membros do Congresso Nacional, os Ministros do próprio STF, Procurador Geral da República, os Ministros de Estado, os comandantes das Forças Armadas e os chefes das missões diplomáticas permanentes.

21 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 67.263-SP, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 19.04.1989.

22 Na CF 1967 não havia a previsão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que viria a ser criado somente pela CF de 1988. Ao STJ foi confiada uma série de competências que cabiam ao STF e a outros tribunais no regime anterior, notadamente a realização do controle da interpretação e aplicação das leis federais e algumas competências especiais, como o julgamento das infrações penais comuns de algumas autoridades e a resolução de conflitos de competência entre tribunais inferiores. Dentre as competências do STJ, foram conferidas algumas para julgar *habeas corpus*, em que se empregou sistemática similar às competências previstas para o STF, atribuindo-se o julgamento originário e em sede de recurso ordinário em certas hipóteses (art. 105, I e II, CF/1988). Nesse sentido, Silva (2010, pp. 571-573), Carvalho (pp. 1063-1066), Mendes e Branco (2012, pp. 1046-1053).

de São Paulo, situação em que o STF entendeu ser de sua competência o julgamento, tendo em vista a redação dos dispositivos constitucionais à época.<sup>23</sup> Esse julgamento acabou traçando as linhas gerais do entendimento do STF segundo o qual nenhum HC denegado pode deixar de chegar a esse tribunal, sedimentado por anos de jurisprudência,<sup>24</sup> restando a aplicabilidade do recurso ordinário por demais restrita.<sup>25</sup>

Diante desse quadro, o STF acabou mudando o posicionamento quanto às hipóteses de cabimento do HC substitutivo do recurso ordinário de ação denegatória de HC junto ao Tribunal. No julgamento do HC 109.956-PR<sup>26</sup> pela Primeira Turma do Tribunal o relator votou pela mudança de entendimento que fora, há muito, consagrado pela jurisprudência do órgão. O fundamento apresentado foi que tal entendimento supostamente havia sido firmado em uma época em que a demanda do Tribunal não era tão grande e que, atualmente, ele teria causado uma grande carga de trabalho. Porém, a decisão não foi unânime. No caso, chama a atenção o fato de o relator ter revisto, parcialmente, seu próprio entendimento em decisão posterior (HC 109.449-GO),<sup>27</sup> em que sustentou que essa modalidade de HC ainda seria cabível em determinadas hipóteses em que a liberdade de ir e vir do paciente estivesse ameaçada ou violada, quais sejam: no caso de mandado de busca e apreensão expedido em nome do paciente e no caso de o paciente já estar sob custódia. Todavia, apesar da aludida tentativa de revisão jurisprudencial, a interpretação firmada no HC 109.956-PR continuou

23 Os artigos 102, I, “i” e 105, I, “c”, CF, que regem as competências do STF e do STJ acerca do HC, vieram a ser reformados pela EC nº 22/1999.

24 Nesse sentido, cf. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 67.263-SP, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 19.04.1989; Brasil. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem no Habeas Corpus nº 78.897-RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, julgado em 09.06.1999. A respeito, v. Bulos (2014, p. 754), Nucci (2008, pp. 955-957), e Tourinho Filho (2011, pp. 957-958).

25 Mello (2012, p. 1049).

26 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 07.08.2012.

27 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 109.449-GO, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 28.05.2013; Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 115.002-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do Acórdão Min. Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 22.10.2013; Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 115.262-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do Acórdão Min. Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 22.10.2013; Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 117.901-MG, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do Acórdão Min. Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 10.12.2013; Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 116.899-PR, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do Acórdão Min. Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 11.02.2014.

sendo a condutora dos julgamentos da Primeira Turma, vindo a ser adotada pelo Plenário em um caso seguinte. No HC 113.198-PI<sup>28</sup> acabou-se adotando o referido entendimento mais recente. No seu julgamento, outro membro da Corte questionou o procedimento que o STF dava ao HC, porque estaria causando, segundo ele, uma demanda imensa de trabalho e porque o Tribunal acabava funcionando como uma quarta instância quando se tratava desse tipo de ação. No mais, o STF deveria restringir ainda mais as hipóteses de cabimento do HC junto ao STF para superar os graves problemas de funcionamento do Tribunal<sup>29</sup> e impedindo, também, as hipóteses de HC para trancamento de ação penal, como era o caso do julgamento em apreço. Apesar de tais questionamentos, prevaleceu o entendimento do relator, que seguiu o posicionamento do relator do HC nº 109.449-GO.

Quando se questiona os motivos determinantes de tais mudanças de entendimento na jurisprudência do STF, salta à vista que os fundamentos apresentados pelos julgadores não dizem respeito a mudanças normativas, mas têm um caráter defensivo, visando a garantia da capacidade funcional da Corte contra sobrecarga de trabalho. O argumento subjacente ao fundamento não convence: a decisão se deu inicialmente dentro do contexto de um órgão fracionário do Tribunal (contrária à jurisprudência do Pleno) e sem quaisquer mudanças nas normas que regem o tema.

De todo modo, as estatísticas fornecidas pelo site do STF revelam que desde a adoção desse entendimento em agosto de 2012 o número de HCs distribuídos no Tribunal sofreu uma pequena queda de 2011 a 2012<sup>30</sup>, tendência que continuou de 2012 para 2013<sup>31</sup>. Entretanto, até o mais recente levantamento divulgado pelo STF (dados das ações ajuizadas até 27 de novembro de 2014), há um aumento da quantidade de HCs distribuídos.<sup>32</sup> Por outro lado, desde 2012 se percebe um aumento na quantidade de recursos ordinários em sede de HC (RHC), tendência mantida em 2013 e sofrendo em 2014 um recuo ainda não confirmado (estágio: novembro do corrente).<sup>33</sup> A quantidade de ações e recursos ajuizados pode sofrer

---

28 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 113.198-PI, Rel. Min. Dias Tóffoli, Tribunal Pleno, julgado em 22.05.2014.

29 Segundo o Min. Barroso, o outro problema a ser solucionado seria a correta interpretação e aplicação do instituto, dada a repercussão geral.

30 Passando de 3.788 processos distribuídos para 3.594.

31 Passando de 3.594 processos distribuídos para 3.116.

32 Pois 3.398 processos encontravam-se nessa condição. Nesse sentido, cf. a pesquisa por classe processual disponível no site do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp> (acesso: 28.11.2014).

33 A variação dos números dos RHC interpostos é significativa: de 258, em 2011, para 406, em 2012; para 843, em 2013; recuando para 661 RHCs interpostos até 27.11.2014.

alteração por ser obviamente submetida a variáveis não influenciáveis pelo Tribunal e por legislação processual.

Tentativas de filtrar a admissão de ações e recursos que sobrecarreguem uma Corte como o STF pela via hermenêutica a fim de impedir o grave comprometimento de sua capacidade funcional são comuns em todas as democracias desenvolvidas. Mesmo assim, há de se questionar além da legitimidade das medidas tomadas pelo STF nesse sentido, pois se verifica que houve uma radical mudança jurisprudencial sem qualquer amparo em uma alteração normativa, e também em sua eficácia, uma vez em que os dados apresentados revelam que o objetivo almejado não foi alcançado. No mais, deve-se indagar o destino daqueles HCs que foram impetrados antes dos novos critérios adotados e com base no entendimento anterior, e que, sem motivo aparente, se tornaram inadequados, indicando uma potencial violação da segurança jurídica, o que pode aqui ser deixado em aberto.

Como se procurou demonstrar, o debate foi permeado por criações pretoriais, em que, inicialmente, apesar da redação da CF, o STF acabou possibilitando a impetração de um remédio constitucional por meio de um caminho não previsto nem na legislação ordinária nem muito menos na CF. Depois, sem qualquer mudança nos pertinentes dispositivos, o STF buscou adequar seu entendimento aos preceitos constitucionais que dispõem sobre o tema (Art. 102, I, “d” e Art. 102, II “a”), mas, também de forma defensiva, tentando restringir a sua carga de trabalho. Por fim, mesmo diante de uma aparente consolidação de sua jurisprudência, o relator do HC 109.449-GO buscou novamente alterar o entendimento do STF, adicionando exceções e hipóteses em que o HC deveria ser conhecido e julgado, o que acabou sendo seguido posteriormente no HC 113.198-PI.

### III. DOS CRITÉRIOS PARA A CONSTATAÇÃO DE FRAUDE PROCESSUAL EM AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA DO STF

A CF (art. 102, I, “b” e “c”) estabelece, conforme já discutido no *report* do ano anterior,<sup>34</sup> foro privilegiado para uma série de autoridades que, dependendo do cargo, devem ser julgadas por determinado órgão do Poder Judiciário. Trata-se, como também visto, de uma competência originária do STF para julgar, nas infrações penais comuns, os principais órgãos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, além dos próprios membros do STF, incluindo outros órgãos do pri-

---

34 Cf. Martins (2014).

meiro escalão governamental nos casos de infrações penais comuns e crimes de responsabilidade.

Contudo, os dispositivos constitucionais não tratam da consequência para o inquérito e ação penal em curso em órgão específico do Poder Judiciário se o réu empossado em cargo objeto de foro privilegiado vier a perdê-lo por algum motivo. A omissão em questão veio a ser suprida pelo próprio STF por meio de sua jurisprudência.<sup>35</sup> Por muito tempo, o STF entendeu que a prerrogativa de foro prevaleceria se o crime fosse cometido durante o exercício do cargo, mesmo que o inquérito ou a ação penal fossem iniciados após a cessação do exercício daquele. Esse posicionamento se consolidou e resultou na Súmula nº 394 do STF, editada em 03.04.1964. Contudo, a referida Súmula veio a ser revogada na questão de ordem no Inquérito 687-SP<sup>36</sup>. Nela, o STF entendeu que a CF confere o foro privilegiado para os detentores de determinados cargos somente enquanto empossados, extinguindo-se a “prerrogativa”<sup>37</sup> com a perda do respectivo cargo. Por via de consequência, o processo deve ser remetido ao órgão do Poder Judiciário competente, mesmo na hipótese de renúncia no dia anterior ao julgamento pelo STF. Esse entendimento foi reafirmado nas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) 2.797-2 e 2.860.<sup>38</sup> Estas tiveram como objeto a Lei 10.628/02, que derogara o art. 84, §1º, do Código de Processo Penal (CPP), determinando que o julgamento dos ilícitos decorrentes de atos administrativos praticados por agentes no exercício de suas funções ficaria a cargo do tribunal competente, mesmo após o encerramento da atividade funcional.<sup>39</sup>

Entretanto, com o passar do tempo o Plenário do STF veio a rever esse entendimento na questão de ordem na AP nº 396-RO.<sup>40</sup> Na ocasião, o réu havia renunciado ao cargo eletivo um dia antes do julgamento do STF, o que, segundo

---

35 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem no Inquérito nº 687-SP, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 25.08.1999; Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797-DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 15.09.2005; Brasil. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem na Ação Penal nº 396-RO, Rel. Min. Carmen Lúcia, Revisor Min. Dias Tóffoli, Tribunal Pleno, julgado em 28.10.2010; Brasil. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem na Ação Penal nº 536-MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 27.03.2014.

36 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem no Inquérito nº 687-SP, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 25.08.1999.

37 Vide a respeito: Martins (2014a).

38 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797-DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 15.09.2005.

39 Távora e Alencar (2012, pp. 272-273), Tourinho Filho (2011, pp. 321-324).

40 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem na Ação Penal nº 396-RO, Rel. Min. Carmen Lúcia, Revisor Min. Dias Tóffoli, Tribunal Pleno, julgado em 28.10.2010.

a jurisprudência do STF até então seguida, ocasionaria a remessa para o juiz de primeira instância da Comarca competente. Os julgadores entenderam que a renúncia realizada vinte e quatro horas antes do julgamento de uma ação penal que tramitou por quatorze anos deixara suficientemente clara a intenção do acusado de escapar da decisão do STF. O Pleno do STF<sup>41</sup> entendeu que o ato unilateral da renúncia é legítimo, mas não teria o condão de afastar a competência estabelecida constitucionalmente por meio do foro “privilegiado”, quando feita com o intuito de burlar a ordem constitucional vigente, o que configuraria abuso de direito e fraude processual.<sup>42</sup> No julgamento dessa questão, propugnou-se, em voto de um membro da Corte, o estabelecimento de um marco temporal claro que estabelecesse o momento em que a competência do STF devesse prevalecer, independentemente da renúncia ou perda do cargo, sugerindo o momento em que o julgamento fosse pautado. Mas essa proposta foi rejeitada pelo órgão então judicante do STF.<sup>43</sup> Não obstante, posteriormente o STF voltou a se deparar, mais uma vez, com a mesma problemática na questão de ordem na AP nº 536-MG<sup>44</sup>. Desta vez tratava-se do caso que passou a ser conhecido como “Mensalão Mineiro”, no qual ocorreu fato similar ao da AP 396-RO, tendo o réu empossado em cargo eletivo renunciado no momento em que o julgamento foi posto em pauta para ser decidido. Inicialmente, questão relevante suscitada pelo relator foi a sugestão dada ao Poder Legislativo –um “diálogo institucional”, nas palavras do julgador– de limitação do foro privilegiado e das autoridades que estariam sujeitas à competência originária do STF. Para as demais autoridades previstas constitucionalmente,<sup>45</sup> seriam criadas em Brasília duas varas especializadas: uma em infrações penais comuns e outra em crimes de improbidade. Segundo a proposta do relator, essa vara teria como instância recursal o STF e os magistrados seriam escolhidos por esse Tribunal dos quadros de juízes federais de 1º grau que estivessem próximos de se candidatarem às vagas do Tribunal Regional Federal. Os

---

41 Por maioria, já que ficou vencido o Min. Marco Aurélio.

42 Alguns membros da Corte deixaram claro que somente seguiam esse entendimento no caso concreto, não propugnando, na oportunidade, pela fixação de um critério geral e abstrato. Nesse sentido foram os votos dos Min. Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Ellen Gracie.

43 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem na Ação Penal nº 396-RO, Rel. Min. Carmen Lúcia, Revisor Min. Dias Tóffoli, Tribunal Pleno, julgado em 28.10.2010.

44 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem na Ação Penal nº 536-MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 27.03.2014.

45 Os Ministros de Estado, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

escolhidos exerceriam essa função por um prazo certo de quatro ou cinco anos, sem recondução, não podendo usar esse exercício como trampolim para a promoção para outro cargo por dois ou três anos.<sup>46</sup>

De todo modo, nessa ação penal novamente o STF voltou a abordar o tema dos efeitos da renúncia e da adoção de um critério temporal que demarcaria o momento em que deveria ou não subsistir a competência do STF nessas situações de extinção do mandato político. O relator propôs que o recebimento da denúncia seria o marco temporal a ser determinado, já que a garantia do juiz natural, prevista no art. 5º, LIII, CF, diria respeito ao julgamento ser conduzido pelo juiz competente e não pelo desejado pelo cidadão.<sup>47</sup> Assim, somente a renúncia antes do recebimento da denúncia teria o condão de afastar a competência do STF. Igualmente, por questões de segurança jurídica, propôs que esse critério fosse usado somente nos próximos casos, não sendo aplicado à ação penal sob análise, que deveria ser remetida ao novo magistrado competente, abdicando o STF de sua competência. Contudo, o Tribunal não adotou o critério proposto pelo relator, mas decidiu abdicar da competência, determinando a remessa do processo para a primeira instância.<sup>48</sup>

#### IV. CONCLUSÕES

No período em tela a agenda do STF se ocupou de diversas questões. Apesar da grande expectativa dos veículos de comunicação social com certas ações penais, incrementada pelas eleições, os temas constitucionais ainda foram tratados, mas talvez sem a grande repercussão de julgamentos anteriores, seja pela relevância dos temas tratados, seja porque algumas decisões aguardadas ainda não foram proferidas. Assim, sobressaíram-se os julgamentos em torno de questões organizacionais e sobre as competências do STF, como nos referidos casos de HC e de foro privilegiado.

No tocante às sentenças estruturais, a jurisprudência do STF é incipiente ou não aderiu a ela de maneira consequente, muito menos explícita. O STF ainda

---

46 Nesse sentido, cf. veículos de imprensa que repercutiram a proposta: <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2014/03/27/em-voto-sobre-mensalao-tucano-barroso-defende-limitar-foro-privilegiado.htm> (acesso dia 03.12.2014); <http://boaforma.uol.com.br/videos/assistir.htm?video=sistema-atual-e-tentacao-para-reus-com-foro-privilegiado-diz-barroso-04020D9C3164DCC94326> (acesso: 03.12.2014).

47 Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2012, pp. 644-645).

48 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem na Ação Penal nº 396-RO, Rel. Ministra Carmen Lúcia, Revisor Min. Dias Tóffoli, Tribunal Pleno, julgado em 28.10.2010.

parece querer passar a imagem de que sua função típica é a de legislador negativo, rendendo-se ao sistema de separação de funções previsto constitucionalmente. Todavia, em certas ocasiões alguns membros do Tribunal se afastaram desse posicionamento, buscando atuar de forma propositiva, empenhando-se na criação de critérios para solucionar casos futuros. Nos casos sucintamente referidos, o STF voltou a temas recorrentes em sua jurisprudência, reavaliando os entendimentos firmados no passado.

A respeito de sua competência para o julgamento de HCs, o STF criou as duas exceções suprarreferidas ao entendimento firmado, ainda em 2012, acerca do cabimento desse remédio constitucional como substituto de recurso ordinário. As exceções criadas a esse entendimento diziam respeito a hipóteses em que a liberdade do paciente estivesse ameaçada ou limitada, quais sejam: presença de mandado de busca e apreensão em face do paciente se o paciente já estivesse sob custódia. No tocante à constatação de fraude processual e ao foro privilegiado, é de se destacar a sugestão de *constitutione ferenda* feita por um membro do STF ao Legislativo: diminuição do foro privilegiado e criação de varas especializadas para julgar os casos das demais autoridades citadas pela Constituição. Também foi sugerida a fixação de um critério temporal para determinar até que momento persistiria a competência do STF na hipótese de perda do foro privilegiado de um dos réus, indicando-se para tanto o recebimento da denúncia como marco, o que foi rejeitado pelo Tribunal.<sup>49</sup>

Portanto, o STF não está alheio à temática das sentenças estruturantes. No entanto, mostra-se ainda reticente em fazer uso de tal ferramenta por considerar-se limitado pelo mandamento do legislador negativo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto, O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, 5 ed., São Paulo, Saraiva, 2011.

BULOS, Uade Lammêgo, Curso de direito constitucional, 8 ed., São Paulo, Saraiva, 2014.

CARVALHO, Kildare Gonçalves, Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição, direito constitucional positivo, 13 ed., Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2007.

---

49 Nesse sentido, cf. veículos de imprensa que repercutiram a proposta: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/03/maioria-no-stf-vota-para-enviar-acao-contraz-azeredo-primeira-instancia.html> (acesso: 08.12.2014); <http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2014/03/mensalao-tucano-stf-manda-denuncia-contraz-azeredo-para-justica-mineira-1615.html> (acesso: 08.12.2014); <http://jornalggn.com.br/noticia/stf-decide-que-azeredo-sera-julgado-pela-justica-de-minas> (acesso: 08.12.2014).



- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais, 2 ed., São Paulo, Editora Atlas, 2013.
- KELSEN, Hans, Jurisdição constitucional, Trad. Alexandre Krug, 3 ed., São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2013.
- LEAL, Roger Stiefelmann, O efeito vinculante na jurisdição constitucional, São Paulo, Editora Saraiva, 2006.
- MARTINS, Leonardo, Direitos fundamentais no Brasil entre julho/2012 e junho/2013: “report” sociopolítico e supremo-jurisprudencial, em BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio, Justicia constitucional y derechos fundamentales. Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014 (*no prelo*) 2014a.
- \_\_\_\_\_. Mensalão revisitado: o STF entre “legalismo” e equívocos na interpretação da CF, em Carta Forense, novembro, 2014b.
- MELLO, Marco Aurélio, O habeas corpus e a competência originária do STF, em NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, M. T. R. de A. (org.), Coleção doutrinas essenciais: processo penal (Sentença, prescrição, nulidades e recursos), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, v. 5, pp. 1045-1053.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Curso de direito constitucional, 7 ed., São Paulo, Saraiva, 2012.
- NOBRE JR., Edilson Pereira, Jurisdição constitucional: aspectos controvertidos, Curitiba, Editora Juruá, 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de processo penal e execução penal, 5 ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- RAMOS, Elival da Silva, Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução, São Paulo, Editora Saraiva, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, Curso de direito constitucional, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- SILVA, José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo, 33 ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2010.
- TAVARES, André Ramos, Paradigmas do judicialismo brasileiro, São Paulo, Saraiva, 2012.
- TAVARES, André Ramos, Teoria da justiça constitucional, São Paulo, Saraiva, 2005.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, Curso de direito processual penal, 7 ed., Salvador, Juspodivm, 2012.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Manual de processo penal, 14 ed., São Paulo, Saraiva, 2011.

### Fontes eletrônicas

Consultor jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-set-04/teori-zavascki-reve-penas-aplicou-oito-reus-mensalao>. Acesso: 04.12.2014.

- Globo. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/03/maioria-no-stf-vota-para-enviar-acao-contra-azeredo-primeira-instancia.html>. Acesso: 04.12.2014.
- Congresso Em Foco. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/mensalao-stf-aceita-uso-dos-embargos-infringentes/>. Acesso: 04.12.2014.
- Folha De São Paulo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/02/1418684-supremo-derruba-crime-de-quadrilha-e-beneficia-dirceu-e-mais-sete.shtml>. Acesso: 04.12.2014.
- Jornal GGN. Disponível em: <http://jornalggn.com.br/noticia/stf-decide-que-azeredo-sera-julgado-pela-justica-de-mina>. Acesso: 04.12.2014.
- O Globo. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/maioria-do-stf-absolve-mensaleiros-do-crime-de-formacao-de-quadrilha-11732409>. Acesso: 04.12.2014.
- Rede Brasil Atual. Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2014/03/mensalao-tucano-stf-manda-denuncia-contra-azeredo-para-justica-mineira-1615.html>. Acesso: 04.12.2014. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso: 04.12.2014.
- UOL. Disponível em: <http://boaforma.uol.com.br/videos/assistir.htm?video=sistema-atual-e-tentacao-para-reus-com-foro-privilegiado-diz-barroso-04020D9C-3164DCC94326>. Acesso: 04.12.2014.
- UOL. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2014/03/27/em-voto-sobre-mensalao-tucano-barroso-defende-limitar-foro-privilegiado.htm>. Acesso: 04.12.2014.

## Fontes jurisprudenciais

- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 1.417-DF, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 09.12.1987. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso: 10.12.2014.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 67.263-SP, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 19.04.1989. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso: 10.12.2014.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem no Habeas Corpus nº 78.897-RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, julgado em 09.06.1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso: 10.12.2014.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem no Inquérito nº 687-SP, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 25.08.1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso: 10.12.2014.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 278.466-RS, Rel. Min. Maurício Correa, 2ª Turma, julgado em 01.10.2002. Disponí-

- vel em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>.  
Acesso: 10.12.2014.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 194.263-SP, Rel. Min. Ellen Gracie, 1ª Turma, julgado em 08.10.2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso: 10.12.2014.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797-DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 15.09.2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso: 10.12.2014.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no Agravo de Instrumento nº 360.461-MG, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 06.12.2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso: 10.12.2014.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 493.234, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, julgado em 27.11.2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso: 10.12.2014.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem na Ação Penal nº 396-RO, Rel. Min. Carmen Lúcia, Revisor Min. Dias Tóffoli, Tribunal Pleno, julgado em 28.10.2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso: 10.12.2014.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo de regimento no Recurso Extraordinário nº 639.337-SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23.08.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso: 10.12.2014.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12.04.2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso: 10.12.2014.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 07.08.2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso: 10.12.2014.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no Agravo de Instrumento nº 737.185-SP, Rel. Min. Dias Tóffoli, 1ª Turma, julgado em 27.11.2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso: 10.12.2014.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Revisor Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 17.12.2012. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso: 10.12.2014.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580.963-PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 18.04.2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso: 10.12.2014.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 109.449-GO, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 28.05.2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso: 10.12.2014.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 115.002-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do Acórdão Min. Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 22.10.2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso: 10.12.2014.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 115.262-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do Acórdão Min. Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 22.10.2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso: 10.12.2014.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 117.901-MG, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do Acórdão Min. Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 10.12.2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso: 10.12.2014.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 116.899-PR, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do Acórdão Min. Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 11.02.2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso: 10.12.2014.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem na Ação Penal nº 536-MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 27.03.2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso: 10.12.2014.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 113.198-PI, Rel. Min. Dias Tóffoli, Tribunal Pleno, julgado em 22.05.2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso: 10.12.2014.

## Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile (2012-2013)

Claudio Nash Rojas\*  
Constanza Núñez\*\*

### I. INTRODUCCIÓN

Este informe da cuenta de los principales avances y retrocesos en materia de justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile, en el período comprendido entre julio de 2012 y junio de 2013. Como es habitual en esta publicación, nos centraremos en la jurisprudencia que emana de los tribunales superiores de justicia de Chile: Tribunal Constitucional, cortes de apelaciones y Corte Suprema. Además, se incorporan algunos avances en la legislación interna.

En términos generales, podemos observar que en materia legislativa y reglamentaria ha habido algunos avances que merecen ser destacados, fundamentalmente en materia de acceso a la justicia de personas privadas de libertad y respecto de la situación del cuidado personal de los niños y las niñas en caso de separación de sus padres.

En materia jurisprudencial, nos ha parecido relevante observar algunos procesos de la justicia constitucional respecto de grupos en situación de discriminación. En consecuencia, nos centramos en casos de privados de libertad, migrantes y pueblos indígenas. Asimismo, haremos una breve referencia a un nuevo caso relativo a la recepción del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) en el ámbito interno.

---

\* Nota del ed.: Las referencias curriculares del coautor aparecen en su aporte ubicado en la segunda parte de esta obra.

\*\* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Investigadora y consultora en materia de derechos humanos.

## II. RESEÑA DE LEGISLACIÓN RELEVANTE PROMULGADA EN EL PERÍODO

### 1. Ley 20.680 sobre tuición compartida de hijos e hijas

La Ley 20.680 introduce modificaciones al Código Civil y otros cuerpos legales con el objeto de proteger la integridad de niños/as en caso de que sus padres vivan separados.<sup>1</sup> La legislación vigente antes de la promulgación de esta ley establecía como regla general que en caso de que los padres vivieran separados, el cuidado preferente del niño o de la niña correspondía a la madre.<sup>2</sup> En efecto, solo en caso de acuerdo de los padres o cuando el interés superior del niño o de la niña así lo exigía, aquel podía ser otorgado al padre. Esta regulación del cuidado personal de los hijos fue duramente criticada, por considerarse que atentaba contra el principio de igualdad y no discriminación, ya que establecía una diferenciación arbitraria a favor de la madre, resaltando la inconstitucionalidad de la norma.<sup>3</sup>

La nueva normativa establece como principio rector el de la corresponsabilidad parental en el cuidado de los hijos, distribuyendo entre ambos progenitores –en forma equitativa– los derechos y deberes que tienen respecto de los hijos y considerando en todo caso el interés superior del niño o de la niña.<sup>4</sup> El principio de la corresponsabilidad es incorporado de manera expresa en el artículo 224 del Código Civil en los siguientes términos:

Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.

En la discusión de esta nueva normativa, el DIDH cumplió un rol fundamental. En efecto, en las diversas mociones legislativas se citan las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado respecto a la Convención sobre Derechos del Niño (CDN) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos

---

1 Promulgada el 16 de junio de 2013.

2 El artículo 225 del Código Civil (hoy reformado) establecía: “Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos”.

3 Lathrop, Fabiola, “(In)constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 16, núm. 2, pp. 147-184.

4 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 20.680*, Santiago de Chile, s. f., p. 259.

(CADH) y la necesidad de que el Estado tenga una normativa que dé cumplimiento a estas obligaciones.<sup>5</sup> En cuanto a la CDN, se destaca que esta, en su artículo 9, establece la obligación de los Estados de no separar al niño o la niña de sus padres y de respetar el derecho de estos –en caso de que sus padres vivan separados– a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos, salvo si ello es contrario a su interés superior. Asimismo, se señala que el artículo 18 de este cuerpo normativo establece la obligación de garantizar el reconocimiento de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño o la niña. En este sentido, la Ley 20.680 es un avance importante en el proceso de adecuación de la normativa civil chilena a los estándares internacionales y a la incorporación transversal del principio de igualdad y no discriminación.<sup>6</sup>

Sin embargo, hacemos la prevención de que si bien la igualdad ante la ley –igualdad formal– es un paso importante, estas medidas pueden ver frustrado su objetivo de propender a la igualdad de género, si no van acompañadas de acciones correctivas del desequilibrio de poder en las relaciones familiares.<sup>7</sup>

## **2. Resolución exenta acerca de sanciones de aislamiento y celda solitaria en recintos cerrados**

Chile, al igual que muchos países de la región, desde el retorno a la democracia en 1990, ha ratificado un gran número de tratados internacionales sobre derechos humanos. De ahí que se haya asumido el compromiso de adecuar las normas y prácticas internas a los estándares internacionales. Uno de los campos donde dicho proceso ha sido más complejo es el del acceso a la justicia de grupos en situación de discriminación estructural. Uno de los colectivos que se encuentran en situaciones especiales de vulnerabilidad en Chile, al ser objeto de frecuentes violaciones de sus derechos, en particular, del efectivo acceso a la justicia debido a deficiencias en la regulación legal y reglamentaria de su situación, es el de las personas privadas de libertad.

En Chile, a partir del año 2000, se inició un proceso de reforma progresivo en el sistema procesal penal para adaptarse a los estándares internacionales en derechos humanos. Sin embargo, la fase referida a la ejecución de la pena –derecho

---

5 *Ibid.*, p. 7.

6 Este proceso de adecuación ha sido progresivo a partir de 1998, año en que se eliminó de la normativa civil, a través de la Ley 19.585, la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos.

7 Williams, Joan, “Igualdad sin discriminación”, en Facio, Alda y Frías, Lorena (eds.), *Género y derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999, pp. 75-97.

penitenciario– no fue objeto de un proceso de reforma, ante lo cual el proceso penal tuvo un cambio considerable, pero solo hasta la dictación de la condena.

El Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile realizó un estudio sobre la aplicación de sanciones en el interior de los recintos penitenciarios<sup>8</sup> –práctica habitual en las cárceles chilenas– e identificó problemas en distintos niveles, y propuso algunas medidas en cada uno de ellos. Sintetizando, fueron tres los temas centrales:

1. Se hace presente la falta de una norma de rango legal que regule de manera sistemática la ejecución de las penas privativas de libertad y la ausencia de un tribunal que tenga competencias específicas para controlar y vigilar el cumplimiento de las sanciones penales. En el ámbito específico del régimen disciplinario, son varios los cambios que se propusieron, pero el principal era reformar el procedimiento para la imposición de sanciones disciplinarias a fin de armonizarlo con los estándares que componen el debido proceso, especialmente en lo que dice relación con el derecho a defensa.
2. También se identificaron problemas de ejecución de las sanciones. Uno que afecta gravemente la integridad y dignidad de las personas privadas de libertad es el modo en que se ejecuta la sanción de reclusión en celda de aislamiento. Frente a este problema, se propuso que el Estado mejore radicalmente las condiciones de habitabilidad, higiene y luz de este tipo de celdas.
3. Finalmente, se plantean los problemas normativos y prácticos que enfrentan los y las adolescentes privados/as de libertad. Si bien en este caso la normativa tiene mayor sintonía con los estándares internacionales que el régimen general, también existen problemas que requieren solución. Por ejemplo, en el ámbito normativo, se necesita, de igual modo, una ley que regule sistemáticamente el cumplimiento de las penas privativas de libertad.

Este informe fue entregado a la autoridad política responsable, Ministra de Justicia, quien adoptó la siguiente medida: dictó un nuevo reglamento para la aplicación de sanciones en el interior de los recintos penitenciarios.<sup>9</sup> Esta nueva normativa tomó como base el informe y adecuó la norma, y dio instrucciones precisas en materia de implementación. Algunos artículos interesantes en este sentido son:

---

8 Aguiló, Pedro, Milos, Catalina y Nash Rojas, Claudio, *Personas privadas de libertad y medidas disciplinarias en Chile: análisis y propuestas desde una perspectiva de derechos humanos*, Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2013.

9 Resolución Exenta 4.247 sobre criterios para la aplicación de las sanciones de aislamiento e internación en celda solitaria de 10 de mayo de 2013.



Artículo 1.- El régimen disciplinario se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución Política de la República, los tratados Internacionales ratificados por Chile y vigentes, las leyes y sus reglamentos y las sentencias judiciales. [...]

Artículo 6.- La aplicación de la sanción será *razonable y proporcionada* a la conducta cometida y a los fines propios del procedimiento disciplinario. Será siempre excepcional y de último recurso y se aplicará por el Jefe de Establecimiento cuando no exista otra manera menos gravosa para conseguir la finalidad perseguida y por el tiempo estrictamente necesario. [...]

Artículo 8.- La sanción de aislamiento en celda solitaria se aplicará como *último recurso* frente a la comisión de faltas graves al régimen del Establecimiento, prefiriéndose en lo posible la imposición de sanciones menos gravosas para la persona del interno. [...]

Artículo 11.- Los internos imputados se encuentran amparados por el *principio de inocencia*, por lo que la prisión preventiva deberá cumplirse de tal forma que no adquiera las características de una pena, ni provoque otras limitaciones que las necesarias para evitar una fuga y para garantizar la seguridad e integridad de cualquier persona dentro del Establecimiento. [...]

Artículo 20.- [...] queda *prohibido* mantener al interno que cumple las sanciones de aislamiento o internación en celda solitaria encerrado *de forma continua las 24 horas* del día. Los sancionados deberán ser conducidos a un lugar al *aire libre*, previamente determinado por el Jefe del Establecimiento, a lo menos, durante dos horas diarias, fraccionadas en una hora durante la mañana y otra hora en la tarde, a fin de que si lo desean puedan realizar ejercicio físico. (énfasis añadidos)

Luego de la implementación de esta nueva normativa de carácter administrativo, ya se han cerrado celdas de castigos en varios penales del país y se ha iniciado un proceso de socialización de esta en los distintos penales, que se ha traducido en una racionalización de las sanciones disciplinarias.

Es interesante esta experiencia ya que haber visibilizado el problema, unido a la voluntad política necesaria, constituye un primer paso, pero esencial, para que la tortura institucionalizada disminuya en nuestro sistema penitenciario.

### III. RESEÑA JURISPRUDENCIAL

#### 1. Grupos en situación de vulnerabilidad: privados de libertad y migrantes

Un aspecto que nos ha llamado la atención en el análisis de la jurisprudencia del presente período, es la progresiva incorporación de estándares internacionales en el análisis de casos de personas en situación de vulnerabilidad, particularmente, privados de libertad y migrantes. En el conocimiento de casos en que los titulares afectados son estos últimos, las cortes nacionales han considerado las particularidades de la situación del titular del derecho a la hora de adoptar medidas concretas para el restablecimiento de los derechos afectados. Nos parece que esta perspectiva es la correcta, ya que permite reforzar la idea de que hay derechos y obligaciones que requieren ser interpretados de una manera particular cuando nos encontramos frente a una violación de derechos de un sujeto que se encuentra en situación de vulnerabilidad. En el caso de los privados de libertad, como veremos, se hace patente que el deber de custodia que tiene el Estado respecto de estas personas le exige velar por que puedan ejercer sus derechos fundamentales en plenitud, considerando las circunstancias en que cumplen sus penas privativas de libertad. En el caso de las personas migrantes, su situación de vulnerabilidad permite analizar desde una perspectiva más amplia los derechos de libertad de circulación y de formar una familia e imponer límites desde el DIDH a las potestades discrecionales del Estado.

##### 1.1. Privados de libertad

En períodos anteriores (años 2010 y 2011)<sup>10</sup> se destacó que la judicatura había cumplido un rol relevante al constatar las condiciones en que las personas privadas de libertad cumplían sus condenas, ordenando al Estado disponer medidas de fuerte contenido prestacional para revertir el hacinamiento y la falta de acceso a servicios básicos. En fallos recientes, la jurisprudencia ha abarcado otro aspecto que configura la situación de violación estructural de los derechos humanos

---

10 Irarrázabal, Paz y Nash Rojas, Claudio, “Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile (2010-2011)”, en Bazán, Víctor y Nash Rojas, Claudio (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad*, Bogotá, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Konrad Adenauer Stiftung, 2012, p. 125; Irarrázabal, Paz y Nash Rojas, Claudio, “Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile (2009-2010)”, en Bazán, Víctor y Nash Rojas, Claudio (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la constitución*, Montevideo, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Konrad Adenauer Stiftung, 2011, p. 158.

de las personas privadas de libertad: la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

El 13 de marzo de 2013, la Corte de Apelaciones de Valdivia dictó sentencia<sup>11</sup> en un recurso de amparo presentado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos a favor de los internos del Centro Penitenciario Llancahue, referido a los tratos inhumanos o degradantes que estos habrían sufrido al ser trasladados desde los módulos del recinto hasta el patio, donde habían sido obligados a arrodillarse o sentarse con las manos detrás de la cabeza, siendo agredidos en diversas partes del cuerpo con golpes, objetos y gas irritante.

En dicha oportunidad, la Corte centró su argumentación en las obligaciones que tiene el Estado respecto de las personas privadas de libertad, señalando que el Estado se ha autoimpuesto un deber especial de custodia, atendido el evidente estado de desprotección en que estas personas se encuentran. En virtud de este deber, la actividad penitenciaria debe procurar un trato digno y propio de la condición humana de los internos, encontrándose prohibida la aplicación de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes de palabra o de obra.<sup>12</sup> Al constatar que los internos habrían sufrido fuertes agresiones, la Corte de Apelaciones señaló que aquello constituía una clara infracción del deber de cuidado y trato digno, violando el artículo 16.1 de la Convención contra la Tortura u otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.<sup>13</sup>

Lo interesante de este caso, además de que la Corte establece la responsabilidad del Estado por la infracción de una obligación internacional, es que toma medidas para procurar que esta situación no se repita, al disponer expresamente que Gendarmería de Chile en el futuro, “deberá tratar dignamente a los internos y cumplir estrictamente lo establecido en las leyes, la Constitución política del Estado y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, especialmente lo dispuesto en la Convención contra la Tortura”<sup>14</sup> Asimismo, ordena la realización de un sumario interno para determinar la responsabilidad de los funcionarios involucrados.

Junto con incorporar al análisis las obligaciones internacionales del Estado respecto a las personas privadas de libertad, la jurisprudencia también ha considerado el principio de proporcionalidad para determinar si las afectaciones a la integridad y seguridad de las personas privadas de libertad son legítimas. En

11 Corte de Apelaciones de Valdivia, Caso Instituto Nacional de Derechos Humanos con Gendarmería de Chile, rol 8-2013, de 13 de marzo de 2013.

12 *Ibid.*, párrafo 2.

13 *Ibid.*, párrafo 7.

14 *Ibid.*, párrafo 21.

un caso muy similar al reseñado, en que existieron agresiones graves por parte de funcionarios de Gendarmería de Chile a internos que protagonizaron episodios de mala conducta, la Corte Suprema destacó que, pese al comportamiento de los amparados, no se debe olvidar que el Estado es garante de la seguridad individual de toda persona que se encuentre bajo su custodia y, en este sentido, por la sola circunstancia de que los internos hayan sido objeto de lesiones por sus custodios, “conduce a que se adopten las medidas necesarias para el restablecimiento del derecho y asegurar la debida protección de los afectados, tanto en el presente como en el futuro”<sup>15</sup> Así, la Corte Suprema, al igual que la Corte de Apelaciones de Valdivia, ordena a los órganos administrativos ajustar sus protocolos de actuación al derecho internacional vinculante, a la ley y a la reglamentación de Gendarmería de Chile, haciendo especial hincapié en que los protocolos deben enfrentar situaciones de este tipo “con un grado de proporcionalidad que impida las consecuencias que se constataron”.<sup>16</sup>

Estas sentencias no solo confirman la infracción de normas internacionales, sino que también disponen que el Estado debe tomar medidas para que las violaciones de los derechos humanos no se repitan. Esta es una manifestación concreta de las posibilidades que tiene la judicatura de disponer acciones que permiten al Poder Judicial cumplir con su labor de protección y promoción de los derechos fundamentales y, a la vez, fija parámetros al Estado para cumplir con sus obligaciones internacionales.

## 1.2. Migrantes

La normativa que regula el ingreso, visación, expulsión y otras materias respecto de las personas migrantes en Chile es el Decreto Ley 1.094 de 1975. Esta es una norma preconstitucional, cuya característica principal es que concede amplias facultades discrecionales a la autoridad para otorgar visaciones y ordenar la expulsión de personas migrantes del país. En este sentido, la jurisprudencia nacional y las decisiones de las autoridades administrativas, al analizar reclamaciones de personas migrantes respecto a las sanciones migratorias, se habían encargado de realizar un análisis de mera legalidad de las facultades de la administración

---

15 Corte Suprema, Caso Defensoría Penitenciaria del Bío Bío con Gendarmería de Chile, rol 4.321-2013, de 2 de julio de 2013, párrafo 2 (que se remite a los argumentos esgrimidos en el voto de minoría en el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, rol 83-2013, de 29 de junio de 2013, párrafo 3).

16 *Idem*.

para negar las solicitudes de visa o para expulsar personas del país.<sup>17</sup> En este sentido, quedaban fuera del análisis las reclamaciones respecto a la arbitrariedad o proporcionalidad de las medidas. Durante el primer semestre del año 2013, esta tendencia jurisprudencial comenzó a revertirse y encontramos al menos tres casos donde los tribunales superiores de justicia utilizan estándares internacionales en sus resoluciones, aplican un test de restricción de derechos y se consideran las particularidades de la situación del titular del derecho para interpretar derechos fundamentales.

En un primer caso, referido a las condiciones de detención en que personas migrantes esperaban la resolución de sus respectivas órdenes de expulsión, la Corte de Apelaciones de Santiago<sup>18</sup> inició el análisis del caso tomando en consideración la indudable situación de vulnerabilidad en que se encuentran las personas migrantes, y señaló:

[E]l imperativo de respeto y promoción de tales derechos esenciales, en los términos a que alude el artículo 5º de la Carta Fundamental, se hace extensivo a los no nacionales que se encuentran en el territorio de Chile. Ese deber de respeto y promoción adquiere ribetes especiales cuando se trata de extranjeros, en la medida que ellos se encuentran en una indudable situación de vulnerabilidad, de momento que carecen de redes de apoyo familiares y de proximidad, precisamente porque se hallan en un país que no es propio. En un contexto como el reseñado, existen ciertos derechos particularmente atingentes al caso y, entre ellos, por cierto, el derecho a la libertad personal, en todas sus dimensiones.<sup>19</sup>

En cuanto al derecho a la libertad personal, la Corte estimó que si bien el artículo 90 inciso 2 de la Ley de Extranjería habilita la retención por parte de los individuos para ejecutar sus respectivas órdenes de expulsión, esta ha de sujetarse al tiempo mínimamente posible, considerando que las afectaciones a la libertad personal deben ser excepcionales. En este sentido, la Corte señala que la medida de detención –sin revisión judicial alguna– que en el caso de algunas personas se prolongó por más de 10 días, era “carente de juridicidad, racionalidad, justi-

---

17 Un análisis en este sentido en: Centro de Derechos Humanos, *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2010*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, pp. 237-270; Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe anual 2012 - Situación de los derechos humanos en Chile*, Santiago de Chile, pp. 161-165.

18 Corte de Apelaciones de Santiago, Caso Marín Anguita y otros con Ministerio del Interior y otros, rol 351-2013, de 9 de marzo de 2013.

19 *Ibid.*, párrafo 3.

ficación y que sobrepasa toda proporcionalidad”.<sup>20</sup> Es así como la magistratura ordenó poner en libertad a los 18 extranjeros que permanecían detenidos.

En este ámbito, las cortes también han destacado que en estos casos existe una evidente tensión entre las facultades soberanas del Estado para controlar sus fronteras y los deberes que ese mismo Estado contrae en el campo internacional. En este escenario, la jurisprudencia ha señalado que el poder estatal para gestionar la migración “no puede prescindir de la consideración de derechos fundamentales e inalienables [...], por lo tanto, la mirada debe propender al necesario equilibrio entre esas facultades soberanas y los derechos esenciales que puedan verse afectados con el respectivo ejercicio de poder”.<sup>21</sup>

Bajo estas consideraciones, en un caso referido a una mujer cuya expulsión se decretó estando embarazada, por estimar la administración que su permanencia en el país no resultaba “útil ni conveniente”,<sup>22</sup> la Corte de Apelaciones de Santiago realizó un test de restricción de derechos, con el objeto de determinar si la medida de expulsión era proporcional, cumplía con un fin legítimo y si era necesaria. En este análisis, la Corte señala que la autoridad, al no tomar en consideración el estado de embarazo de la amparada y al basar su decisión en un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido era necesario motivar, actuó de manera arbitraria y afectó ilegítimamente el derecho a formar una familia, el derecho del padre a mantener una relación directa y regular con el hijo que está por nacer y el derecho a residir y permanecer libremente en cualquier lugar de la República,<sup>23</sup> ordenando la revocación de la orden de expulsión.

Finalmente, en cuanto a las facultades otorgadas a la autoridad para conceder visas y disponer el abandono del territorio nacional, el Tribunal Constitucional,<sup>24</sup> en conocimiento de una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 13 de la Ley de Extranjería<sup>25</sup> (que permite otorgar y negar

---

20 *Ibid.*, párrafo 11.

21 Corte de Apelaciones de Santiago, Caso Sandra Morales con Departamento de Extranjería y Migración, rol 19-2013, de 21 de enero de 2013, párrafo 2.

22 Estas consideraciones se toman porque la amparada registraba en su país de origen una condena penal ya prescrita.

23 Corte de Apelaciones de Santiago, Caso Sandra Morales con Departamento de Extranjería y Migración, cit., párrafo 9.

24 Tribunal Constitucional de Chile, Caso Daniel Alerte con Subsecretario del Ministerio del Interior y otros, rol 2.273-2012, de 4 de julio de 2013.

25 Artículo 13, D.L. 1.094: “Las atribuciones que correspondan al Ministerio del Interior, para el otorgamiento de visas, para las prórrogas de las mismas y para la concesión de la permanencia definitiva serán ejercidas discrecionalmente por éste, atendándose en especial a la conveniencia o utilidad que reporte al país su concesión y a la reciprocidad internacional, previo informe de la Dirección General de Investigaciones”.

visaciones considerando la conveniencia o utilidad que reporte para el país su concesión), señaló como conclusión principal que la potestad de la autoridad está “sujeta a límites materiales que provienen desde la Constitución, el derecho internacional y, especialmente, desde el derecho internacional de los derechos humanos”.<sup>26</sup> En el desarrollo de estos límites, el Tribunal Constitucional dispuso que:

No es admisible para el derecho internacional de los derechos humanos concebir la potestad administrativa de admisión del extranjero a cada país, únicamente desde la óptica del orden público interno y como medida de policía de seguridad. Más bien, el punto de vista correcto es complementar la discrecionalidad de orden público con un *enfoque de derechos*, en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país.<sup>27</sup> (énfasis agregado)

Concretando el análisis, el Tribunal Constitucional señaló que en el ejercicio de las potestades discrecionales, el Estado tiene un nuevo estándar: a) no podrá discriminar entre extranjeros, b) deberá tener en cuenta las relaciones familiares, c) deberá atender a las persecuciones por motivos políticos o aquellas que pongan en riesgo la vida y la integridad física y síquica del extranjero y d) deberá reconocer los derechos constitucionales del extranjero que haya ingresado legalmente al país.<sup>28</sup>

Nos parece que el enfoque de derechos, como límite a la potestad discrecional, es fundamental para asegurar el goce y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas migrantes sin discriminación. Que la magistratura constitucional señale como baremo de las decisiones administrativas el DIDH es un avance importante, ya que en un Tribunal Constitucional que no ha admitido el rango constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos, reconocer el DIDH como límite a las potestades discrecionales permite dar plena operatividad al bloque de constitucionalidad en Chile.<sup>29</sup>

---

26 Tribunal Constitucional de Chile, Caso Daniel Alerte con Subsecretario del Ministerio del Interior y otros, cit., párrafo 7.

27 *Ibid.*, párrafo 13. En esta misma línea se ha pronunciado la Corte IDH, Caso Vélez Loor vs. Panamá, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2010, párrafo 97.

28 Tribunal Constitucional de Chile, Caso Daniel Alerte con Subsecretario del Ministerio del Interior y otros, cit., párrafo 50.

29 A conclusiones similares habíamos arribado en el análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional, rol 1.340-2009, de 29 de noviembre de 2009, en el comentario de jurisprudencia realizado el año 2010 (Irrázabal, Paz y Nash Rojas, Claudio, *op. cit.*, nota 10, p. 155).

## 2. Responsabilidad internacional del Estado y la obligación de reparar

Los crímenes de lesa humanidad cometidos en la dictadura militar chilena (1973-1990) son la fuente más numerosa de jurisprudencia referida a la responsabilidad internacional del Estado y la obligación de reparar. La jurisprudencia nacional no solo ha tenido que resolver los conflictos que se generan a propósito de la búsqueda de responsabilidades penales, sino también ha debido pronunciarse acerca de la procedencia de exigir reparaciones por el daño provocado producto de las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos. El debate se ha centrado en definir cuál es la base normativa que se debe aplicar para resolver los casos en que se demanda la reparación por las violaciones de los derechos humanos ocurridas bajo la dictadura militar. En este punto, la jurisprudencia ha sido diversa.<sup>30</sup>

Por una parte, se ha sostenido que la normativa frente a acciones relativas a la reparación por violaciones de derechos humanos es la civil común, principalmente las normas referidas a la extinción de las obligaciones (prescripción). En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que no es posible perseguir la reparación del daño generado por las violaciones de los derechos humanos perpetradas en dictadura, pues la acción estaría prescrita conforme a las reglas civiles. Esta línea jurisprudencial resalta que no existiría un estatuto jurídico nacional ni internacional que disponga la imprescriptibilidad genérica de las acciones destinadas a reparar el daño por violaciones de los derechos humanos.<sup>31</sup>

La otra tesis señala que en estos casos se deben aplicar preferentemente las normas constitucionales que se remiten a las normas internacionales en materia de responsabilidad internacional y la obligación de reparar. La base de toda la argumentación de los tribunales de justicia respecto a la procedencia de las indemnizaciones en estos casos es que se reconoce el carácter de *ius cogens* de la obligación de reparar y se le da aplicación preferente a la normativa internacional para cumplir con las obligaciones internacionales y hacer una aplicación de buena fe de los tratados.<sup>32</sup>

---

30 Un análisis en profundidad de la jurisprudencia en este ámbito, véase en Nash Rojas, Claudio, *Responsabilidad internacional del Estado en la jurisprudencia internacional y la experiencia chilena*, Santiago de Chile, Thomson Reuters y Abeledo-Perrot, 2013.

31 Corte Suprema, Caso Josefa del Carmen Martínez y otros con Fisco de Chile, rol 6.049-2005, de 27 de diciembre de 2006, párrafos 15 y 17; Caso Margarita del Carmen Nilo Suazo con Fisco de Chile, rol 254-2009, de 27 de abril de 2011, párrafo 13; Caso Rudolph Müller con Fisco de Chile, rol 2.152-2007, de 28 de octubre de 2008, párrafo 11.

32 Corte de Apelaciones de Santiago, Caso Raquel Fernández Silva con Fisco de Chile, rol 113-2005, de 12 de noviembre de 2008, párrafos 1-4; Corte Suprema, Caso Álvaro Corbalán Cas-



La sentencia que se comenta, dictada por el pleno de la Corte Suprema, toma una postura en esta discusión, en orden a sostener la improcedencia de la acción indemnizatoria por violaciones de los derechos humanos cometidas en la dictadura.

Señala la sentencia:

Que la prescripción constituye un principio general del derecho destinado a garantizar la seguridad jurídica, y como tal adquiere presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, salvo que por ley o en atención a la naturaleza de la materia se determine lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones. A ello cabe agregar que *no existe norma alguna en que se establezca la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales*; y, en ausencia de ellas, corresponde estarse a las reglas del derecho común referidas específicamente a la materia.

[...].

Que, sobre la base de lo ya razonado, se concluye que en el fallo objeto de la casación en estudio se ha incurrido, desde luego, en el vicio que se denuncia en el recurso interpuesto por el Fisco de Chile, cometiendo con ello *error de derecho al haber dado cabida a una legislación que no era la llamada a regir el caso en cuestión y dejado de aplicar las normas pertinentes del derecho interno*.<sup>33</sup> (énfasis añadidos)

Sobre la inaplicabilidad en esta materia de los tratados sobre derechos humanos ratificados por Chile, señala:

Que desde luego y en lo que dice relación con la alegación de vulneración de tratados internacionales cabe dejar establecido, en forma previa, que al tiempo de los hechos investigados no se encontraban vigentes en Chile el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [...], ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica [...].

Que no obstante lo anterior y en la misma línea de razonamientos acerca del contenido de tratados internacionales, previo es también hacer notar que *ninguno de los cuerpos normativos citados en el fallo impugnado establece la impres-*

---

tilla y otros con Fisco de Chile, rol 6.308-2007, de 8 de septiembre de 2008, párrafo 21; Corte Suprema, Caso Basclay Zapata Reyes, rol 5.132-2008, de 14 de octubre de 2009, párrafo 6.

33 Corte Suprema, Caso Colegio Médico Eduardo González con Fisco de Chile, rol 10.665-2011, de 21 de enero de 2013, párrafos 8 y 12.

*criptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales.* Así, la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos no contiene precepto alguno que consagre la imprescriptibilidad alegada por el recurrente. Además, *ninguna de las disposiciones citadas en el recurso excluye respecto de la materia en controversia la aplicación del derecho nacional.* En efecto, el artículo 1º solo consagra un deber de los Estados miembros de respetar los derechos y libertades reconocidos en esa Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio, sin discriminación alguna; y el artículo 63.1 impone a la Corte Interamericana de Derechos Humanos un determinado proceder si se decide que hubo violación a un derecho o libertad protegido.<sup>34</sup> (énfasis añadidos)

Nos parece que esta es una decisión contraria a las obligaciones internacionales del Estado de Chile. En efecto, el artículo 63.1<sup>35</sup> constituye la adopción por parte de la CADH de un principio del derecho internacional y, en general, del derecho sobre la responsabilidad, en orden a que quien daña a otro debe ser obligado a reparar los perjuicios causados. A juicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el artículo 63.1 de la Convención “refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre responsabilidad de los Estados. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable al Estado surge de inmediato la responsabilidad internacional de este por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación”.<sup>36</sup> Esta reparación debe

---

34 *Ibid.*, párrafos 4 y 5.

35 Artículo 63.1, CADH: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

36 Corte IDH, Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, Sentencia de Reparaciones y Costas, 27 de febrero de 2002, párrafo 60. En el mismo sentido, Caso Cantoral Benavides vs. Perú, Sentencia de Reparaciones y Costas, 3 de diciembre de 2001, párrafo 40; Caso Cesti Hurtado vs. Perú, Sentencia de Reparaciones y Costas, 31 de mayo de 2001, párrafo 35; Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Sentencia de Reparaciones y Costas, 26 de mayo de 2001, párrafo 62; y Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, Sentencia de Reparaciones y Costas, 22 de febrero de 2002, párrafo 38. Un estudio en profundidad sobre este tema, véase en Nash Rojas, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998-2007)*, Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2009.

realizarse conforme a los estándares internacionales y no al derecho interno.<sup>37</sup> Asimismo, en su más reciente jurisprudencia, precisamente en un caso respecto de Chile, la Corte IDH precisa que es deber de los Estados proveer de los medios legales e institucionales que permitan a las personas afectadas reclamar la reparación, señalando que existe una vinculación entre el deber de reparar y el derecho de las víctimas de acceder a la justicia.<sup>38</sup>

La obligación de reparar es directamente aplicable en el sistema normativo nacional frente al incumplimiento de obligaciones internacionales, ya que la Constitución (artículos 5 y 6) se remite al DIDH como fuente normativa frente a las violaciones de derechos humanos consagradas en instrumentos internacionales. Esta remisión es independiente de la posición sobre la jerarquía de los tratados de derechos humanos vigentes en Chile (supralegal o constitucional), pues cualquiera sea la postura que se adopte en la materia, se hacen inaplicables las normas civiles que impidan la reparación bajo estándares internacionales, ya que esto implicaría un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado.

En el debate que se ha generado en torno a la procedencia de la acción de indemnización respecto de violaciones de los derechos humanos cometidas en la dictadura militar, la sentencia comentada se sitúa en la tesis incorrecta, al sostener la prescriptibilidad de la acción indemnizatoria. Esta resolución constituye un retroceso para el cumplimiento de la obligación de reparar violaciones de los derechos humanos y para el reconocimiento jurisprudencial de que el baremo de la responsabilidad del Estado en este ámbito se encuentra en el DIDH y no en la normativa civil común.

### **3. Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en el derecho interno**

Otro debate que ha estado presente en Chile en los últimos años es el del derecho a consulta de los pueblos indígenas, en el marco del Convenio 169 de la OIT. Comentábamos en la reseña de jurisprudencia correspondiente al período 2011-2012, que las cortes de apelaciones habían señalado que los instrumentos de participación contemplados en la legislación nacional medioambiental, no satisfacían los estándares del Convenio 169 de la OIT en materia de consulta

---

37 Corte IDH, Caso La Cantuta vs. Perú, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2006, párrafo 200.

38 Corte IDH, Caso García Lucero y otras vs. Chile, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 28 de agosto de 2013, párrafo 182.

previa.<sup>39</sup> Sin embargo, en la línea opuesta a estos pronunciamientos y a los estándares internacionales, en 2013, en el análisis de constitucionalidad de una ley que modificaba la regulación de la pesca y acuicultura,<sup>40</sup> el Tribunal Constitucional señaló:

Que lo anterior resulta esencial de tener presente (jerarquía infraconstitucional de los tratados de derechos humanos en Chile según la tesis del Tribunal Constitucional), pues si bien este mismo Tribunal, en sentencias recaídas en los roles N<sup>os</sup>. 309 y 1050, ha calificado al artículo 6<sup>o</sup> del Convenio 169 de la OIT, que consagra el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, como una *norma autoejecutable o self-executing*, ello debe conciliarse con la modalidad abierta con que están redactadas, en general, las normas de los tratados internacionales, *lo que posibilita diversas interpretaciones de aplicación, en el derecho interno*, de los parámetros conceptuales que ellas contienen [...]

Que en esa dirección esta Magistratura desea señalar que esa necesidad urgente de regular el procedimiento de consulta se debe hacer en el marco de los claros criterios establecidos respecto de su vigencia, jerarquía, naturaleza jurídica y características, enunciados en sentencia de 4 de agosto de 2000 (Rol 309) y luego reiterados en sentencia de 24 de junio de 2011 (Rol 1988). Ahí se precisó que se trata de una consulta diversa a la prevista en la Ley Indígena; que no implica ejercicio de la soberanía; que no importa una negociación obligatoria *sino una forma de recabar opinión*; que no tiene carácter vinculante ni afecta las atribuciones privativas de las autoridades constitucionales. Finalmente, se destacó que resultaba plenamente compatible con la participación democrática que contempla el artículo 1<sup>o</sup> de la Constitución y la radicación del ejercicio de la soberanía prevista en su artículo 5<sup>o</sup>.<sup>41</sup>

---

39 A este tema nos referimos en Nash Rojas, Claudio y Núñez, Constanza, “Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile (2011-2012)”, en Bazán, Víctor y Nash Rojas, Claudio (eds. acad.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Pluralismo jurídico*, Bogotá, Universidad del Rosario, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Konrad Adenauer Stiftung, 2014, pp. 143-161.

40 “Modifica, en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y fiscalización, la ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la Ley 18.892 y sus modificaciones” (Boletín 8.091-21).

41 Tribunal Constitucional, Solicitud de declaración de inconstitucionalidad de las modificaciones a la ley de pesca, rol 2.387-2012, 23 de enero de 2012, párrafos 10 y 12.

El Tribunal Constitucional en este ámbito parece olvidar que frente a múltiples interpretaciones posibles de una norma, se debe preferir aquella que de mejor forma dé efectividad a los derechos (principio *pro persona* y efecto útil de la interpretación) y permita el cumplimiento de los compromisos internacionales del Estado de Chile (buena fe internacional). En cuanto a los límites de la regulación de la consulta es superficial el estándar que fija, ya que si bien la consulta no otorga un derecho a veto, en ningún caso es “una forma de recabar opinión”. Hay consenso en que este debe ser un proceso serio y destinado a tener resultados. Además, existe hoy un cierto cuerpo de principios mínimos que deben ser respetados al regular la consulta y que van más allá de lo que plantea el Tribunal Constitucional chileno. Así lo ha señalado la Corte IDH:

La Corte ha establecido que para garantizar la participación efectiva de los integrantes de un pueblo o comunidad indígena en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado *tiene el deber de consultar, activamente y de manera informada*, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones, en el marco de una comunicación constante entre las partes. Además, las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener *como fin llegar a un acuerdo*. Asimismo, se debe consultar con el pueblo o la comunidad, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. Asimismo, el Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo o de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto. Por último, la consulta *debe tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo o comunidad para la toma de decisiones*. El incumplimiento de esta obligación, o la realización de la consulta sin observar sus características esenciales, *comprometen la responsabilidad internacional de los Estados*.<sup>42</sup> (énfasis añadidos)

En definitiva, el Tribunal Constitucional nos vuelve a sorprender con una sentencia que no solo ratifica su peregrina tesis sobre la jerarquía de los derechos contenidos en los tratados de derechos humanos, sino que cuando desarrolla algún derecho, lo hace en forma errada.

---

42 Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 27 de junio de 2012, párrafo 177.

## IV. CONCLUSIONES

Durante el período estudiado se registran avances normativos y jurisprudenciales. Los primeros están centrados en corregir deficiencias normativas y reglamentarias que creaban situaciones que afectaban los derechos humanos.

En la jurisprudencia constitucional nos encontramos con una línea interesante de profundización de la protección de personas que se encuentran en situación de discriminación (privados de libertad y migrantes), pero se aprecian problemas en el alcance que está dando el Tribunal Constitucional chileno a la protección de los pueblos indígenas. En el mismo sentido de las preocupaciones se encuentra la sentencia de la Corte Suprema en materia de reparación de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura.

Como estamos acostumbrados y decíamos hace un año, pequeños avances, para grandes desafíos.

## BIBLIOGRAFÍA

AGUILÓ, Pedro, MILOS, Catalina y NASH ROJAS, Claudio, *Personas privadas de libertad y medidas disciplinarias en Chile: análisis y propuestas desde una perspectiva de derechos humanos*, Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2013.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 20.680*, Santiago de Chile, s. f.

Centro de Derechos Humanos, *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2010*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales.

Corte de Apelaciones de Santiago, Caso Raquel Fernández Silva con Fisco de Chile, rol 113-2005, de 12 de noviembre de 2008.

Corte de Apelaciones de Santiago, Caso Sandra Morales con Departamento de Extranjería y Migración, rol 19-2013, de 21 de enero de 2013.

Corte de Apelaciones de Santiago, Caso Marín Anguita y otros con Ministerio del Interior y otros, rol 351-2013, de 9 de marzo de 2013.

Corte de Apelaciones de Valdivia, Caso Instituto Nacional de Derechos Humanos con Gendarmería de Chile, rol 8-2013, de 13 de marzo de 2013.

Corte IDH, Caso Cantoral Benavides vs. Perú, Sentencia de Reparaciones y Costas, 3 de diciembre de 2001.

Corte IDH, Caso Cesti Hurtado vs. Perú, Sentencia de Reparaciones y Costas, 31 de mayo de 2001.

- Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Sentencia de Reparaciones y Costas, 26 de mayo de 2001.
- Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, Sentencia de Reparaciones y Costas, 22 de febrero de 2002.
- Corte IDH, Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, Sentencia de Reparaciones y Costas, 27 de febrero de 2002.
- Corte IDH, Caso La Cantuta vs. Perú, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2006.
- Corte IDH, Caso Vélez Loo vs. Panamá, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2010.
- Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 27 de junio de 2012.
- Corte IDH, Caso García Lucero y otras vs. Chile, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 28 de agosto de 2013.
- Corte Suprema, Caso Josefa del Carmen Martínez y otros con Fisco de Chile, rol 6.049-2005, de 27 de diciembre de 2006.
- Corte Suprema, Caso Álvaro Corbalán Castilla y otros con Fisco de Chile, rol 6.308-2007, de 8 de septiembre de 2008.
- Corte Suprema, Caso Rudolph Müller con Fisco de Chile, rol 2.152-2007, de 28 de octubre de 2008.
- Corte Suprema, Caso Basclay Zapata Reyes, rol 5.132-2008, de 14 de octubre de 2009.
- Corte Suprema, Caso Margarita del Carmen Nilo Suazo con Fisco de Chile, rol 254-2009, de 27 de abril de 2011.
- Corte Suprema, Caso Colegio Médico Eduardo González con Fisco de Chile, rol 10.665-2011, de 21 de enero de 2013.
- Corte Suprema, Caso Defensoría Penitenciaria del Bío Bío con Gendarmería de Chile, rol 4.321-2013, de 2 de julio de 2013.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe anual 2012 - Situación de los derechos humanos en Chile*, Santiago de Chile.
- IRARRÁZABAL, Paz y NASH ROJAS, Claudio, “Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile (2009-2010)”, en BAZÁN, Víctor y NASH ROJAS, Claudio (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la constitución*, Montevideo, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Konrad Adenauer Stiftung, 2011.
- IRARRÁZABAL, Paz y NASH ROJAS, Claudio, “Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile (2010-2011)”, en BAZÁN, Víctor y NASH ROJAS, Claudio (eds.), *Justicia*

*constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad*, Bogotá, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Konrad Adenauer Stiftung, 2012.

LATHROP, Fabiola, "(In)constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno", *Revista Ius et Praxis*, vol. 16, núm. 2, pp. 147-184.

NASH ROJAS, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998-2007)*, Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2009.

NASH ROJAS, Claudio, *Responsabilidad internacional del Estado en la jurisprudencia internacional y la experiencia chilena*, Santiago de Chile, Thomson Reuters y Abeledo-Perrot, 2013.

NASH ROJAS, Claudio y NÚÑEZ, Constanza, "Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile (2011-2012)", en BAZÁN, Víctor y NASH ROJAS, Claudio (eds. acad.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Pluralismo jurídico*, Bogotá, Universidad del Rosario, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Konrad Adenauer Stiftung, 2014.

Tribunal Constitucional, rol 1.340-2009, de 29 de noviembre de 2009.

Tribunal Constitucional, Solicitud de declaración de inconstitucionalidad de las modificaciones a la ley de pesca, rol 2.387-2012, 23 de enero de 2012.

Tribunal Constitucional de Chile, Caso Daniel Alerte con Subsecretario del Ministerio del Interior y otros, rol 2.273-2012, de 4 de julio de 2013.

WILLIAMS, Joan, "Igualdad sin discriminación", en FACIO, Alda y FRÍES, Lorena (eds.), *Género y derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999.



## Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile (2013-2014)

Claudio Nash Rojas\*

Constanza Núñez\*\*

### I. INTRODUCCIÓN

En años anteriores, hemos dado cuenta de la progresiva incorporación de estándares internacionales de derechos humanos para la resolución de casos en jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia y el Tribunal Constitucional (en adelante TC). Pese a los avances sustantivos en casos de derechos económicos, sociales y culturales, y de grupos en situación de discriminación, las divergencias jurisprudenciales respecto al rol de los tratados internacionales como baremo de constitucionalidad y su incorporación sustantiva eran una constante en el debate. Las dificultades prácticas en la incorporación de los tratados sobre derechos humanos en el razonamiento judicial se encontraban fuertemente influenciadas por la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos.

Sin embargo, en el último período (2013-2014), esta tendencia parece revertirse. Si bien no podemos hablar de la existencia de un “cambio de paradigma” en la jurisprudencia constitucional ni de un giro en el debate sobre la jerarquía, hay tres sentencias que comentaremos en este informe y que dan cuenta de un avance hacia la incorporación plena de los conceptos ‘bloque de constitucionalidad’ y ‘control de convencionalidad’ en la jurisprudencia chilena, así como de la utilización de herramientas de interpretación propias del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Estos avances confirman las posibilidades normativas que ofrece el derecho chileno y que permiten incorporar de manera sustantiva el DIDH, mejorando y ampliando la protección. En este sentido,

---

\* Nota del ed.: Sus referencias curriculares aparecen en el trabajo localizado en la segunda parte de este libro.

\*\* Nota del ed.: Sus datos curriculares figuran en el trabajo inmediatamente anterior al presente.

en esta oportunidad daremos cuenta de un panorama general acerca del estado actual de la jurisprudencia en materia de incorporación del DIDH, asunto que permanece en el centro del debate nacional y que se renueva al avanzar hacia mejores formas de integración del DIDH y el derecho interno.

Además de estos avances jurisprudenciales, hay cambios normativos en cuanto a los derechos de los pueblos indígenas que son relevantes para aproximarse al reconocimiento de una sociedad que se hace cargo de las particularidades culturales.

## II. LEGISLACIÓN RELEVANTE PROMULGADA EN EL PERÍODO

### 1. Derechos políticos

El 3 de mayo de 2014 entró en vigencia una relevante reforma constitucional en materia de derechos políticos. La Ley 20.748<sup>1</sup> incorporó al artículo 13 de la Constitución Política una demanda exigida por la sociedad civil desde hace muchos años:<sup>2</sup> otorgar la posibilidad de sufragar en las elecciones nacionales a los ciudadanos que se encuentran fuera del país. El actual inciso 3 del artículo 13 señala:

Los ciudadanos con derecho a sufragio que se encuentren fuera del país podrán sufragar desde el extranjero en las elecciones primarias presidenciales, en las elecciones de Presidente de la República y en los plebiscitos nacionales. Una ley orgánica constitucional establecerá el procedimiento para materializar la inscripción en el registro electoral y regulará la manera en que se realizarán los procesos electorales y plebiscitarios en el extranjero, en conformidad con lo dispuesto en los incisos primero y segundo del artículo 18.

De esta forma, el Estado de Chile garantiza –en condiciones de igualdad– el ejercicio del derecho a sufragio, cumpliendo con sus obligaciones constitucionales e internacionales. En el año 2011, el Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares había recomendado al Estado de Chile “retomar las iniciativas ya emprendidas con miras a permitir que

---

1 Ley 20.748, “regula el ejercicio del sufragio de los ciudadanos que se encuentran fuera del país”, 3 de mayo de 2014.

2 Véanse, por ejemplo, las campañas desarrolladas por las agrupaciones Corporación Voto Ciudadano o Chilenos Sin Voto.

los emigrantes chilenos que trabajan en el extranjero puedan ejercer su derecho a voto en las elecciones organizadas en el Estado”.<sup>3</sup>

Pese a este notable avance, quedan desafíos pendientes en materia de derechos políticos y participación. Un ejemplo de ello es que persiste el impedimento de que las personas privadas de libertad ejerzan su derecho a sufragio. El artículo 16 de la Constitución Política establece como limitación del derecho a voto el hallarse una persona acusada de delito que merezca pena aflictiva o de delito que la ley califique como conducta terrorista. En su informe del año 2012, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) expresó su preocupación indicando que esta norma vulnera el principio de inocencia, puesto que se establece una pena que no es el resultado de un proceso jurisdiccional.<sup>4</sup> Por su parte, quienes estén acusados de un delito o condenados a una pena privativa de libertad menor a tres años y un día, en teoría están habilitados para ejercer su derecho a sufragio, pero, en la práctica, no se les permite votar por una interpretación restrictiva del servicio electoral, que indica que no es posible incorporar mesas especiales de votación.<sup>5</sup>

Respecto de las restricciones del derecho a sufragio, la Corte IDH ha señalado que “los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo con los principios de la democracia representativa”.<sup>6</sup> En este sentido, el debate debe abrirse hacia el cuestionamiento de la razonabilidad de la restricción. El Estado es garante de los derechos de las personas privadas de libertad y, como tal, debe establecer las condiciones para que puedan gozar y ejercer sus derechos en condiciones de igualdad. Garantizar el derecho a sufragio, como ha indicado el INDH, constituiría una manera de visibilizar socialmente y canalizar los problemas que sufren internos e internas. Además de ser una medida de garantía de los derechos políticos, el acceso al sufragio podría colaborar en la generación de iniciativas para superar los problemas estructurales que afectan a ese grupo de la población.<sup>7</sup>

---

3 Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *Observaciones finales: Chile*, 2011, CMW/C/CHL/CO/1, párr. 49.

4 Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe anual 2012 - Situación de los derechos humanos en Chile*, Santiago de Chile, 2012, p. 146.

5 7º Juzgado de Garantía de Santiago, Resolución de Audiencia de 22 de agosto de 2013, RUC 1310024568-4 RIT 5-2013.

6 Corte IDH, Caso Yatama vs. Nicaragua, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de junio de 2005, Serie C, núm. 127.

7 Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe anual 2013 - Situación de los derechos humanos en Chile*, Santiago de Chile, 2013, p. 49.

## 2. Derechos de los pueblos indígenas

El derecho a consulta, consagrado en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, se ha transformado en uno de los pilares del Convenio y en una de las herramientas más importantes de los pueblos indígenas para influir sustancialmente en las decisiones políticas, jurídicas y administrativas que sean susceptibles de afectarlos directamente. Diversos países de la región, entre los que se encuentra Chile, han comenzado a crear mecanismos para implementar el derecho a consulta a través del diseño de reglamentos o leyes que especifican cómo se debe llevar a cabo.

En el caso de Chile, la consulta había sido reglamentada a través del D.S. 124 de 2009,<sup>8</sup> pero el decreto había sido fuertemente criticado por su falta de conformidad con los estándares internacionales.<sup>9</sup> En su reemplazo, en marzo de 2014 se publicó el Decreto 66,<sup>10</sup> que surge como resultado de un largo proceso de discusión sobre institucionalidad indígena, iniciado en marzo de 2011, y uno de sus objetivos principales es desarrollar aquellos conceptos que el Convenio 169 de la OIT utiliza de forma genérica y que requieren ser precisados de acuerdo con la realidad jurídica nacional para darles una correcta aplicación. De esta forma, se regula la oportunidad en que debe hacerse la consulta y el procedimiento que deberá seguirse cuando se adopte una medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. Sin embargo, este nuevo decreto ha sido ampliamente criticado por su falta de legitimidad de origen basada en la escasa representación de los pueblos indígenas en la mesa de consenso y la omisión de una “consulta sobre la consulta”.<sup>11</sup>

8 Ministerio de Planificación, Decreto Supremo 124, “que reglamenta el artículo 34 de la Ley 19.253 a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas”, Santiago de Chile, 4 de septiembre de 2009.

9 La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en el año 2010, indicó al Estado de Chile que este reglamento no satisfacía los estándares en materia de consulta (OIT, Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones, solicitud directa a Chile, 2010. Disponible en: <<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/attachments/article/736/2011-oit-ceacr-solicitud-directa-chile.pdf>>.

10 Ministerio de Desarrollo Social, Decreto 66, “aprueba reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6, num. 1, letra a) y num. 2 del Convenio num. 169 de la Organización Internacional del Trabajo y deroga normativa que indica”, marzo de 2014.

11 Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2014: diligencia debida, proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos indígenas y comunidades indígenas concernidas*, Santiago de Chile, 2014, pp. 217-220; Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe Misión de Observación Mesa de Consenso Indígena*, Santiago de Chile, 2013.

El Relator Especial sobre derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, consultado sobre esta normativa, destacó que este reglamento era un importante punto de partida hacia la necesaria regulación interna del deber de consulta. Sin embargo, indicó que el texto presentaba ciertas deficiencias y debía ser revisado.<sup>12</sup> Si bien varias de sus recomendaciones se incorporaron en la versión final del reglamento, persistieron algunos aspectos que no se ajustan a los estándares internacionales sobre el deber de consulta.

Uno de los puntos sustantivos más controvertidos del nuevo reglamento es la definición de las medidas que deben ser consultadas, específicamente el concepto ‘afectación directa’. En el nuevo reglamento, se establece como estándar que la medida debe causar un impacto significativo y específico (artículo 7). La cualidad de ‘significativo’ es un término que tiene un significado particular en la legislación ambiental (y se relaciona con hipótesis en que normalmente se requiere el consentimiento de los pueblos indígenas), por lo que su uso podría llevar a una interpretación restrictiva o distorsionada de los criterios de consulta.<sup>13</sup> Asimismo, resulta cuestionable que la obligación de realizar la consulta sea facultativa para los organismos constitucionalmente autónomos (artículo 4), ya que la obligación de garantizar el derecho de consulta, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso Sarayaku, implica “el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos”.<sup>14</sup>

Sin embargo, hay ciertos aspectos incorporados al reglamento de consulta que permiten –en conjunto con la inclusión de estándares internacionales– que su aplicación práctica pueda satisfacer el deber de consulta a través de su interpretación en casos específicos. Por ejemplo, la inclusión del principio de buena fe (artículo 9) y de la necesidad de realizar la consulta a través de procedimientos apropiados (artículo 10) incorpora principios desarrollados en el DIDH y otorga herramientas para interpretar el reglamento de conformidad con el Convenio.

---

12 *Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas James Anaya en relación con el documento titulado: “Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio num. 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, Chile, 2012. Disponible en: <<http://unsr.jamesanaya.org/docs/special/2012-11-29-unsr-comentarios-a-propuesta-reglamento-consulta-chile.pdf>>.*

13 *Ibid.*, párr. 46.

14 Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 27 de junio de 2012, Serie C, núm. 245, párr. 166.

Por ejemplo, si bien el reglamento establece plazos para la realización de la consulta (artículo 17), indica que el procedimiento debe ser aplicado con flexibilidad en atención a las particularidades de los pueblos indígenas consultados (artículo 10), lo que permite adecuarlo a las necesidades e intereses de estas comunidades.

En este sentido, tal como indica el Relator Especial James Anaya, la efectividad del reglamento y su debida aplicación dependerán, en última instancia, de su interpretación e implementación práctica en casos específicos,<sup>15</sup> y para ello resultan aplicables los principios desarrollados en el DIDH. En efecto, realizar la consulta previa conforme a los estándares que fija el Convenio 169 de la OIT es deber de toda autoridad pública; por tanto, la autoridad administrativa encargada de ejecutar la consulta está obligada a interpretar e implementar los decretos referidos, de conformidad con los estándares fijados por el Convenio 169 y la jurisprudencia internacional. La omisión de esta aplicación conforme traerá consigo la judicialización de los casos y su eventual reenvío al sistema internacional.<sup>16</sup> Esto es lo que la Corte Interamericana ha denominado ‘control de convencionalidad’, que no es otra cosa que la aplicación de buena fe de la normativa internacional.

### III. RESEÑA JURISPRUDENCIAL

#### 1. Bloque de constitucionalidad

Desde un punto de vista normativo, hemos sostenido que la noción de ‘bloque de constitucionalidad’ puede ser aplicada en Chile, pues, desde la reforma de 1989 al inciso 2 del artículo 5° de la Constitución, se amplía la base normativa en materia de derechos fundamentales, incluyendo las normas y principios del DIDH, así como la jurisprudencia de los órganos de protección.<sup>17</sup> Como consecuencia de la discusión acerca de la jerarquía de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales, en Chile surgen dos posibilidades de uso del bloque de

---

15 Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas James Anaya, *op. cit.*, párr. 6.

16 Sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT en los tribunales de justicia en Chile, véase Bustamante, Minda, Nash Rojas, Claudio y Núñez, Constanza, *Derechos humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT*, Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2014.

17 Nash Rojas, Claudio, *Derecho internacional de los derechos humanos. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2012.

constitucionalidad. Si se acepta la tesis de la constitucionalización de los derechos contenidos en los tratados de derechos humanos vigentes en Chile, el bloque de constitucionalidad es útil para complementar estos derechos con otros elementos, principalmente la jurisprudencia internacional sobre estos; esta sería una concepción *lato sensu* de la noción de 'bloque'. En cambio, si no se acepta la tesis de la constitucionalización, el bloque operaría como un instrumento útil para traer a la Constitución formal aquellos derechos consagrados internacionalmente con todo su acervo normativo y jurisprudencial; esta sería una noción *stricto sensu* del 'bloque'.

En el informe del año 2009 destacábamos que el Tribunal Constitucional había dado plena aplicabilidad a la noción de 'bloque de constitucionalidad' a través de la utilización de derechos que no se encuentran consagrados en la Constitución como parámetro de constitucionalidad.<sup>18</sup> En dicho caso, sobre la base de disposiciones contenidas en tratados internacionales, se dispuso que una norma del Código Civil que establecía restricciones para la determinación de la filiación era contraria al derecho a la identidad.<sup>19</sup> Si bien en dicha oportunidad el Tribunal Constitucional no se refirió expresamente a la noción 'bloque de constitucionalidad', lo que hizo fue precisamente aplicarla para complementar la Constitución formal con derechos que no se encuentran consagrados en el catálogo constitucional.

En mayo de 2014, el Tribunal Constitucional consolida esta aproximación a través de la utilización del bloque de constitucionalidad y la referencia a sus posibilidades de aplicación en el ordenamiento jurídico chileno. En este caso, el recurrente solicitaba la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 5, incisos 1 y 3, del Código de Justicia Militar (que fijan la competencia de la justicia militar), por estimar que eran contrarios, entre otros, a su derecho a las garantías judiciales y protección judicial, vulnerando los estándares fijados en la jurisprudencia interamericana en el caso *Palamara vs. Chile*,<sup>20</sup> donde la Corte IDH indicó que la justicia militar solo puede investigar, procesar y sancionar la afectación de bienes jurídicos relacionados con la función castrense.

Para resolver el asunto, el Tribunal Constitucional parte de una consideración fundamental: que la incorporación de los derechos humanos consagrados

---

18 Irarrázabal, Paz y Nash Rojas, Claudio, "Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile (2009-2010)", en Bazán, Víctor y Nash Rojas, Claudio (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución*, Montevideo, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Konrad Adenauer Stiftung, 2011.

19 Tribunal Constitucional, Sentencia de 29 de noviembre de 2009, rol 1.340-2009.

20 Corte IDH, Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 22 de noviembre de 2005, Serie C, núm. 135.

en tratados internacionales a través de la noción de bloque de constitucionalidad puede realizarse, ya sea considerando los derechos de fuente internacional como parámetro de constitucionalidad o como elemento interpretativo a partir del mandato del artículo 5 de la Constitución Política de la República:

Que en la fundamentación del requerimiento se ha invocado el mandato constitucional del artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Política, que consagra el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. En la especie, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; [...]

Que, entonces, la significación de tales derechos en los referidos instrumentos no puede desatenderse en el presente juzgamiento, *sea que se estime su aplicación directa como norma fundante del bloque constitucional de derechos, sea que se entienda su contenido como una referencia o elemento interpretativo determinante en la plena acepción de los derechos involucrados que reconoce la Constitución Política.*<sup>21</sup>

Esta interpretación dada por el Tribunal Constitucional reafirma que, con independencia de la tesis que se adopte acerca de la jerarquía de los derechos de fuente internacional, estos constituyen un parámetro para realizar el control de constitucionalidad, ya sea como elemento interpretativo o como normas fundantes del bloque, lo que da plena aplicabilidad al bloque de constitucionalidad en Chile.

Otro aspecto relevante de la sentencia es que incorpora la jurisprudencia de la Corte IDH en el momento de realizar un análisis sustantivo del contenido y alcance de los derechos violados: “Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *intérprete auténtico de la aludida convención*, ha sentado jurisprudencia en orden a que la justicia militar carece de jurisdicción sobre intervinientes civiles y que solo puede investigar y sancionar la afectación de bienes jurídicos relacionados con la función castrense”.<sup>22</sup>

Esta aproximación del TC permite consolidar una idea de bloque de constitucionalidad compuesto por los derechos de fuente nacional e internacional y la jurisprudencia de los organismos de protección, pero, además, da posibilidades

---

21 Tribunal Constitucional, Sentencia de 6 de mayo de 2014, rol 2.493-2013, considerandos 6 y 7 (énfasis añadido).

22 *Ibid.*, considerando 8 (énfasis añadido).



efectivas al TC de realizar un control de convencionalidad que cumpla con los estándares fijados por la Corte IDH.

Finalmente, cabe destacar que en el momento de declarar la inaplicabilidad, el TC entiende vulnerado directamente el artículo 8 de la Convención Americana, lo que significa que la norma se utilizó directamente como parámetro de constitucionalidad:

Que, a la luz de tales antecedentes, no cabe duda que la aplicación conjunta de los preceptos impugnados provoca una vulneración de los derechos a ser oído por un juez competente, a la publicidad del proceso y a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, con transgresión de los preceptos contenidos en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 19, num. 3, de la Constitución Política de la República.<sup>23</sup>

El efecto útil de la idea de un bloque de constitucionalidad radica en que el conjunto de normas incorporadas a nuestra legislación son efectivas en cuanto sirven no solo como parámetro de constitucionalidad de las leyes, sino también como elemento hermenéutico e integrador ante una legislación incompleta. Estas herramientas otorgan un poderoso impulso dinamizador a la protección de los derechos fundamentales, favoreciendo la adaptación histórica de las constituciones a nuevas realidades sociales y políticas.

Esta aproximación del TC permite superar el estancamiento que se evidencia en la jurisprudencia cuando el debate permanece en la jerarquía de los derechos humanos de fuente internacional. Además, la interpretación del TC acerca de los alcances y funciones del bloque en nuestro ordenamiento jurídico permite ampliar la protección (incorporación de derechos que no se encuentran consagrados en la Constitución), mejorarla (cuando utilizamos los derechos de fuente internacional y la jurisprudencia como herramienta hermenéutica) y cumplir con las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado.

## 2. Control de convencionalidad

Pese a que en la jurisprudencia chilena podemos identificar ejemplos de ejercicio del control de convencionalidad, principalmente en casos relacionados con violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos ocurridas en la dictadura,<sup>24</sup> este ejercicio había sido implícito, en el sentido de que no se habían

<sup>23</sup> *Ibid.*, considerando 9.

<sup>24</sup> Núñez, Constanza, *Control de convencionalidad: teoría y aplicación en Chile*, Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho de la

especificado las bases normativas ni se había desarrollado una “doctrina” sobre el control de convencionalidad. Esta tendencia se revierte en el año 2013, cuando la Corte Suprema se refiere expresamente al deber de los jueces y las juezas de realizar el control de convencionalidad.<sup>25</sup>

Esta sentencia corresponde a la 9031-2013,<sup>26</sup> en que a la Corte Suprema le tocó determinar si se cumplían los requisitos para otorgar la extradición de un ciudadano boliviano que era requerido por la República Argentina. La defensa del requerido alegó que no se cumplía con los requisitos del artículo 449 del Código Procesal Penal, al no existir fundamento serio para conceder la extradición, al omitirse la asistencia consular al imputado y al haberse realizado una detención irregular.

Al analizar el requerimiento, la Corte Suprema inicia su argumentación refiriéndose a la obligación de los jueces y las juezas de realizar control de convencionalidad, desarrollando extensamente su concepto, función y fundamento. En primer lugar, se refiere al rol del juez respecto del respeto y garantía de los derechos humanos:

*Que efectivamente todo juez está llamado a efectuar un control de respeto y efectiva vigencia de las garantías fundamentales de los imputados que comparecen ante él, en todos los trámites previos de la actuación policial, como de investigación, instrucción y juicio, además de prestarles reconocimiento y eficacia en sus determinaciones. Es el control de constitucionalidad y convencionalidad.<sup>27</sup>*

La Corte Suprema reconoce de esta forma que la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos en el proceso es labor del juez y que esto se concreta a través del control de constitucionalidad y de convencionalidad. Luego, indica que el control de convencionalidad es una obligación que emana de los compromisos internacionales que ha asumido el Estado en materia de derechos humanos:

---

Universidad de Chile, 2014.

25 Hasta la fecha de término de esta investigación, solo se identifica una sentencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema que desarrolla expresamente esta doctrina. Si bien hay otras sentencias que se refieren a esta temática, la alusión al control de convencionalidad se encuentra en el razonamiento de los jueces y las juezas al emitir votos disidentes. Véase, por ejemplo, Corte Suprema, Sentencia de 17 de diciembre de 2013, rol 12.418-2013, voto disidente del ministro Sergio Muñoz.

26 Corte Suprema, Sentencia de 19 de noviembre de 2013, rol 9.031-2013.

27 *Ibid.*, considerando 12 (énfasis añadido).

La función que le corresponde a los jueces nacionales en este control, en el ámbito interno de los países y en el juzgamiento de los conflictos particulares que conocen, deben velar por el respeto y efectiva vigencia de la garantía que importa el reconocimiento de los derechos humanos como estándar mínimo que deben concretar los Estados por el hecho de ser partes del sistema internacional. Lo anterior constituye una *obligación consustancial al ejercicio de la jurisdicción* y en nuestro país es parte de la función conservadora de que están investidos todos los tribunales, especialmente sus instancias superiores. La consecuencia inmediata es la obligación de observar los derechos previstos en la Carta Política, *en los tratados internacionales, en el derecho internacional consuetudinario y ius cogens*, dándole aplicación directa a sus disposiciones, como profundizar su contenido mediante una interpretación que atienda a los motivos, objeto y fin de las disposiciones y principios que las inspiran, de manera sistemática conforme a las circunstancias de contexto y específicas del caso [...].<sup>28</sup>

Acá, la Corte Suprema hace dos precisiones que nos parece relevante destacar: en primer lugar, indica que la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos es consustancial al ejercicio de la jurisdicción, lo que da cuenta de que el control de convencionalidad es la concretización del mandato de garantía para toda autoridad pública. En segundo lugar, no solo reconoce como parámetro de convencionalidad los derechos consagrados en los tratados internacionales (se refiere tanto a la CADH como a los tratados sin distinción), sino también la costumbre internacional y las normas de *ius cogens*. Esta última afirmación es importante pues confirma que el fundamento del contenido del parámetro de convencionalidad está en su configuración sustancial como límite a la actividad del Estado, conformando un *corpus iuris* de protección.

Finalmente, la Corte Suprema desarrolla los elementos que conforman, en su concepción, el juicio de convencionalidad:

Los aspectos centrales del control de convencionalidad comprenden: a) Considerar *todo el sistema de fuentes del derecho*, tanto en sus aspectos sustantivos, procesales e interpretativos vinculados a los derechos y garantías fundamentales, conforme a lo dispuesto en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; b) Actividad que está relacionada con los presupuestos de validez y necesaria efectividad de las determinaciones que se pronuncien, de lo contrario generan responsabilidad internacional del Estado, por lo cual corresponde desarrollarla *de oficio dentro de sus competencias*, en aspectos procesales y sus-

---

<sup>28</sup> *Idem* (énfasis añadido).

tantivos, otorgándole a las normas nacionales e internacionales sobre derechos humanos un libre, pleno e igualitario efecto que *no sea anulado por aplicación de otras normas jurídicas contrarias al objeto y fin* de aquellas, adoptando para ello todas las medidas necesarias, y c) Reconocer a los *tribunales nacionales que son el garante natural, principal y primero que es llamado a reprimir, privando de valor y eficacia a los actos contrarios a los derechos fundamentales*, en que los órganos jurisdiccionales internacionales tienen en la materia un carácter supletorio, subsidiario y complementario.

Lo anterior se desprende especialmente de lo dispuesto en los artículos 1°, 5°, 6°, 7° y 19 de la Constitución Política de la República, como de los artículos 1°, 8°, 25, 66, 67 y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2°, 5° y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados Internacionales.<sup>29</sup>

La Corte Suprema incorpora todos los elementos que conforman el juicio de convencionalidad en la jurisprudencia interamericana y agrega otras precisiones. Pese a que no hace referencia expresa al valor de la jurisprudencia internacional como parámetro de convencionalidad, sí se refiere a que este parámetro está compuesto por “todas las fuentes del derecho”, que, en virtud del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, incorpora las resoluciones judiciales como medio auxiliar de la determinación de las reglas de derecho. En cuanto a otros elementos, resulta relevante destacar que la Corte Suprema hace alusión a la necesidad de que el control de convencionalidad se realice tanto respecto de aspectos sustantivos como procesales, pues le da un efecto útil como mecanismo de garantía, considerando que la vulneración de aspectos procesales también puede implicar una vulneración de derechos humanos. Finalmente, la Corte Suprema indica que el control de convencionalidad es una labor primaria de los tribunales nacionales, lo que confluye con la idea de una protección multinivel en materia de derechos humanos.

En el caso concreto en que la Corte Suprema incorporó estos razonamientos, desestimó los argumentos de la defensa, indicando que respecto del requerido de extradición no se habían vulnerado las garantías alegadas.

Teniendo claro que este constituye el primer caso en que la Corte Suprema se refiere expresamente a la obligación de que los jueces nacionales realicen el control de convencionalidad, no es posible sostener que exista una “doctrina” de la Corte Suprema respecto al contenido y alcance al respecto. Sin embargo, considerando que estos razonamientos provienen de la máxima magistratura

---

<sup>29</sup> *Idem* (énfasis añadido).

del país, que incorporan todos los elementos del juicio de convencionalidad y que se incluye expresamente la base normativa para su ejercicio, nos encontramos ante un escenario fértil para el progresivo desarrollo de esta doctrina en la jurisprudencia de la Corte Suprema y de los demás tribunales nacionales.

### 3. Interpretación e incorporación del DIDH

La tercera sentencia que queremos comentar constituye un hito para la profundización del camino hacia una justicia constitucional que integre la protección de derechos humanos de fuente nacional e internacional. En la sentencia que reseñamos a continuación confluyen tres elementos que, a nuestro parecer, son fundamentales para robustecer la protección de derechos humanos en nuestro país: aplicación directa de normas de fuente internacional, ejercicio de control de convencionalidad y aplicación de herramientas de interpretación propias del DIDH.

En el informe anterior,<sup>30</sup> decíamos que en materia de reparaciones por violaciones de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Suprema había marcado un grave retroceso al declarar que las acciones para exigir la reparación prescriben conforme a las reglas generales del Código Civil. Sin embargo, esta tendencia se revierte en el año 2013 y la Corte Suprema reconoce acertadamente que “tratándose de violación a los derechos humanos la fuente de la responsabilidad civil no se encuentra en el Código Civil aplicable a las relaciones entre particulares o de éstos contra el Estado en el plano interno sino en principios y normas del derecho internacional de derechos humanos”.<sup>31</sup> Para llegar a esta afirmación, la Corte Suprema desarrolla una extensa argumentación que incorpora herramientas propias de la interpretación en materia de derechos humanos y que finalmente tiene por resultado acoger las pretensiones de reparación e indemnizar a las víctimas de violaciones de derechos humanos.

En primer lugar, la Corte Suprema sitúa la problemática en el contexto en que se ocasionan los daños cuya reparación se solicita: violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos constitutivas de crímenes de lesa humanidad. Esto es de vital importancia porque permite a la Corte sostener que la acción indemnizatoria deducida en autos por los demandantes “no es de simple naturaleza patrimonial, como lo afirman los recurrentes, porque los hechos específicos

30 En esta misma obra, véase el trabajo inmediatamente anterior al presente.

31 Corte Suprema, Sentencia de 4 de septiembre de 2013, considerando 3. Un análisis completo de esta sentencia en Nash Rojas, Claudio, “La responsabilidad internacional del Estado por violaciones a los derechos humanos”, *Revista de Derecho Público*, núm. 79, 2013, pp. 261-267.

que la sustentan [...] insertos en un contexto mayor de violaciones a los derechos humanos conforman crímenes contra la humanidad del todo distintos de los fines y valores de la responsabilidad patrimonial de carácter civil, contractual o extracontractual”.<sup>32</sup> La consideración de las finalidades de las normas es relevante en este tipo de casos, puesto que la naturaleza de la acción indemnizatoria civil (que solo considera ámbito patrimonial) es diversa a la pretensión reparatoria por violaciones de los derechos humanos, ya que esta última no solo tiene el foco en la víctima, sino que también –en conjunto con la condena penal– cumple una función de sanción, disuasión, prevención, reparación y restablecimiento del orden internacional quebrantado, tal como lo reconoce la propia Corte Suprema en su considerando quinto.

Luego de aclarada la naturaleza de la acción, la Corte Suprema indica cuál es la base normativa que se debe aplicar en este tipo de casos, sosteniendo que la fuente de la obligación de reparar se encuentra en el DIDH. Para esto, hace referencia a la recepción del DIDH en el ámbito interno: “El derecho de las víctimas y de sus familiares a recibir la reparación compensatoria correspondiente implica la reparación de todo daño que les haya sido ocasionado, lo que se posibilita con la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno Chileno, conforme lo dispuesto en el recordado artículo 5º de la Constitución Política”.<sup>33</sup> En este sentido, reconoce el carácter consuetudinario de las normas de los artículos 1.1 y 63 de la CADH, y que por imperativo del artículo 6 de la Constitución Política, el tribunal nacional debe descartar la aplicación de las normas que no se conformen o sean contrarias a la Constitución (considerando octavo). De esta manera, la Corte Suprema realiza un control de convencionalidad al aplicar preferentemente el sistema normativo de origen internacional con el objeto de hacer compatible su resolución con las obligaciones que impone la CADH. Esto la lleva a sostener que “la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícito queda sujeta a reglas de derecho internacional, las que no pueden ser incumplidas a pretexto de hacer primar disposiciones de derecho interno”.<sup>34</sup>

Un aspecto relevante en el fallo es el uso del artículo 5 de la Constitución Política. La sentencia que se comenta da fuerza normativa a la Constitución para resolver el caso, a través del uso del artículo 5 inciso 2. Su razonamiento parte de señalar: “Dichas reglas [origen internacional] deben tener aplicación preferente en nuestro régimen jurídico, al tenor del artículo 5º de la Constitución Política

---

32 *Ibid.*, considerando 3.

33 *Ibid.*, considerando 5.

34 *Ibid.*, considerando 6.

de la República, por sobre aquella normativa de orden jurídico nacional que posibilitaría eludir las responsabilidades en que ha incurrido el Estado chileno”.<sup>35</sup>

Luego, fija las consecuencias de una interpretación contraria a las obligaciones de origen internacional:

Son, por otra parte, reflexiones congruentes con las normas y principios del Derecho Internacional Penal y de Derechos Humanos vigentes que si dejan de aplicarse a casos en que están llamadas a regir se produce su infracción acorde con la citada regla del artículo 5º de la Constitución Política de la República, que junto con reconocer el carácter vinculante de los instrumentos de Derecho Internacional, establece que “*el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”. Disposición constitucional que coloca a tales derechos sobre la soberanía y el deber del Estado de respetarlos y promoverlos, no solo aquellos establecidos en la Constitución sino que todos los que forman parte del acervo cultural de la humanidad (Comisión de Estudios de la Nueva Constitución de 1980, sesión Nº 203), entre los que también ha de entenderse el de obtener una indemnización íntegra como la reclamada en estos autos.<sup>36</sup>

Consecuencialmente, el artículo 5 -base de la institucionalidad- pasa a ser una norma aplicable en la resolución del caso concreto, tanto en cuanto amplía la base normativa como al establecer un límite al intérprete (límite a la soberanía).

Por otra parte, el fallo recurre a los criterios hermenéuticos propios de los tratados de derechos humanos, señalando que dichas normas forman parte de un sistema que debe interpretarse en conjunto y que tienen por fin último la protección de la dignidad del ser humano (considerando quinto). En este sentido, se realiza una interpretación pro persona, al establecer que las disposiciones deben interpretarse de manera tal que den efectividad a los derechos humanos. Sobre la base de esta interpretación, la Corte sostiene que no pueden aplicarse las normas del Código Civil, pues “los conocidos fundamentos de seguridad y certeza jurídica que sustentan a nivel nacional la prescripción de situaciones pretéritas, no se avienen con la misión principal de los derechos humanos que es amparar la dignidad de la víctima, bien jurídico superior y permanente para la humanidad cuya infracción redobla el carácter criminal del ilícito y la obligación de reparar todos sus efectos”.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> *Ibid.*, considerando 13.

<sup>36</sup> *Ibid.*, considerando 5 (énfasis añadido).

<sup>37</sup> *Idem.*

Asimismo, merece ser destacado que para realizar este ejercicio hermenéutico, el fallo recurre de manera frecuente a la jurisprudencia de la Corte Interamericana. De esta forma, realiza un completo ejercicio de control de convencionalidad, tomando en consideración las normas internacionales y la jurisprudencia interamericana.

#### IV. CONCLUSIONES

Nos gustaría decir que estamos ante un “cambio de paradigma” en la protección de los derechos humanos en Chile, tal como se ha señalado en el caso de México por la inclusión constitucional y jurisprudencial del control de convencionalidad y el principio pro persona.<sup>38</sup> Sin embargo, los avances jurisprudenciales a que hemos hecho referencia se insertan en un contexto en el que aún es difícil sostener un giro hacia la plena operatividad del bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad en Chile.

Lo que sí es claro es que las sentencias reseñadas evidencian las posibilidades normativas que ofrece el sistema jurídico chileno para incorporar el DIDH y las consecuencias positivas que ello trae cuando se realiza de buena fe. Las consecuencias, como hemos indicado, son ampliar, mejorar y fortalecer la protección de las personas. Esperamos que esta sea la senda definitiva por la que transiten nuestros tribunales de justicia. Continuar este camino no solo tendrá las consecuencias descritas, sino que permitirá cumplir con las obligaciones internacionales del Estado y suplir los déficits normativos con que se enfrenta la realidad, a través de la integración e interpretación de las normas.

Continuar por este camino no es fácil. El reto que tienen los operadores y las operadoras de justicia y los juzgadores y las juzgadoras supone conocer los estándares internacionales, profundizar el desarrollo argumentativo y, por sobre todo, tomarse en serio su labor de garantes de los derechos humanos. En un adecuado ejercicio de incorporación del DIDH se juega gran parte de la legitimidad del sistema internacional de protección y fundamentalmente la integralidad de la protección. Los primeros llamados a ejercer el rol de garantes son los tribunales nacionales; si esta labor no es efectiva y no da respuestas frente a la violación de los derechos de las personas, el sistema internacional –con sus evidentes limitaciones– se transformará para los ciudadanos y las ciudadanas en una instancia más en la búsqueda de protección. Es abundante la doctrina que explica

---

38 Sobre esta materia, véase Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.



que en la actualidad estamos frente a un sistema de protección multinivel de los derechos humanos y un diálogo jurisprudencial entre las cortes nacionales y los tribunales internacionales de derechos humanos. El diálogo quedará vacío y solo existirá un nivel de protección, si se omite el ejercicio de control de convencionalidad en el ámbito interno.

## BIBLIOGRAFÍA

BUSTAMANTE, Minda, NASH ROJAS, Claudio y NÚÑEZ, Constanza, *Derechos humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT*, Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2014.

CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2014: diligencia debida, proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos indígenas y comunidades indígenas concernidas*, Santiago de Chile, 2014.

*Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas James Anaya en relación con el documento titulado: "Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo"*, Chile, 2012. Disponible en: <<http://unsr.jamesanaya.org/docs/special/2012-11-29-unsr-comentarios-a-propuesta-reglamento-consulta-chile.pdf>>.

Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *Observaciones finales: Chile*, 2011, CMW/C/CHL/CO/1.

Corte IDH, Caso Yatama vs. Nicaragua, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de junio de 2005, Serie C, núm. 127.

Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 22 de noviembre de 2005, Serie C, núm. 135.

Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 27 de junio de 2012, Serie C, núm. 245.

Corte Suprema, Sentencia de 4 de septiembre de 2013.

Corte Suprema, Sentencia de 19 de noviembre de 2013, rol 9.031-2013.

Corte Suprema, Sentencia de 17 de diciembre de 2013, rol 12.418-2013.

Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe anual 2012 - Situación de los derechos humanos en Chile*, Santiago de Chile, 2012.

- Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe anual 2013 - Situación de los derechos humanos en Chile*, Santiago de Chile, 2013.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe Misión de Observación Mesa de Consenso Indígena*, Santiago de Chile, 2013.
- IRARRÁZABAL, Paz y NASH ROJAS, Claudio, “Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile (2009-2010)”, en BAZÁN, Víctor y NASH ROJAS, Claudio (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución*, Montevideo, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Konrad Adenauer Stiftung, 2011.
- Ministerio de Desarrollo Social, Decreto 66, “aprueba reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6, num. 1, letra a) y num. 2 del Convenio num. 169 de la Organización Internacional del Trabajo y deroga normativa que indica”, marzo de 2014.
- Ministerio de Planificación, Decreto Supremo 124, “que reglamenta el artículo 34 de la Ley 19.253 a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas”, Santiago de Chile, 4 de septiembre de 2009.
- NASH ROJAS, Claudio, *Derecho internacional de los derechos humanos. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2012.
- NASH ROJAS, Claudio, “La responsabilidad internacional del Estado por violaciones a los derechos humanos”, *Revista de Derecho Público*, núm. 79, 2013, pp. 261-267.
- NÚÑEZ, Constanza, *Control de convencionalidad: teoría y aplicación en Chile*, Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2014.
- Organización Internacional del Trabajo, Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones, *Aplicación Convenio 169 OIT. Solicitud directa al Gobierno de Chile*, CEACR2010, 81ª. reunión, diciembre 2010. Disponible en: <<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/attachments/article/736/2011-oit-ceacr-solicitud-directa-chile.pdf>>.
- Tribunal Constitucional, Sentencia de 29 de noviembre de 2009, rol 1.340-2009.
- Tribunal Constitucional, Sentencia de 6 de mayo de 2014, rol 2.493-2013.

# Avances recientes de la jurisprudencia constitucional colombiana: entre el “diálogo interjudicial” y el encuadramiento jurídico-institucional del posconflicto

Humberto A. Sierra Porto\*  
Alejandro Ramelli Arteaga\*\*

## I. PRESENTACIÓN

Un análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, proferida en el curso de los dos últimos años, evidencia la existencia de dos grandes tendencias complementarias que, sin lugar a dudas, vienen impactando la estructura y el funcionamiento del Estado colombiano, muy especialmente de la Rama Judicial, así como la garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, en un escenario de posconflicto.

Así pues, la primera tendencia se incardina en el llamado “diálogo entre jueces”, entendido como “un proceso en el cual el juez nacional discute con el juez internacional acerca del sentido de una disposición convencional”<sup>1</sup>. Allí encontramos un conjunto de fallos relacionados con aspectos tales como: (i) el control de convencionalidad (SU-712 de 2013 y C-500 de 2014), (ii) la garantía de la doble instancia en materia penal (C-792 de 2014) y (iii) la Ley de Víctimas (C-438 de 2013). De igual modo, la jurisprudencia constitucional en materia de amparo contra providencias judiciales llevó a que, recientemente, el Consejo de Estado mudara su posición tradicional –en el sentido de declararla improcedente por regla general–, adecuándose de esta manera a los estándares internacionales.

A su vez, una segunda gran idea-fuerza se ve reflejada en aquellas sentencias de constitucionalidad relacionadas con el llamado Marco Jurídico para la Paz (C-579 de 2013 y C-577 de 2014), es decir, el Acto Legislativo 01 de 2012, con cuya adopción se persiguen diversos fines, tales como: (i) constitucionalizar diversos

\* Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia. Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

\*\* Abogado, Universidad Externado de Colombia; máster en Derechos Humanos, Universidad de París X, Nanterre; doctor en Derecho, Universidad de Salamanca.

1 Sudre, Frédéric (dir.), “Le dialogue des juges”, *Cahiers de l’IDEDH*, núm. 11, 2007, p. 7.

mecanismos de justicia transicional, (ii) fijar unos derroteros y unos límites al proceso de negociación con las FARC y (iii) ir preparando al país para enfrentar los retos del posconflicto en materia de administración de justicia y derechos de las víctimas.

Pasemos entonces a analizar los contenidos esenciales de las referidas tendencias, para finalizar con algunas perspectivas de los retos que deberá enfrentar la jurisprudencia constitucional en Colombia en los próximos años.

## II. SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD EMBLEMÁTICAS EN RELACIÓN CON EL “DIÁLOGO ENTRE JUECES”

Nogueira Alcalá<sup>2</sup> sostiene que la noción de diálogo interjudicial apunta a la existencia de un debate, de una controversia, de un intercambio de varios puntos de vista entre dos o más jueces nacionales, o producto de una vinculación del Estado a un determinado tratado internacional mediante el cual se crea un tribunal. Pues bien, aquel suele ofrecer una doble dimensión: sustantiva, en cuanto se refiere a la interpretación y aplicación de una norma convencional; y procesal, relacionada con mecanismos de articulación entre diversas jurisdicciones.

En tal sentido, por ejemplo, en materia de control de convencionalidad, la Corte Constitucional, en Sentencia SU-712 de 2013, consideró que la facultad que le otorga la Carta Política de 1991 al Procurador General de la Nación, es decir, a una autoridad administrativa para destituir funcionarios de elección popular, como es el caso de los alcaldes, gobernadores y congresistas, no desconoce el texto del artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto, es importante señalar que el juez de constitucionalidad, a lo largo de su sentencia, analizó detenidamente los diversos fallos proferidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos relacionados con las limitaciones válidas para el ejercicio de los derechos políticos, e igualmente, tal y como lo había hecho en Sentencia C-028 de 2006, interpretó el tratado internacional de forma dinámica, esto es, de conformidad con otros instrumentos internacionales posteriores, en este caso, referidos a la lucha contra la corrupción administrativa.

Por su parte, en la Sentencia C-500 de 2014, la Corte Constitucional insistió en que en el ejercicio del control de convencionalidad se debía tener en cuenta no solamente el tratado internacional, sino, además, la lectura que del mismo ha

---

2 Nogueira Alcalá, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, *Estudios constitucionales*, vol. 10, Santiago de Chile, 2012. Véase, igualmente, Suxe, Hervé, “La dimension objective du ‘dialogue des juges’”, *Cahiers de l’IDEDH*, núm. 11, *op. cit.*, p. 173.

hecho la Corte Interamericana, en tanto que “intérprete última de la Convención Americana”.

En relación con la garantía de la doble instancia en materia penal, la Corte, en Sentencia C-792 de 2014, declaró la inconstitucionalidad, con efectos diferidos por el término de un año, de las expresiones contenidas en los artículos 20, 32, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481 de la Ley 906 de 2004, en tanto omiten la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias. Lo anterior por cuanto el juez constitucional constató, por un lado, que se había configurado una inconstitucionalidad por omisión, incompatible con el derecho de toda persona a impugnar la sentencia condenatoria que le haya sido impuesta en un proceso penal y, por otro, que le correspondía al legislador diseñar los mecanismos para materializar y concretar este derecho fundamental en el escenario del proceso penal.

Con respecto a la primera de estas cuestiones, la Corte estimó que los preceptos impugnados omitieron la inclusión de un ingrediente normativo que resultaba indispensable desde la perspectiva constitucional, cual es la previsión de mecanismos de impugnación en todos aquellos casos en los que, en el marco de un proceso penal, se impone en la segunda instancia una condena por primera vez. La fuente de tal deber se encuentra en el artículo 29 de la Carta Política, interpretado de conformidad con el artículo 8.2. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De igual manera, estimó la Corte que la previsión de recursos extraordinarios, como ocurre con los recursos extraordinarios de casación o de revisión, o de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, no satisfacía las exigencias del derecho al debido proceso, habida cuenta de que la procedencia de estos medios de impugnación tiene claros límites materiales establecidos en la propia legislación, por lo que no es posible hacer uso de ellos para controvertir toda sentencia condenatoria en los asuntos planteados, es decir, cuando la persona ha resultado absuelta en primera instancia, pero condenada en segunda.

Por otra parte, en materia de la llamada Ley de víctimas (Ley 1.448 de 2011), la Sentencia C-438 de 2013 vino a complementar un conjunto de fallos de constitucionalidad-hito, adoptados en relación con los derechos a la verdad, la justicia y reparación de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario –DIH– (sentencias C-052 de 2012, C-253 de 2012, C-781 de 2012, entre otras).

En la referida Sentencia C-438 de 2013, la Corte partió de reconocer que si bien se encontraba ante el estudio de una normatividad adoptada en un “contexto de justicia transicional”, el diseño de tales medidas excepcionales y transitorias debía necesariamente ajustarse al marco constitucional vigente, y no lo contrario.

Finalmente, pero no menos importante, la jurisprudencia constitucional, constante sobre amparo contra providencias judiciales, condujo a que recientemente el Consejo de Estado modificara su postura tradicional –de declararla improcedente por regla general–, ajustándose de esta forma a los estándares internacionales.

En efecto, en Sentencia de 5 de agosto de 2014, en el asunto Alpina,<sup>3</sup> la Sala Plena del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia para acoger lo establecido por la Corte Constitucional en Sentencia C-590 de 2005 y, sobre todo, con el propósito de cumplir con los estándares internacionales en punto al derecho al debido proceso:

Precisamente, para evitar este tipo de acciones internacionales contra el Estado Colombiano y por la primacía de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, se acepta la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias jurisdiccionales, con el fin de restablecer de forma eficaz, el derecho fundamental vulnerado por alguna decisión judicial, armonizando así la Carta Política con la normativa internacional.

En conclusión, en los últimos años, el “diálogo entre jueces” se ha ampliado y profundizado en Colombia, gracias a la adopción de varios fallos emblemáticos de constitucionalidad.

### III. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL RELACIONADA CON EL “MARCO JURÍDICO PARA LA PAZ”

La historia reciente de un país podría ser reconstruida mediante la lectura de algunos fallos de constitucionalidad paradigmáticos. En efecto, así como la semblanza y las contradicciones del pueblo americano del siglo XX podrían ser entendidas analizando la sentencia *Brown vs. Board of Education* (1954), en temas de segregación racial, o la lucha por los derechos sexuales y reproductivos de la mujer en el asunto *Roe vs. Wade* (1973), las del pueblo colombiano necesariamente pasarían por la comprensión de las sentencias de constitucionalidad sobre el marco jurídico para la paz, esto es, una reforma constitucional encaminada a superar más de 50 años de conflicto armado interno.

Así, en la Sentencia C-579 de 2013, la Corte Constitucional avaló la esencia del Acto Legislativo 01 de 2012, considerando que esta no comportaba una “sus-

3 Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia de 5 de agosto de 2014, asunto Alpina, Rad. 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

titución” de la Carta Política de 1991, en consonancia con los estándares internacionales aplicables en la materia. De allí que fueran declarados, con algunos condicionamientos, los diversos mecanismos judiciales y extrajudiciales de justicia transicional contenidos en aquel. A manera de ejemplo, mencionemos la conformación de una comisión de la verdad para los casos no seleccionados, la imposición de penas no privativas de la libertad para determinados excombatientes, así como la adopción de una metodología de investigación criminal en contexto,<sup>4</sup> fundada sobre los conceptos de “máximos responsables” y “priorización de situaciones y casos”.<sup>5</sup>

Al respecto, importa señalar que el juez constitucional no estimó que esos instrumentos de justicia transicional desconocieran la obligación convencional de investigar y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario. Sin embargo, se condicionó su exequibilidad en un doble sentido: por una parte, a que determinados crímenes, dada su particular gravedad y entidad, necesariamente debían ser priorizados; por la otra, se estimó que las víctimas debían contar con un mecanismo para controvertir la decisión de no seleccionar su caso, es decir, se les garantizó la vigencia de su derecho de acceso a la administración de justicia.

Posteriormente, en Sentencia C-577 de 2014, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 3º del Acto Legislativo 01 de 2012, a cuyo tenor:

Una ley estatutaria regulará cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política. No podrán ser considerados conexos al delito político los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática, y en consecuencia no podrán participar en política ni ser elegidos quienes hayan sido condenados y seleccionados por estos delitos.

Para la Corte, en el contexto de la justicia transicional, el cual supone la adopción de medidas excepcionales justificadas en la búsqueda de la paz, la participación en política de actores del conflicto en el escenario del posconflicto resulta herramienta útil para la consolidación de la democracia y del régimen constitucional vigente desde la Carta Política de 1991.

De allí que el Tribunal Constitucional consideró que la norma acusada no configuraba una sustitución constitucional, en cuanto: (i) permite la participa-

---

4 Ramelli Arteaga, Alejandro, *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes - GIZ, 2012, p. 324.

5 Véase al respecto, Fiscalía General de la Nación, Directiva 01 de 2012 sobre priorización.

ción en política de quienes, como fruto de un proceso de paz, se desmovilicen y reincorporen a la sociedad civil; (ii) garantiza la participación en política de quienes sean considerados delincuentes políticos; y (iii) no desconoce, ni impide la satisfacción de derecho alguno de las víctimas del conflicto armado.

A manera de síntesis, se puede afirmar que las sentencias de la Corte Constitucional están llamadas no solo a orientar y limitar la labor del legislador estatutario, sino que, desde ya, están de cierta forma direccionando el rumbo de la negociación política entre el Gobierno y los representantes de las FARC en La Habana.

#### **IV. ALGUNAS PERSPECTIVAS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**

Tomando en consideración el contexto histórico que actualmente está viviendo Colombia, amén de las reformas constitucionales y legales que se vienen tramitando en el Congreso de la República, así como la constante evolución que conoce el orden jurídico internacional, es posible diseñar un breve bosquejo sobre los retos que deberá enfrentar, en los próximos años, nuestra jurisdicción constitucional.

Un primer reto estará vinculado con el tema del posconflicto. En efecto, de llegar a concretarse un acuerdo de paz con las FARC, la Corte se verá enfrentada al análisis de temas tales como los siguientes: (i) política agraria, (ii) sustitución de cultivos ilícitos, (iii) participación política de excombatientes, (iv) derechos de las víctimas, (v) mecanismos judiciales y extrajudiciales de justicia transicional, entre otros. Estas temáticas estarán presentes, de una u otra forma, en la ley estatutaria que desarrolle el Acto Legislativo 01 de 2012, así como en aquellas normas que ejecuten lo pactado entre el Gobierno y las FARC en La Habana.

Un segundo reto lo configura la llamada reforma constitucional que apunta a lograr un “equilibrio de poderes”, acto legislativo que avanza en la presente legislatura. Al respecto, es previsible la presentación de futuras demandas de inconstitucionalidad, sea por vicios de forma, o por los llamados materiales o de competencia. Lo cierto es que no parece del todo claro si se está en presencia de una verdadera reforma a la administración de justicia, o si se está ante un conjunto de ajustes al sistema de pesos y contrapesos, sin una orientación del todo evidente, trastocado desde la introducción de la reelección presidencial.

Un tercer reto guarda relación con el análisis de temas novedosos, sobre los cuales no existen claros y precisos estándares internacionales. Pensemos, por ejemplo, en los derechos de los animales. A decir verdad, no parece haberse cerrado en Colombia el debate en torno a la realización de corridas de toros.



Y un último reto, más local pero no menos importante, es el relacionado con el examen de figuras que trae el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) y, sobre todo, la manera en que actualmente las viene aplicando el Consejo de Estado. Así, por ejemplo, en materia de subsidiariedad de la tutela, algunas salas del Consejo de Estado estiman que las medidas cautelares que trae el CPACA son más eficientes y eficaces que la acción de tutela y, por ende, niega el amparo en temas relacionados con pensiones y traslados de funcionarios. Al mismo tiempo, no queda del todo claro si el concepto de ‘precedente’ que maneja el juez administrativo es igual que aquel de la Corte Constitucional. Otro tanto sucede con el concepto de ‘unificación de jurisprudencia’. En este último punto, el nuevo CPACA introduce la posibilidad de hacer obligatoria la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado, estableciendo el carácter vinculante de sus decisiones. En definitiva son muchas las expectativas de desarrollo jurisprudencial en las mencionadas temáticas.

## BIBLIOGRAFÍA

- Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia de 5 de agosto de 2014, asunto Alpina, Rad. 11001-03-15-000-2012-02201-01 (I). C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.
- Fiscalía General de la Nación, Directiva 01 de 2012 sobre priorización.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, *Estudios constitucionales*, vol. 10, Santiago de Chile, 2012.
- RAMELLI ARTEAGA, Alejandro, *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes - GIZ, 2012.
- SUDRE, Frédéric (dir.), “Le dialogue des juges”, *Cahiers de l’IDEDH*, núm. 11, 2007, p. 7.
- SUXE, Hervé, “La dimension objective du ‘dialogue des juges’”, *Cahiers de l’IDEDH*, núm. 11, 2007, p. 173.

## Comentario sobre jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica en cuanto a los derechos de los privados de libertad

Gilbert Armijo\*

En términos generales, el propósito de estas notas es desarrollar algunas sentencias de la Sala Constitucional, en las cuales se han potenciado los derechos de las personas privadas de libertad. En este sentido, se puede decir que la jurisprudencia de la Sala Constitucional en esta materia se ha destacado por tutelar el pleno goce de los derechos fundamentales de este tipo de población desde dos perspectivas: la primera, con respecto a ciertos casos individuales, donde se ha protegido, por ejemplo, la prohibición de realizar cualquier acto que atente contra su integridad física; y, la segunda, desde una óptica estructural, donde se ha protegido la obligación de las autoridades penitenciarias de impedir cualquier forma de hacinamiento en los centros de atención institucionales, así como el reconocimiento de los derechos al sufragio y a la visita íntima entre personas del mismo sexo.

Así, en la Sentencia 2013-11.401 de las 14:30 horas de 27 de agosto de 2013, la Sala Constitucional estimó un recurso de hábeas corpus planteado a favor de dos privados de libertad, quienes reclamaron que fueron agredidos por los guardas del Centro de Atención Institucional La Reforma. Acerca del particular, concluyó la Sala que se produjo un abuso de la fuerza por parte de las autoridades penitenciarias recurridas en perjuicio de la integridad física de los tutelados. Con ello se vulneró lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y se quebrantaron los deberes de la administración penitenciaria establecidos en las Reglas Mínimas de Tratamiento de los Reclusos, aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

De igual modo, en la Sentencia 2012-007.085 de las 11:31 horas de 25 de mayo de 2012, la Sala Constitucional declaró con lugar un recurso de amparo, donde el

---

\* Presidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

recurrente, quien se encuentra recluido en el Centro de Atención Institucional de San Rafael de Alajuela, alegó que dentro del centro hay un inspector de seguridad que se presenta constantemente al módulo donde se encuentra privado de libertad y, a manera de persecución policial, lo acosa de palabra y lo amenaza con trasladarlo a otro centro de mayor contención y peligrosidad. En esa ocasión se estimó el amparo por la violación de los derechos protegidos en los artículos 5.1., 7.1, 11.1 de la CADH, artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y artículo 33 de la Constitución Política.

Asimismo, en la Sentencia 2012-00778 de las 14:30 horas de 24 de enero de 2012, la Sala Constitucional estimó el recurso de hábeas corpus que se tramitó en el expediente 11-016725-0007-CO, interpuesto por un privado de libertad contra la directora a. i. y el jefe de seguridad del Centro de Atención Institucional La Reforma, por una situación particularmente violenta y grosera, pues el recluso argumentó que fue golpeado por oficiales de seguridad cuando pretendían buscar droga. Ante semejante situación, la Sala Constitucional declaró con lugar el hábeas corpus por la evidente vulneración de la integridad física del tutelado.

Ahora bien, como se expuso al inicio de esta nota, la Sala Constitucional ha dictado sentencias muy relevantes en el ámbito de protección de los derechos de los privados de libertad desde una perspectiva estructural, reconociéndoles, por ejemplo, su derecho al sufragio y, además, la posibilidad de obtener la visita íntima entre parejas del mismo sexo. También es notable el hacinamiento en los centros de atención institucionales.

De este modo, en la Sentencia 1.717-94 de las 12:06 horas de 8 de abril de 1994, la Sala Constitucional reconoció que todos los ciudadanos debidamente inscritos en el Registro Civil, tienen derecho a ejercer el sufragio, el cual es una función cívica primordial que se realiza ante las juntas electorales en votación directa y secreta (Constitución Política, artículo 93). En el supuesto de las personas privadas de libertad, ese derecho subsiste, a menos que la sentencia condenatoria les inhabilite para ejercer los derechos políticos (Constitución Política, artículo 91, inciso 2; Código Penal, artículo 57, inciso 3, y Fallo 179-92 de esta Sala, de las 09:31 horas de 24 de enero de 1992). Por esa razón, la administración penitenciaria tiene el deber de garantizar y respetar su libre ejercicio, mediante la creación de un sistema que asegure de manera efectiva que los internos cuyo derecho no resulte afectado por la sentencia, tengan la posibilidad de emitir su voto.

De esta forma, los privados de libertad gozan entonces de todos los derechos y las garantías contenidos en la Constitución Política, con excepción de aquellos que sean incompatibles con su estado de restricción de libertad, pues a pesar de que la pérdida de ella constituye la consecuencia principal de la sentencia impuesta, aún conservan los derechos inherentes a su condición de seres humanos

(véase Reglamento de Derechos y Deberes de los Privados y Privadas de Libertad, artículo 6º, y Resolución 179-92). Por ello, la administración penitenciaria tiene el deber de respetar y garantizar esos derechos, finalidad que solo puede plasmarse de manera efectiva, si se establecen las condiciones necesarias a fin de que su disfrute se adecue al estado de reclusión en que se encuentran estas personas. En consecuencia, es indispensable que se ponga en práctica un sistema que así lo permita, el que debe tomar en consideración las limitaciones que se derivan de la privación de libertad que sufren estos individuos, las que inevitablemente influyen en el normal ejercicio de esas garantías fundamentales, con el objeto de que así se establezcan los medios más idóneos para que los internos puedan gozar eficazmente –dentro de esas condiciones– de esos derechos.

Asimismo, en la Sentencia 2011-13.800 de las 15:00 horas de 12 de octubre de 2013, la Sala Constitucional resolvió la acción de inconstitucionalidad tramitada bajo el expediente 08-002849-0007-CO, planteada por la defensora pública Natalia Gamboa Sánchez, contra el artículo 66 del Reglamento Técnico Penitenciario (RTP), Decreto Ejecutivo 33.876-J. En esa oportunidad, la actora alegó que la norma impugnada, en cuanto estipulaba que “[l]a visita íntima es el ejercicio del derecho de la persona privada de libertad, al contacto íntimo con otra persona de su elección, que sea de distinto sexo al suyo, dentro de las restricciones que impone la prisionalización y el ordenamiento jurídico, en un marco de dignidad, respeto y crecimiento afectivo mutuo” (RTP, artículo 66), infringía los derechos protegidos en los artículos 24, 28 y 33 de la Constitución Política; los numerales 1.1, 5.1, 5.2, 11.1 y 24 de la CADH, 2.1 y 17.1 del PIDCP, y 2 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

En esa oportunidad, por mayoría se declaró con lugar la acción de inconstitucionalidad planteada por violación al principio de igualdad, y se anuló por inconstitucional la frase del artículo 66 del Reglamento Técnico Penitenciario, Decreto Ejecutivo 33876-J que establece lo siguiente: “que sea de distinto sexo al suyo”. De modo que reconoció el derecho a la visita íntima entre personas del mismo sexo, con la obligación de no realizar ninguna discriminación para este tipo de población.

Para finalizar, el hacinamiento en los centros de atención institucionales constituye, sin duda, otro asunto donde ha sido primordial la intervención de la Sala Constitucional. Encontramos un ejemplo en la Sentencia 2012-016.134 de las 09:05 horas de 27 de noviembre de 2012, en la que se resolvió el recurso de amparo tramitado bajo el expediente 12-011849-0007-CO, promovido contra el Centro de Atención Institucional La Reforma. En esa oportunidad, el recurrente alegó, en primer lugar, que las autoridades del centro penal no han cumplido con lo ordenado en la Sentencia 2012-011.765 de las 11:30 horas de 24 de agosto de

2012, relativa a las condiciones del ámbito C de ese centro, y, en segundo lugar, que en el ámbito D se presenta el mismo problema de hacinamiento, de tal modo que las personas privadas de libertad duermen en el suelo y el sistema eléctrico está en tan mal estado que hay riesgo de incendio. En dicha sentencia, la Sala Constitucional tuvo por demostrado lo siguiente:

HECHOS PROBADOS. De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos: 1) El ámbito D del Centro de Atención Institucional La Reforma tiene capacidad para 246 personas, pero se encuentran reclusas 490, por lo que, según cálculo realizado por la Dirección General de ese centro, hay un 98% de sobrepoblación (puntos 3 y 4 del informe conjunto de la Directora a.i. y del Director del ámbito D, ambos del Centro de Atención Institucional La Reforma). 2) El sistema eléctrico del ámbito D del Centro de Atención Institucional La Reforma está expuesto, por lo que hay múltiples conexiones ilegales (punto 2 del informe conjunto de la Directora a.i. y del Director del ámbito D, ambos del Centro de Atención Institucional La Reforma).

Por este motivo, se declaró con lugar el recurso de amparo, tras repasar algunos precedentes del Tribunal Constitucional en esta materia, entre ellos lo desarrollado en la Sentencia 2011-011.464 de las 11:03 horas de 26 de agosto de 2011 (relativa a los derechos fundamentales de los privados de libertad), así como en las decisiones 2011-008.906 de las 15:31 horas de 5 de julio de 2011, 2011-011.464 de las 11:03 horas de 26 de agosto de 2011, 2011-011.523 de las 12:02 horas de 26 de agosto de 2011, 2011-012.316 de las 11:57 horas de 9 de septiembre de 2011, 2011-013.912 de las 11:05 horas de 14 de octubre de 2011, 2011-017.237 de las 9:00 horas de 16 de diciembre de 2011, y 2012-01.075 de las 9:05 horas de 27 de enero de 2012. Acerca de este punto, he considerado necesario agregar un voto particular en dicha sentencia, en el sentido de tener como parte al “Ministro de Hacienda y ordenarle no efectuar recortes en el presupuesto de la Dirección General de Adaptación Social, hasta que se solucionen los graves problemas del sistema penitenciario que implican violaciones a los derechos humanos de los privados de libertad en todo ese sistema”.

En el aludido voto particular se impone entonces la obligación por parte del Ministerio de Hacienda de no efectuar recortes presupuestarios o de otra índole a la Dirección General de Adaptación Social, mientras no se supere el problema que ha tenido por demostrado la Sala Constitucional con respecto al hacinamiento en los centros de atención institucionales. Lo anterior, por cuanto es pública y notoriamente conocido que el sistema penitenciario nacional se

encuentra colapsado. La Sala ha ordenado reiteradamente a las autoridades del Ministerio de Justicia y Paz, así como a la Dirección General de Adaptación Social, solucionar la problemática de sobrepoblación y de infraestructura, así como la falta de recurso humano que imposibilita a los privados y privadas de libertad avanzar dentro de los programas institucionales, con el fin de reinsertarse en la sociedad. Sin embargo, la violación de los derechos fundamentales en las cárceles de nuestro país ha aumentado paulatinamente. De lo expuesto se desprende que la falta de contenido presupuestario, y demás limitaciones impuestas por el Ministerio de Hacienda, ha imposibilitado a la Dirección General de Adaptación Social contratar médicos, trabajadores sociales, psicólogos, otros especialistas y personal para atender las necesidades de los privados de libertad. Igualmente, no ha sido posible ampliar los centros de atención institucional existentes, o bien construir nuevos edificios. Tal orden de cosas ha generado la violación sistemática de los derechos básicos de los privados y privadas de libertad.

Del análisis de las sentencias anteriores es necesario rescatar que quienes se encuentran reclusos en los centros penales son también personas, con igual valor y dignidad que el resto de los miembros de nuestra sociedad. Si bien, por circunstancias de diversa índole, han visto limitada su libertad de tránsito, lo cierto es que continúan siendo titulares del resto de derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución Política, así como por los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos. De esta manera, para solventar un problema estructural como el planteado sobre el hacinamiento, se requieren medidas también estructurales, entre ellas, la obligación del Ministerio de Hacienda de no someter a la Dirección General de Adaptación Social a los mismos parámetros presupuestarios con los cuales valora a los demás entes y órganos del Estado; la Dirección General de Presupuesto Nacional no puede recortar o readaptar las partidas; el personal de adaptación social no puede dejar de ser sustituido, como tampoco se pueden afectar recortes a aquellos rubros destinados a satisfacer las necesidades primarias de la población penitenciaria.

Tales son, pues, algunos temas relevantes que se infieren de la jurisprudencia de la Sala Constitucional con respecto a los derechos de los privados de libertad.

## Avances en derechos sociales y casos relevantes en la justicia constitucional guatemalteca

Aylín Ordóñez Reyna\*

### I. ACTUALIDAD NACIONAL

Hacia finales de 2013 estaban por concluirse los dos primeros años de gobierno del presidente de la República Otto Pérez Molina, en una situación donde la población formulaba una serie de diferentes reclamos sociales.

Es de mencionar que el actual gobierno inició su gestión con una percepción bastante favorable de la población, con una aprobación de 82% a los 100 días de ejercer funciones, porcentaje que se redujo al 70% al año siguiente y al 48% a los 18 meses de gobierno.<sup>1</sup>

Al comienzo del gobierno de Otto Pérez Molina, la seguridad<sup>2</sup> era la principal solicitud que la población le formulaba; sin embargo, se fueron presentando una serie de factores que ocuparon un nivel de urgencia similar, tales como la situación económica, con un elevado costo de vida, empleos informales o bajos salarios, así como alto nivel de desempleo. Además, en lo que respecta a derechos sociales, aqueja una elevada desnutrición, hambrunas, falta de acceso a medicamentos o a servicios de salud.

---

\* Doctora en Derecho y magíster en Derecho Pluralista Público y Privado de la Universidad Autónoma de Barcelona; magíster en Derechos Humanos de la Universidad Rafael Landívar. Coordinadora de la Maestría de Derecho Constitucional de la Universidad y de Magistratura de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

1 Programa de Opinión Pública (POP), *Evaluación del segundo año de gobierno de Otto Pérez Molina*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, 2014, p. 5.

2 En Guatemala existe un elevado número de ataques contra la vida. Según la Policía Nacional Civil, entre 2012 y 2013 la tasa de homicidios por cada 100 mil habitantes fue de 34. El Instituto Nacional de Ciencias Forenses estima que la tasa varió de 40 a 39 entre los años citados, y para el Ministerio Público descendió de 39 a 36 (cf. De León Duque, Jorge Eduardo, Procurador de los Derechos Humanos, *Informe anual circunstanciado. Informe de situación*, Guatemala, Procuraduría de los Derechos Humanos, 2013, p. 30).

En cuanto a la seguridad ciudadana, si bien se ha venido implementando una reforma policial, lo que es un avance, aún falta bastante por hacer; al respecto puede mencionarse, por ejemplo, el número de agentes de la policía que en algunas regiones no alcanza a uno por cada mil habitantes, lo que está muy por debajo del estándar internacional de cuatro agentes por cada mil habitantes. Además, se ha cuestionado el involucramiento del Ejército<sup>3</sup> en la seguridad ciudadana porque ello no permite el fortalecimiento de la fuerza policial civil sino su debilitamiento, en contraposición con el papel fundamental que debe ocupar para la seguridad en tiempos de paz.<sup>4</sup>

La seguridad sigue siendo un aspecto por resolver pues afecta importantes ámbitos de la vida social, política y económica, donde la intervención del Ejército no ha representado un cambio significativo, sino que ha resultado perjudicial para el fortalecimiento de la Policía Nacional Civil y la atención de la conflictividad social.<sup>5</sup>

En el ámbito legislativo, el Congreso de la República realizó interpelaciones a ministros, lo que si bien constituye un adecuado mecanismo de control entre poderes estatales, no debe provocar imposibilidad de cumplir con la agenda legislativa. Al respecto se ha considerado que el Congreso “sufrió un importante desgaste frente a la ciudadanía, debido a la escasa producción legislativa y el entrapamiento provocado por el uso desmedido de la interpelación”.<sup>6</sup> Se produjeron interpelaciones que se prolongaron por meses y durante su realización no proseguía el debate legislativo. En el apartado de sentencias se analizará un fallo al respecto.

En cuanto a la justicia durante el año 2012, Guatemala ratificó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, lo que significa un gran avance para la investigación y sanción de los más graves crímenes, que podrán ser juzgados por el referido tribunal.

Adicionalmente, puede señalarse que: “La continuidad y fortalecimiento de procesos como la cooperación interinstitucional en la investigación criminal, los

---

3 Según el citado *Informe anual circunstanciado* del Procurador de los Derechos Humanos, 2013, de acuerdo con cifras oficiales del Ministerio de Gobernación, a finales de noviembre de 2013, 1.064 miembros del Ejército participaban en tareas de seguridad ciudadana, cifra superior a los 653 de 2012.

4 De León Duque, Jorge Eduardo, Procurador de los Derechos Humanos, *Informe anual circunstanciado. Situación de los derechos humanos de Guatemala*, Guatemala, Procuraduría de los Derechos Humanos, 2012, p. 22.

5 POP, *op. cit.*, p. 48.

6 Véase Asociación de Investigaciones y Estudios Sociales (ASIES), *Actualidad política. Revista de análisis político en Guatemala*, núm. 6, 2014, p. vii.



avances en la justicia especializada para las mujeres, la leve mejora en los presupuestos de algunas de las entidades del sistema –que sigue siendo insuficiente en el caso del Instituto de la Defensa Pública Penal–, son algunos signos positivos que destacaron en 2013 para el avance de la justicia en el país”, según lo indicado por el Procurador de los Derechos Humanos en Guatemala.<sup>7</sup>

Dos temas de relevancia en justicia fueron la extradición del expresidente Alfonso Portillo para ser juzgado en Estados Unidos de América y el juicio por el delito de genocidio seguido contra José Efraín Ríos Montt. Respecto del primero, se decidieron impugnaciones formuladas contra la orden de extradición. Al respecto, esta fue decretada por el Tribunal Quinto de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, a petición del Gobierno de Estados Unidos de América para juzgarlo, por su presunta participación en el delito de conspiración para realizar lavado de dinero, decisión que fue confirmada por la Sala Primera de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente. Luego de decididas las impugnaciones, esa decisión quedó en firme, al denegarse un amparo promovido contra la decisión que rechazó liminarmente un recurso de revisión ante la Corte Suprema de Justicia, y efectivamente se produjo la extradición en mayo de 2013.

El segundo caso mencionado se desarrollará en el apartado de sentencias que se presentará en la segunda parte de este informe.

En el siguiente apartado se citarán fallos relevantes en materia de protección de derechos sociales, económicos y culturales. En lo que respecta a casos de relevancia, se abordarán el juicio por genocidio contra José Efraín Ríos Montt y la interpelación en el Congreso de la República.

## II. ANÁLISIS DE CASOS

### 1. Amparos en materia de derechos económicos, sociales y culturales en los que supera el efecto personal y directo

En Guatemala, según la previsión contenida en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, ley constitucional que desarrolla lo referente a la promoción del amparo, así como su proceso jurisprudencial, para la presentación de esta garantía constitucional, se requiere la existencia de un agravio per-

---

7 De León Duque, Jorge Eduardo, *Informe anual circunstanciado*, 2013, *op. cit.*, p. 57.

sonal y directo y, por ende, las consecuencias del otorgamiento de la protección constitucional van dirigidas al reclamante.<sup>8</sup>

Tal ha sido la interpretación relativa al desarrollo de la garantía del amparo, en el cual se puntualizan aspectos como aquellos que imponen al postulante la indicación de los agravios que reprocha al acto reclamado, y en lo referente a los efectos de una sentencia de amparo se prevé que estos irán dirigidos a dejar en suspenso, en cuanto a él, lo gravoso que pueda resultar el acto reprochado.

A pesar de que en Guatemala no se prevé expresamente el amparo con efectos colectivos, se han presentado situaciones particulares tales como las ocurridas en los casos solicitados por el Procurador de Derechos Humanos,<sup>9</sup> en defensa de los intereses que le han sido encomendados, cuyos efectos se extienden a una colectividad afectada.

Otra situación que ha provocado que los amparos sean otorgados con efectos supraindividuales surge cuando una agrupación actúa en defensa de sus agraviados, lo que ha posibilitado el otorgamiento hacia el grupo que defiende esa entidad; así, pueden citarse acciones como la instada por asociaciones conformadas por personas con discapacidad contra la Municipalidad de la Ciudad de Guatemala, en reproche por la omisión de medidas en el transporte colectivo dirigidas a posibilitar el acceso de estas personas, así como la omisión de adoptar tales disposiciones en calles y construcciones públicas. En ese caso se ordenó a la comuna capitalina que en las nuevas construcciones que se realizaran, así como en las remodelaciones y reparaciones, tomara en cuenta el diseño de rampas o accesos para personas con discapacidad, y que en la compra de buses o autorizaciones a quienes prestan el servicio, se diera preferencia a aquellos que presentaran unidades que permitieran el fácil acceso de personas con discapacidad.<sup>10</sup>

---

8 Se ha considerado que esta afirmación sobre la existencia del agravio directo está contenida en la normativa de la ley que precisa en sus artículos 8º, 20, 22, 49, entre otros, los términos, sus derechos, afectado, la persona que solicita amparo, el reclamante, con lo que se ha entendido por vía jurisprudencial la necesidad de un solicitante o agraviado.

9 El Procurador de los Derechos Humanos, de conformidad con lo previsto en los artículos 274 y 275, es un comisionado del Congreso de la República para la defensa de los derechos humanos que la Constitución garantiza. Dentro de sus funciones se encuentran las de promover el buen funcionamiento y la agilización de la gestión administrativa gubernamental en materia de derechos humanos, denunciar comportamientos administrativos lesivos a los derechos de las personas, investigar denuncias planteadas por cualquier persona sobre violaciones de los derechos humanos, emitir censura pública por actos o comportamientos contra derechos constitucionales y promover acciones o recursos administrativos o judiciales en los casos en que sea procedente.

10 Esta acción de amparo contra la Municipalidad de Guatemala fue instada por la Asociación para el Desarrollo del Deporte de Personas con Discapacidad Vida, la Asociación Guatemalteca de Apoyo al Limitado Físico, la Asociación Esperanza en Movimiento, la Asocia-

Debe mencionarse que también se ha reconocido legitimación por vía del amparo a ciudadanos que acuden en ejercicio de esta garantía denunciando violaciones del sistema de selección e integración de órganos constitucionales o designación de funcionarios públicos; tal el caso de amparos promovidos reprochando vicios en la conformación de la Corte Suprema de Justicia, salas de la Corte de Apelaciones, designación de fiscal general y jefe del Ministerio Público (véanse sentencias dictadas en los expedientes 3.635-2009, 3.634-2009, 3.690-2009). Tal legitimación se ha viabilizado, al considerar que todo habitante del Estado tiene el deber de defender el mantenimiento del Estado de derecho. Al otorgarse el amparo, los efectos serán hacia la generalidad y no específicamente hacia el reclamante.

En el período 2012-2013, el Procurador de los Derechos Humanos presentó varias acciones constitucionales contra distintas autoridades administrativas, en las cuales se acoge la protección y sus efectos se extienden hacia el sector afectado de la población. De esa cuenta, se resaltan tres que, por sus efectos, poseen relevancia.

El primer caso fue el amparo instado contra el Presidente de la República y el Ministro de Salud Pública y Asistencia Social, en el que se reclamó contra la actitud de las autoridades impugnadas de no dotar al sector salud –que incluye a los hospitales nacionales San Juan de Dios y Roosevelt– de personal médico y paramédico, medicamentos en la cantidad y calidad necesarias y equipo básico, a efecto de que no exista interrupción del tratamiento y medicamentos de los pacientes que acuden a dichos centros asistenciales, así como de los recursos económicos para cumplir su función.

Este caso fue decidido en única instancia por la Corte de Constitucionalidad, la que tuvo por establecidos los hechos afirmados por el Procurador de los Derechos Humanos y, en consecuencia, consideró que en materia de salud, el Estado debía conservar los niveles adecuados, con tendencia obligatoria hacia la

---

ción Organización de Desarrollo Integral para la Mujer con Discapacidad y Bajos Recursos Económicos, la Asociación Colectivo Vida Independiente de Guatemala (ONG), la Asociación Guatemalteca de Espina Bífida, la Asociación Guatemalteca de Esclerosis Múltiple, la Asociación Coordinadora de Organizaciones de Personas con Discapacidad de Guatemala (ONG) y la Asociación Guatemalteca de Personas con Discapacidad.

La sentencia, de 25 de abril de 2007, acogió la protección instada y ordenó a la autoridad impugnada que en las nuevas construcciones, remodelaciones, ampliaciones de las aceras y paradas de autobuses se adoptaran medidas que tomaran en consideración el acceso de las personas con discapacidad. En la adquisición de nuevas unidades de transporte colectivo por parte de la municipalidad capitalina, se considerarían las que poseyeran elementos especiales para las personas indicadas; en cuanto a las concesiones que se autorizaran para la prestación del servicio de transporte colectivo, se debería dar preferencia a los propietarios de unidades que poseyeran alguna o varias de las características descritas con anterioridad.

progresividad de las condiciones mínimas de asistencia, y que la discontinuidad de tales prestaciones vulneraba el principio de no regresividad o de no retroceso social, consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Afirma que una vez reconocido un derecho y efectivizado su goce por medio de un servicio prestado por el Estado, se reconoce un estatus jurídico básico que no puede mermarse, porque el principio de no regresividad veda a las autoridades públicas la posibilidad de adoptar medidas o permitir que se desarrollen situaciones que reduzcan el nivel alcanzado por los derechos sociales y de las prestaciones de que goza la población.

Por lo anterior, la Corte otorgó el amparo y, por ende, estableció que las autoridades contra las que se reclamó –Presidente de la República y Ministro de Salud– debían adoptar las medidas administrativas efectivas que permitieran garantizar el acceso a la salud en los hospitales públicos, pero, además, vinculó al Ministro de Finanzas Públicas y al Congreso de la República para los efectos legales y económicos que fueran necesarios. También, ordenó a las autoridades impugnadas a informar en 15 días al Procurador de los Derechos Humanos la programación que se proponía asumir por cada uno de los obligados.<sup>11</sup>

En este caso, el fallo mencionado muestra varios aspectos que merecen ser resaltados: uno, el reconocimiento de la progresividad que debe darse en los derechos sociales, la prohibición de regresividad y, por ende, el reconocimiento que debía mantenerse de aquellos derechos. Otro aspecto de interés lo constituye el hecho de haber vinculado como terceros al Ministro de Finanzas Públicas y al Congreso de la República, a los que, a pesar de no haber sido llamados como autoridades cuestionadas sino como terceros con interés, se les impone la obligación de que garanticen los derechos que se denunciaron violados, por lo que en el ámbito de sus competencias debían desarrollar las medidas presupuestarias pertinentes o tomar las disposiciones legales que correspondiera. En este caso, los efectos del amparo son generales y no personales o directos.

Un segundo caso se produjo también a instancia del Procurador de los Derechos Humanos, cuando reclamó por la amenaza de que el seguro social suministrara a los afiliados que padecían enfermedades óseas, el medicamento vitamina “D” de marca diferente de la que se les había venido proveyendo, pues consideraba que el nuevo producto es de menor calidad.<sup>12</sup>

---

11 Expediente 3.501-2011, Sentencia de 24 de julio de 2012, dictada en amparo en única instancia. Disponible en: [www.cc.gob.gt](http://www.cc.gob.gt).

12 Expediente 2.054-2012, promovido por el Procurador de los Derechos Humanos contra la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Sentencia de 6 de febrero de 2013.

Adujo el reclamante que el seguro social se basó en el precio del nuevo producto adquirido y no en la calidad. La denuncia ante el Procurador fue promovida por el Presidente de la Asociación de Enfermos Renales, porque algunas personas con ese padecimiento podrían ser medicadas con el nuevo fármaco. La petición en el amparo consistía en que cesara la amenaza consistente en el suministro de un medicamento de mala calidad y se dejara en suspenso la compra que de este había efectuado el seguro social.

En primera instancia, el amparo fue denegado por una Sala de Trabajo y Previsión Social, por lo que al haberse apelado fue decidido en alzada por la Corte de Constitucionalidad. La Corte estimó que sería impropio que sin información individualizada sobre los pacientes y sin la correspondiente prescripción profesional se determinara el tipo de medicamento viable para quienes padecen enfermedades óseas, lo que rebasaría la esfera técnico-jurídica. Por ello se consideró que correspondía al seguro social asumir la responsabilidad de la calidad del producto según los criterios clínicos, comprobados en cada caso en lo individual, absteniéndose de suministrar, en los casos particulares, medicamentos que pusieran en riesgo la salud, sin que pudiera el tribunal prohibirle o circunscribirlo a la compra de determinado medicamento.

La protección se acogió y se le ordenó al seguro social que a aquellos pacientes a quienes se les proporcionaba el fármaco inicial se les continuara suministrando, si ellos mostraban su preferencia, pero que debía efectuar en cada caso la evaluación médica pertinente, con el objeto de preservar la vida y la salud.

La forma en que se decidió el caso resulta interesante, pues el seguro social deberá practicar exámenes médicos a los pacientes en cada caso y, así, establecer la viabilidad y pertinencia de proporcionar un medicamento u otro, pues no podía pensarse en una medicación en general para todo paciente que presentara determinada afección.

En Guatemala, las solicitudes de medicamentos específicos han sido muy analizadas, porque existen situaciones en las cuales los pacientes solicitan un producto específico, incluso precisan la casa farmacéutica que lo produce, aduciendo que otros de diferentes productores les provocan daños en su salud por ser de inferior calidad. Por esto, resulta interesante la afirmación de que un medicamento determinado o su prohibición rebasan la esfera jurídica, por lo que no sería aconsejable que el tribunal indicara que se provea o prohíba determinado medicamento, sino que dependerá del caso concreto y análisis particular del solicitante.

Por último, en lo referente a salud, de nueva cuenta fue formulada una petición por el Procurador de los Derechos Humanos contra el Ministro de Salud Pública y Asistencia Social, reprochándole la actitud omisa de diseñar e implementar políticas y programas para prevenir el cáncer cérvico-uterino.

Al formular la petición, se adujo que actualmente existe una vacuna que puede reducir en dos terceras partes el número de muertes por la enfermedad de cáncer cérvico-uterino. El amparo fue otorgado en primera instancia por la Corte Suprema de Justicia y confirmado por la Corte de Constitucionalidad.<sup>13</sup> Dentro de las estimaciones formuladas se consideró la necesidad en el sistema nacional de salud de implementar planes donde se incluyeran políticas públicas y estrategias nacionales para la prevención del cáncer cervical, creándose una partida presupuestaria que contara con fondos para el efecto.

En este caso, de nueva cuenta se obligó al Congreso de la República y al Ministro de Finanzas Públicas a asumir una función en orden a solucionar el problema, aunque en el caso analizado no habían sido vinculados estos sujetos específicamente, sino el Estado de Guatemala, y se observa que en esta interesante sentencia no solo se ordena a la autoridad cuestionada su cumplimiento, sino a otras autoridades, en el afán de viabilizar su ejecución.

En esta decisión también se aprecian efectos hacia las mujeres que puedan ser beneficiarias de los planes de salud descritos. Resulta de interés la cita de los casos anteriores, pues, como se afirmó al inicio de su presentación, los efectos del amparo en Guatemala se han considerado en forma personal, para el reclamante, y en estos casos se observa que se superan para un grupo de la población, vinculando a autoridades que no habían sido cuestionadas en el amparo para obligarlas a cumplir las decisiones y los efectos que se dan al amparo, en protección de los derechos sociales cuestionados.

## 2. El caso Ríos Montt

Definitivamente, el juicio seguido contra José Efraín Ríos Montt, a quien se le sindicó por el delito de genocidio y delitos contra los deberes de humanidad, ha sido el caso que ha generado mayor atención en los niveles nacional e internacional.

---

13 Expediente 4.048-2012, Sentencia de 23 de mayo de 2013. La sentencia ordena a la autoridad reclamada adoptar progresivamente las medidas efectivas que permitan al Estado de Guatemala garantizar a la población el derecho a la salud. En consecuencia, deberían implementarse en el sistema nacional de salud aquellos planes en los que se incluyan políticas públicas y estrategias nacionales para la prevención del cáncer cervical y el costo que tendría para el Estado asumirlos, creándose una partida presupuestaria en la que se cuente con fondos para el efecto. Se vinculó al Congreso y al Ministerio de Finanzas Públicas para los fines legales correspondientes. En seis meses se deberían implementar políticas públicas y estrategias nacionales para prevenir la enfermedad del cáncer cervical, incluyendo los estudios médico-científicos de la vacuna que prevenga el virus que ocasiona la enfermedad. Disponible en: [www.cc.gob.gt](http://www.cc.gob.gt).

Para referir ese juicio es necesario mencionar que Guatemala vivió un conflicto armado interno a partir de 1960, el cual se prolongó durante más de 36 años hasta la suscripción de los Acuerdos de Paz, el 29 de diciembre de 1996.<sup>14</sup>

Durante ese lapso se produjo una serie de violaciones de derechos humanos contra la población civil en diferentes áreas de Guatemala. Derivado de hechos ocurridos en el período relacionado se formuló un proceso penal contra José Efraín Ríos Montt y José Mauricio Rodríguez Sánchez. El primero se desempeñó como presidente de la Junta Militar de Gobierno, presidente de la República, ministro de la Defensa y comandante general del Ejército, cargos que ocupó sucesiva o simultáneamente entre el 23 de marzo de 1982 y el 8 de agosto de 1983.<sup>15</sup> El segundo actuó como jefe del Estado Mayor Presidencial del 23 de marzo de 1982 al 31 de julio de 1983. A ambos se les sindicó por los delitos de genocidio y delitos contra los deberes de humanidad.

El 10 de mayo de 2013, el Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente condenó a 80 años de cárcel a José Efraín Ríos Montt, por los delitos de genocidio y delitos contra los deberes de humanidad y absolvió al coprocesado.

Durante el trámite del proceso penal se promovieron varias acciones constitucionales de amparo, que reclamaban contra distintas decisiones adoptadas dentro de este y denunciaban violaciones del debido proceso; en una de ellas, José Efraín Ríos Montt señaló como acto reclamado la decisión que declaró sin lugar el recurso de reposición interpuesto contra la negativa de admitir para su trámite una solicitud de recusación formulada por su abogado defensor, acción en la cual se otorgó el amparo provisional.

Derivado del hecho de que el proceso penal prosiguió, aduciéndose incumplimiento del amparo provisional, se planteó una queja ante la Corte de Constitucionalidad,<sup>16</sup> que la acogió en Auto de 20 de mayo de 2013 y, en consecuencia, ordenó que el Tribunal de Amparo de primer grado asumiera las medidas para el cumplimiento de un amparo provisional otorgado con anterioridad, y anulara todo lo actuado en la fase del debate oral y público del proceso penal subyacente

---

14 Véase Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala (Minugua), *Proceso de negociación de la paz en Guatemala*, Guatemala, 2001.

15 Véase Sentencia de 10 de mayo de 2013, dictada por el Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Guatemala.

16 De conformidad con el artículo 72 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, si alguna de las partes estima que en el trámite y la ejecución del amparo el tribunal no cumple con lo previsto en la ley o lo resuelto en la sentencia, podrá ocurrir en queja ante la Corte de Constitucionalidad, para que, previa audiencia por 24 horas al ocurrido, resuelva lo procedente.

al amparo, a partir del 19 de abril de 2013, fecha en la que se notificó a la autoridad impugnada la orden de suspensión provisional.<sup>17</sup>

En el auto relacionado, de 20 de mayo de 2013, y el dictado el 27 del citado mes y año, la Corte de Constitucionalidad consideró que la autoridad ocurrida no dio cumplimiento a la suspensión provisional decretada y notificada, habiendo proseguido el proceso penal, por lo que el tribunal impugnado al no acatar la protección interina prosiguió el proceso sin haber dado trámite a la solicitud de recusación formulada; por esto, no se discutió la imparcialidad de los juzgadores cuestionados, siguiendo el debate hasta sentencia.<sup>18</sup>

Por ello, actualmente debe llevarse a cabo el debate para dictar una decisión en el proceso relacionado. Mientras llega la fecha de su inicio, la defensa ha planteado múltiples impugnaciones, dentro de las que se encuentra la relacionada con una ley de amnistía, recusaciones y diferentes mecanismos de defensa. Además se han producido inhibitorias de jueces y traslados a nuevas judicaturas.

Con relación a la aplicación de leyes de amnistía, es reiterada la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de la incompatibilidad de estas con la CADH. Así, puede citarse lo considerado en el caso *Gelman vs. Uruguay*, al dictar la Sentencia de Fondo y Reparaciones de 24 de febrero de 2011, en la que afirmó:

Las *leyes de amnistía*, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu del Pacto de San José, pues infringen lo dispuesto por sus artículos 1.1 y 2, es decir, en cuanto impiden la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos y, consecuentemente, el acceso de las víctimas y sus familiares a la verdad de lo ocurrido y a las reparaciones correspondientes, obstaculizando así el pleno, oportuno y efectivo imperio de la justicia en los casos pertinentes, favoreciendo, en cambio, la impunidad y la arbitrariedad, afectando, además, seriamente el Estado de derecho, motivos por los que se ha declarado que, a la luz del Derecho Internacional ellas carecen de efectos jurídicos.<sup>19</sup>

Sin embargo, en el caso concreto también se ha alegado lo relacionado con el tema. Se trata de un complejo proceso, pues los hechos que se reprochan implican delitos de lesa humanidad acaecidos durante el conflicto armado interno; y

17 Autos de recurso y aclaración dictados por la Corte de Constitucionalidad dentro del Expediente 1.904-2013, respectivamente, el 20 y el 27 de mayo de 2013. Disponibles en: www.cc.gob.gt.

18 Autos dictados en el Expediente 1.904-2013 de la Corte de Constitucionalidad.

19 Corte IDH, Caso *Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, num. 221, párrafo 226. Disponible en: www.corteidh.or.cr.



durante la dilación del proceso penal se han presentado múltiples mecanismos de impugnación, se han planteado garantías constitucionales en las distintas etapas del proceso –amparos e inconstitucionalidades en casos concretos– y se ha producido una serie de diferentes vicisitudes, encontrándose pendiente su decisión final.

En el primer semestre de 2014, estaban pendientes de ser resueltos aspectos de relevancia para proseguir y finalizar el proceso penal instado, y se esperaba su resolución a la mayor brevedad, permitiéndose la prosecución del proceso penal y su decisión final.

### **3. La interpelación de ministros ante el Congreso de la República**

Para finalizar la mención de fallos de relevancia en el período 2012-2013, reseño una acción de amparo instada contra el Congreso de la República por uno de sus diputados, en la que reclamaba contra la amenaza de que ese organismo no eligiera las comisiones legislativas dentro del plazo legal, y, por ende, se prolongaran en sus funciones los integrantes de esos cargos, ello por el aplazamiento de una interpelación realizada al Ministro de Cultura y Deportes, y, además, porque en ese momento se contaba con la petición de otras siete interpelaciones a diferentes ministros de Estado.

La Constitución prevé la interpelación a ministros y establece que este derecho de los diputados no podrá ser limitado; sin embargo, se produjo la situación de que se inició una interpelación dirigida al Ministro de Cultura y Deportes, el 30 de noviembre de 2012, y llegado el 5 de febrero de 2013 no concluía, aproximándose el momento en el cual debían conformarse las comisiones de trabajo de ese organismo por vencerse el período para el que habían sido electas las anteriores, por lo que en esta última fecha fue promovido un amparo por otro diputado al Congreso de la República.

Esa cuestión fue decidida por la Corte de Constitucionalidad en Sentencia de 7 de mayo de 2013,<sup>20</sup> considerando que existen funciones fundamentales en la Constitución con fechas o plazos que no pueden tornarse inanes por privilegiar excesivamente la función de la interpelación. Por esto, sin que ello implique menoscabar la efectividad de la función fiscalizadora conferida al Congreso de la República, en situaciones como las que se describen en ese fallo, se debe dar paso a permitir que el Estado funcione para garantizar sus propios fines, entre ellos, de manera preponderante, la seguridad jurídica de la nación. Entre los ca-

---

20 Sentencia de 7 de mayo 2013, dictada dentro del Expediente 464-2013. Disponible en: www.cc.gob.gt.

sos que citaron situaciones que debían posibilitarse, aun cuando se desarrollara una interpelación, se encuentran la facultad que corresponde al Congreso de la República de conocer de un estado de excepción decretado por el Presidente de la República, la instalación del Congreso de la República y elección de su Junta Directiva, la toma de juramento al presidente del organismo judicial y a magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el conocimiento de la renuncia del Presidente o Vicepresidente de la República o la posesión del Vicepresidente en caso de ausencia temporal o absoluta del Presidente.

De esa cuenta se estimó que el acto de interpelación para que coadyuvara con el Estado de derecho debía ceder un espacio para que se cumpliera con un mandato constitucional que tiene plazo y fecha determinados, constitucional y legalmente, para su cumplimiento; y luego de cumplido ese acto, de manera inmediata y sin interrupción podía proseguirse la interpelación hasta que esta culminara por voluntad del interpelante o los interpelantes, pues esa interrupción no debía provocar la finalización del ejercicio de la atribución fiscalizadora, sino que, al ser acordada en forma transitoria y por un tiempo razonable, permitiría que el organismo legislativo cumpliera con la preceptiva constitucional.

En este caso se realizó una labor interpretativa de los alcances de la interpelación, de manera que el derecho de realizarla no se viera lesionado, pero que no se incumpliera con mandatos constitucionales establecidos para el Congreso de la República.

### III. REFLEXIÓN FINAL

En este trabajo se han citado casos en los que se muestran avances en el reconocimiento de derechos sociales, así como aquellos que por su relevancia pueden resultar de interés y que aún se encuentran pendientes de proseguir y finalizar. Se ha puntualizado, además, que existen avances en la justicia, como los señalados al inicio en el *Informe Anual del Procurador de los Derechos Humanos* relacionados con la continuidad y el fortalecimiento de los procesos, así como la cooperación interinstitucional en la investigación criminal y justicia especializada a mujeres. Ahora bien, en este momento, Guatemala se encuentra próxima a un nuevo proceso de elección y nombramiento de diferentes autoridades fundamentales en la administración de justicia, el cual es indispensable que se realice con la mayor transparencia y se seleccione a las personas más idóneas para esos cargos, entre los que pueden mencionarse el fiscal general de la República, magistrados de la Corte Suprema de Justicia, magistrados de las salas de la Corte de Apelaciones, entre otros. Esta selección adecuada es de vital importancia para proseguir con el fortalecimiento del sistema de justicia.

En el ámbito legislativo pueden mencionarse importantes tareas pendientes, como la reforma a la Ley Electoral y de Partidos Políticos para promover la institucionalidad democrática y la participación social, con la debida antelación al proceso electoral, que deberá realizarse al finalizar el año 2015, y respecto de la que ha habido diferentes iniciativas de reforma, pero estas no han concluido con su aprobación final.

Por otra parte, una reforma también necesaria es a la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, promulgada en 1985, con un amplio afán proteccionista de los derechos humanos, con la regulación de un amparo que no admite ámbito que no sea susceptible de protegerse por su medio, pero que evidentemente a 29 años del inicio de su vigencia, muestra que deben introducirse modificaciones a efecto de evitar el uso indebido que se realiza del amparo, lo que puede provocar que en algunos casos en un mismo proceso se interpongan hasta diez o más, lo que prolonga el trámite de los procesos ordinarios.

Definitivamente, la finalidad de la reforma no tendría que ser restringir el ámbito de procedencia del amparo, pero su regulación sí debe ir dirigida a lograr esa efectiva protección sin que se utilice esta garantía constitucional como un recurso que pueda provocar demora o entorpecer lo actuado en la jurisdicción ordinaria.

## BIBLIOGRAFÍA

- Asociación de Investigaciones y Estudios Sociales (ASIES), *Actualidad política. Revista de análisis político en Guatemala*, núm. 6, 2014, p. vii.
- Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, num. 221, párrafo 226. Disponible en: [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr).
- DE LEÓN DUQUE, Jorge Eduardo, Procurador de los Derechos Humanos, *Informe anual circunstanciado. Situación de los derechos humanos de Guatemala*, Guatemala, Procuraduría de los Derechos Humanos, 2012.
- DE LEÓN DUQUE, Jorge Eduardo, Procurador de los Derechos Humanos, *Informe anual circunstanciado. Informe de situación*, Guatemala, Procuraduría de los Derechos Humanos, 2013.
- Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala (Minugua), *Proceso de negociación de la paz en Guatemala*, Guatemala, 2001.
- Programa de Opinión Pública (POP), *Evaluación del segundo año de gobierno de Otto Pérez Molina*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, 2014.

# Informe sobre la justicia constitucional en materia de derechos humanos en México

José Luis Caballero Ochoa\*

## I. CONTEXTO DE LAS SENTENCIAS EMPLEADAS

El modelo constitucional mexicano ha optado por un sistema de interpretación en relación con las normas de derechos humanos, para su ejercicio, aplicación, y resolución de tensiones y antinomias, a partir de la importante reforma constitucional de junio de 2011,<sup>1</sup> que ha marcado un hito en la forma de aproximación a las normas sobre derechos, especialmente las contenidas en tratados internacionales, así como en el sistema de justicia constitucional.

En este sentido, son previsiones centrales los dos primeros párrafos del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o Constitución), que establecen:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Los relativamente novedosos contenidos del artículo 1º de la Constitución han provocado una transformación en el sistema normativo, frente al que debe

---

\* Académico, investigador del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México.

1 Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 10 de junio de 2011.

leerse también ahora el artículo 133, relativo a las fuentes del derecho y tradicionalmente vinculado también a la supremacía constitucional,<sup>2</sup> porque se ha ido sustituyendo una interpretación tendiente a la predeterminación vertical de los órdenes normativos por una dimensión jurídica que enfatiza el contenido de las normas sobre derechos humanos (la primacía de los derechos humanos).

Como pieza de este nuevo entramado, y a partir de la habilitación de los tratados internacionales como parte del sistema nacional, el artículo 1º se encarga de situarlos en el ámbito normativo de la Constitución, mediante la conformación de un solo catálogo de derechos humanos, con independencia de su ubicación en el sistema de fuentes del derecho. Se trata de un modelo interpretativo que tiene su anclaje en el reconocimiento de que las normas sobre derechos humanos, en su carácter de mínimos, son remitidas para efecto de su ampliación a otros ordenamientos, teniendo como referentes para este ejercicio a la CPEUM y a los tratados, y cuyo propósito primordial es la integración, al establecer el contenido constitucional-convencional de los derechos.

Esta modificación constitucional ha coincidido con un par de avances desde el derecho internacional, que son de capital importancia, y que han impulsado también un cambio de paradigma en la forma de entender y aplicar el derecho. Por un lado, la trayectoria cada vez más consolidada de la doctrina del control difuso de convencionalidad, mandado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o Corte Interamericana), muy especialmente a cargo de los jueces, pero que corresponde a todos los operadores jurídicos nacionales. Por otro lado, la emisión de cuatro sentencias de la Corte IDH en contra del Estado mexicano,<sup>3</sup> en las que se precisaron obligaciones muy puntuales sobre el control de convencionalidad y el sentido de la interpretación tratándose de derechos humanos.

---

2 Establece: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

3 Caso Radilla Pacheco, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209; caso Fernández Ortega y Otros, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de agosto de 2010, Serie C, núm. 215; caso Rosendo Cantú y Otra, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2010, Serie C, núm. 216; y caso Cabrera García y Montiel Flores, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 220.

Fue a partir de esta conjunción de factores cuando en el ámbito jurisdiccional de último nivel se tomó una decisión muy importante: transitar de un modelo mayormente de control concentrado de constitucionalidad<sup>4</sup> a uno que incluyera también la posibilidad de que cualquier juez deje de aplicar una ley que determine inconstitucional (control difuso), lo que ya era compatible con el propio artículo 133, pero que fue una posibilidad negada durante años por vía de interpretación; incluso, al extender el monopolio del control concentrado por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o Suprema Corte), en detrimento de órganos de definitividad, como fue el caso del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en materia de derechos político-electorales.<sup>5</sup>

Otro aspecto destacado fue asumir, a partir de la reforma constitucional, el tránsito a una Décima Época del Semanario Judicial de la Federación; una nueva expresión jurisprudencial con fundamento en los derechos humanos, cuyo marco referencial también es la reforma constitucional en materia de juicio de amparo, de 6 de junio de 2011.

Las tres resoluciones elegidas –un trámite para establecer obligaciones al Poder Judicial sobre temas puntuales y dos sentencias– son importantes porque han marcado la ruta de desarrollo incipiente para clarificar y ejemplificar la interpretación conforme con la Constitución y los tratados internacionales, determinar el control difuso de constitucionalidad ante los nuevos contenidos constitucionales y definir un bloque integrado de derechos a partir del texto constitucional y de los tratados en la materia. Se trata de:

- El Expediente Varios 912/2010.
- La Acción de Inconstitucionalidad 155/2007.
- La Contradicción de Tesis 293/2011.

---

4 Un sistema de control mixto que ha incluido elementos de control difuso de constitucionalidad en el juicio de amparo, al desaplicar la norma que se considera inconstitucional a un caso concreto. Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso, “Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Crónica de tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Buenos Aires, Marcial Pons - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 320.

5 Un par de ejemplos de las tesis de jurisprudencia que fueron emitidas por parte de la Suprema Corte a propósito de este tema son: Tesis P./J. 23/2002, de 10 de junio de 2002, publicada en el *Semanario Judicial y su Gaceta*, Tomo XV: “Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, carece de competencia para pronunciarse sobre inconstitucionalidad de leyes”. Tesis P./J. 25/2002, de 10 de junio de 2002, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XV: “Leyes electorales. La única vía para impugnarlas es la acción de inconstitucionalidad”.

## II. RESOLUCIONES SELECCIONADAS

### 1. Resolución dictada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte en el Expediente Varios 912/2012, el 14 de julio de 2011, sobre las obligaciones para el Poder Judicial derivadas de la sentencia de la Corte IDH, Caso Radilla Pacheco vs. México<sup>6</sup>

La resolución tuvo por objeto dilucidar las implicaciones de las medidas de reparación ordenadas al Poder Judicial de la Federación por la sentencia emitida por la Corte IDH en el caso Radilla Pacheco vs. México,<sup>7</sup> que en realidad estableció una nueva aproximación hacia las normas sobre derechos humanos de toda la judicatura nacional a partir de la doctrina del control de convencionalidad y de la interpretación conforme.

Es un expediente de enorme trascendencia, que aunque por su naturaleza no reviste el carácter de jurisprudencia vinculante, sí marcó un giro de 180 grados sobre el tratamiento jurisdiccional de las normas sobre derechos humanos.<sup>8</sup>

De manera especial, tuvo como propósito señalar que era necesario que en México se hiciera una redefinición del sentido de la aplicación del control de convencionalidad por parte de los jueces, así como de la interpretación en materia de jurisdicción militar de conformidad con la jurisprudencia emitida por la Corte IDH, en atención al derecho al juez natural de las víctimas de violaciones de los derechos humanos por parte de fuerzas castrenses, y que fue uno de los aspectos más importantes de la sentencia interamericana materia de la resolución.

Teniendo como telón de fondo lo anterior, la Suprema Corte definió dos grandes aspectos.

1.1. El alcance de la interpretación conforme, cuyo propósito fundamental es la integración de las normas sobre derechos humanos, de acuerdo con la CPEUM, los tratados internacionales y la jurisprudencia de los organismos a cargo de su interpretación.

a) En un sentido amplio, que corresponde a todos los operadores jurídicos.

6 Se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, 4 de octubre de 2011 (Sección segunda), pp. 1-65. Disponible en: [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011).

7 Cit. *supra* nota 3.

8 Sobre la naturaleza jurídica de este Expediente Varios y su importancia, véanse los comentarios de Herrera García, Alfonso, "El diálogo jurisprudencial de la Suprema Corte mexicana con el derecho internacional de los derechos humanos tras las reformas constitucionales de 2011", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos. Entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, México, D.F., Tirant lo Blanch, 2013, pp. 867 y ss.

- b) En un sentido estricto, mediante una operación que corresponde específicamente a los jueces nacionales, a efecto de atender a la interpretación más protectora en caso de tener varias alternativas hermenéuticas. Se trata de privilegiar el principio pro persona, que va aparejado a la interpretación conforme.
- c) La alternativa de la inaplicación de normas, que procede en caso de no ser posible alcanzar la compatibilidad constitucional/convencional del precepto normativo interpretado, y al haber agotado las distintas modalidades interpretativas que hubiese de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales.<sup>9</sup>

Además, un par de ideas enormemente sugerentes de este análisis de la SCJN:

- El ejercicio de interpretación conforme parte de la presunción de constitucionalidad. Esto facilita una interpretación hacia la Constitución y los tratados internacionales, a fin de que el precepto normativo interpretado de conformidad con ambos referentes pueda subsistir sin incidir en el contenido mínimo constitucional/convencional del derecho. Determinar la presunción de constitucionalidad/convencionalidad permite observar *prima facie* una convalidación normativa.
- La atención a la “primacía” de las normas sobre derechos humanos establecidas en la Constitución y en los tratados internacionales. Efectivamente, el ámbito hermenéutico de estas normas no se despliega mediante el sentido formal de la supremacía constitucional –que se conserva en la aprobación de sedes y fuentes de producción normativa y/o aplicación de ordenamientos (tratados internacionales)– sino mediante el reconoci-

---

9 El texto en la resolución es el siguiente:

“A) Interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

B) Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.

C) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte” (párrafo 33).



miento de una primacía de los referentes en virtud del contenido normativo que ostentan.

- 1.2. En un segundo aspecto determinó, en consecuencia, que ante el ejercicio interpretativo y el deber de ejercer el control de convencionalidad, este se ejerciera *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad (párrafo 22, inciso A), lo que puede llevar incluso a desaplicar la norma inconstitucional/inconvencional (párrafo 33, inciso C), por lo que esta resolución dio un paso de enormes proporciones al modificar el sistema de control de la Constitución en México. De igual forma, marcó de entrada la vinculación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad, como ejercicios complementarios, y que ha corroborado posteriormente la Corte IDH en la resolución de cumplimiento del caso *Gelman vs. Uruguay*.<sup>10</sup>

## 2. Acción de Inconstitucionalidad 155/2007, resuelta el 7 de febrero de 2012

Unos meses después de resolver el Expediente Varios 912/2010, en febrero de 2012, la SCJN tuvo ante sí la oportunidad de integrar los tratados internacionales en la conformación del contenido normativo de la Constitución, mediante el control abstracto de constitucionalidad de algunas normas presentes en la legislación de una entidad federativa, en este caso, del estado de Yucatán.

Se trató de la interpretación conforme de este conjunto preceptivo en relación con la norma convencional, pero también del propio artículo 5º de la CPEUM en lo referente a las condiciones en que debe ejercerse la libertad de trabajo. Los dispositivos de la ley de Yucatán, que establecen la imposición de trabajos a favor de la comunidad en sede administrativa,<sup>11</sup> a juicio de la Suprema Corte no resultaron conformes con lo que establecen los tratados internacionales; esto en el sentido de que las sanciones en materia de trabajo deben dictarse como resultado de un procedimiento jurisdiccional. De manera que la norma convencional sería la aplicable a efecto de declarar la invalidez de los preceptos legales en una interpretación pro persona.

---

10 Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, Caso *Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, párrafo 88.

11 Los artículos 72, fracción V, primer párrafo, y 73, fracción V, así como el artículo 68 de la Ley de Prevención de las Adicciones y Consumo Abusivo de Bebidas Alcohólicas y Tabaco en Yucatán.

La SCJN consideró a los tratados internacionales dentro del “parámetro de control de constitucionalidad”,<sup>12</sup> y estos establecerían un marco normativo más protector de los derechos que la Constitución. Lo anterior se hizo aún más evidente porque el artículo 21 de la CPEUM, que el recurrente estimó vulnerado, se modificó en el contexto de la reforma constitucional en materia penal de 18 de junio de 2008, cuando el asunto ya estaba *sub iudice*, incorporando el trabajo a favor de la comunidad en el elenco de sanciones permisibles en sede administrativa, ante infracciones a los reglamentos gubernativos.

La SCJN se alejó de la disposición constitucional que ya otorgaba soporte a las secundarias, por lo que el artículo 21 de la CPEUM prácticamente se desaplicó, al establecer una regla expresa ante los tipos de sanciones que pueden ser instituidos en sede administrativa, distintos de la norma internacional.

Lo más relevante de la sentencia, por ilustrativa, no fue solamente invalidar las disposiciones del estado de Yucatán por considerarlas contrarias a los tratados internacionales mediante una acción abstracta de inconstitucionalidad, sino haber desestimado –tácitamente– por inconveniente, un precepto constitucional; o, más correctamente, por su no conformidad con la propia Constitución (artículo 5º) interpretada de conformidad con los artículos 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 2 del Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo y 6 de la CADH.

De esta manera, se estimó que el contenido constitucional de la libertad de trabajo está conformado no solo por la previsión incluida en el texto constitucional, sino también por las previsiones convencionales que condicionan las restricciones a este derecho.<sup>13</sup>

La resolución fue muy aleccionadora en un país con una Suprema Corte absolutamente refractaria a controlar la propia Constitución, y ante disposiciones legales que, pudiendo estar de acuerdo con medidas constitucionales que resultasen a todas luces inconvenientes, serían invalidadas en una ruta de control de constitucionalidad. Otro punto importante es que, en este caso, los tratados

---

12 Considerando Quinto: “Estudio de fondo”, correspondiente al “Análisis de la violación a la libertad de trabajo (artículos 5º y 21 constitucionales)”, p. 25.

13 La SCJN señaló al respecto en un párrafo que condensa muy bien tanto el ejercicio interpretativo como el contenido del derecho resultante, lo siguiente: “De la aplicación de este estándar como parámetro de control se concluye que debe declararse la invalidez de los artículos impugnados por resultar contrarios a la interpretación más favorable que se desprende de los artículos 1º, párrafo segundo en relación con el 5º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, interpretado conforme a los artículos 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 2º del Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo y 6 de la Convención Americana” (*ibid.*, p. 35).

no se aprecian de manera aislada del texto constitucional, sino que incluyen el parámetro de control de la regularidad constitucional (bloque de constitucionalidad) que integra también las disposiciones constitucionales que son interpretadas de conformidad con los instrumentos internacionales.

### **3. Contradicción de Tesis 293/2011 entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, resuelta el 3 de septiembre de 2013<sup>14</sup>**

Posteriormente, la discusión de la SCJN se ha conducido a dilucidar si los referentes para el ejercicio interpretativo conforman un solo catálogo de derechos, que definirían su contenido constitucional (el llamado ‘bloque de constitucionalidad’). Este debate ha tenido un importante punto de inflexión en la Contradicción de Tesis 293/2011, resuelta luego de haberse retirado un primer proyecto de resolución discutido los días 12 y 13 de marzo de 2012, que no encontró una ruta de consenso para resolverse.

La perspectiva de articular un solo bloque de constitucionalidad, o un mismo catálogo de derechos humanos entre la Constitución y los tratados internacionales, a efecto de conformar un mismo ‘parámetro de control de la regularidad constitucional’, como se le ha llamado, se divide entre quienes proponen sujetar la conformación del conjunto normativo y los efectos del ejercicio interpretativo a la perspectiva jerárquica de las fuentes prevista en el artículo 133 de la CPEUM y, sobre todo, a la particular interpretación que la SCJN ha establecido sobre este precepto (modelo de las fuentes del derecho). O bien, entre quienes consideran que a partir del artículo 1º de la Constitución se ha modificado el sistema normativo, al albergar todo un modelo interpretativo sobre derechos humanos a partir de las fuentes del derecho, pero que tiene su propia dinámica, en el reconocimiento de la aplicación de los derechos ante remisiones más protectoras entre sus elementos (modelo interpretativo).

---

14 El primer caso procedió de la Resolución del amparo directo 1.060/2008; el Tribunal, al resolver, expidió las siguientes tesis: “Tratados internacionales. Cuando los conflictos se susciten en relación con derechos humanos, deben ubicarse al nivel de la Constitución” y “Control de convencionalidad en sede interna. Los tribunales mexicanos están obligados a ejercerlo”.

Por su parte, el Séptimo Tribunal Colegiado, al resolver los amparos directos 344/2008 y 623/2008, expidió las siguientes tesis que corresponden respectivamente a cada juicio, y que contradicen los criterios anteriores: “Derechos humanos, los tratados internacionales suscritos por México sobre los [derechos humanos]. Es posible invocarlos en el juicio de amparo al analizar las violaciones a las garantías individuales que impliquen la de aquéllos” y “Jurisprudencia internacional. Su utilidad orientadora en materia de derechos humanos”.

El criterio prevaleciente en la resolución –pendiente aún de engrose\* (o sea, la redacción y revisión final de la resolución, que se publica una vez que ha sido discutida y aprobada)– es que nos encontramos ante un solo catálogo de derechos; que efectivamente se trata de un único parámetro de control de la regularidad constitucional, con independencia de la jerarquía de las fuentes. El rubro provisional de una de las tesis de jurisprudencia correspondiente es: “*Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales constituyen el parámetro de control de la regularidad constitucional*”.

No obstante, en esta resolución, la SCJN señaló como excepción al contraste interpretativo el caso de las restricciones puntuales que establece la CPEUM, aunque el resto de sus normas sobre derechos humanos sí son objeto de una remisión hermenéutica al bloque de constitucionalidad inicial, es decir, al binomio de referentes señalados en el artículo 1º, segundo párrafo, de la CPEUM: *Constitución y los tratados internacionales*.

Desde luego, esta excepción rompió con la lógica de la interpretación conforme, para instalarse en la de la procedencia de las normas según su fuente de producción y de la prevalencia jerárquica *a priori* de la Constitución. Aunque me parece que, aun bajo esta circunstancia, la SCJN dio un paso adelante en la contradicción de tesis, porque no había determinado la conformación de único bloque o catálogo de derechos y tampoco la remisión de la propia Constitución hacia los referentes, lo que es de la mayor importancia. Al explicitar que solo en las restricciones se estará con lo establecido en la Constitución, se entiende que el resto de normas presentes en ella se integran al sistema interpretativo, lo que es un avance sustantivo, con mayor razón si se tiene en cuenta que algunos ministros no concordaban con esta posibilidad.

De esta manera, en México tenemos una Constitución interpretada en materia de derechos humanos; no es ya el sentido de su expresión literal. Este es el efecto que se produce en las normas sobre derechos humanos que amplían el parámetro de su contenido al ser “interpretadas de conformidad”. El retrato último de los derechos humanos que conforman su contenido es producto de la interpretación.

---

\* Nota del ed.: A la fecha de publicación de esta obra, el “engrose” ya había sido elaborado. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/asuntosrelevantes/pagina/seguimientoasuntos-relevantespub.aspx?id=129659&seguimientoid=556>

### III. CONCLUSIÓN

Es muy importante asumir las consecuencias de haber incorporado una cláusula de interpretación conforme como el principio normativo de atención a las normas sobre derechos humanos para su correcta aplicación.

Los operadores jurídicos en general tienen la obligación de efectuar la interpretación conforme en la generación o aplicación de las normas sobre derechos humanos, conforme a sus distintas atribuciones y competencias, y requieren conocer el bloque normativo previo, así como el de contenido constitucional/convencional que se va determinando.

En este sentido, el modelo adoptado por la CPEUM tiene tres implicaciones, que no se observan en los diseños del derecho comparado, porque estos han adoptado la remisión interpretativa de los derechos fundamentales a los tratados internacionales.<sup>15</sup> Así, bajo la cobertura del artículo 1º, párrafo segundo, encontramos las siguientes modalidades de interpretación conforme:

- a) De todas las normas relativas a los derechos humanos contenidas en la legislación hacia los referentes *Constitución y los tratados internacionales*.
- b) De las normas sobre derechos humanos contenidas en los tratados internacionales hacia la *Constitución y los tratados internacionales*.
- c) De las normas sobre derechos humanos contenidas en la Constitución hacia otras normas de la *Constitución y los tratados internacionales*.

Esta última remisión es la que refleja la construcción de un bloque posterior de derechos, ya interpretado e integrado de conformidad con el material normativo de referente, y que debe servir de parámetro a la legislación y a los actos de autoridad.

### BIBLIOGRAFÍA

Corte IDH, Caso Radilla Pacheco vs. México, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209.

Corte IDH, Caso Fernández Ortega y Otros vs. México, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de agosto de 2010, Serie C, núm. 215.

Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2010, Serie C, núm. 216.

---

15 Así, por ejemplo, el artículo 10.2 de la Constitución de España; el artículo 93 de la Constitución de Colombia; la 4ª disposición final y transitoria de la Constitución de Perú; el artículo 13, fracción IV, de la Constitución de Bolivia, entre otros.

Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 220.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso, “Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Crónica de tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Buenos Aires, Marcial Pons - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.

HERRERA GARCÍA, Alfonso, “El diálogo jurisprudencial de la Suprema Corte mexicana con el derecho internacional de los derechos humanos tras las reformas constitucionales de 2011”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos. Entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, México, D.F., Tirant lo Blanch, 2013.

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, Caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión de cumplimiento de sentencia.

## Los derechos fundamentales en el Perú (2012-2013)

César Landa\*

### I. CONTEXTO

El escenario de tensión y confrontación política entre el gobierno del presidente Humala y la oposición parlamentaria, integrada por las fuerzas políticas del ex-presidente Fujimori y de su aliado el expresidente Alan García del Partido Aprista, crearon un ambiente falto de diálogo y acuerdos políticos durante el período 2012-2013, que ha generado un estado de crispación de la política; de modo que el conflicto en diferentes grados de intensidad entre el Gobierno y la oposición ha sido el marco en el que se han judicializado determinados asuntos públicos.

Ello se explica debido a que con la entrada del presidente del Consejo de Ministros –Juan Jiménez–, a partir del segundo semestre de 2012, la Procuraduría Anticorrupción denunció que el expresidente Alan García, durante su gobierno de 2006 a 2011, procedió a indultar a más de cinco mil presos, de los cuales 400 eran por tráfico ilícito de drogas, muchos de ellos mediante sobornos. Asimismo, el gobierno del presidente Humala finalmente rechazó otorgar el indulto al ex-presidente Alberto Fujimori, condenado a 25 años de prisión por delitos contra los derechos humanos. Esto generó que ambas fuerzas políticas de oposición mantuvieran durante el período de análisis un enfrentamiento permanente no solo contra el Gobierno: en el caso de Fujimori contra el Poder Judicial y en el de Alan García contra las comisiones investigadoras del Congreso, mientras que este ha encontrado tutela en el Tribunal Constitucional, el Poder Judicial y el Ministerio Público.

Igualmente, el expresidente Alejandro Toledo ha sido investigado por una Comisión de Fiscalización del Congreso para determinar si la compra de varios inmuebles a nombre de su suegra, correspondería a fondos propios administra-

---

\* Nota del ed.: Los datos curriculares aparecen en el aporte de su autoría que obra en la primera parte de este libro.

dos por su entorno amical empresarial israelí, en cuyo caso se podría tratar de lavado de activos. Por este motivo interpuso hábeas corpus por violación del debido proceso, que el Poder Judicial rechazó en su caso.

En particular, la oposición ha fustigado a la esposa del presidente Ollanta para que declare que no va a ser candidata presidencial del partido de gobierno para el año 2016, habida cuenta de que su alta popularidad contrasta con la de su esposo, quien no puede ser candidato presidencial de forma inmediata, sino dejando un período de por medio. Así, ante el acoso político y mediático sobre el tema, la pareja presidencial ha descartado indirectamente dicha postulación. Asimismo, la oposición parlamentaria y extraparlamentaria, opuesta no solo al Presidente de la República sino también a la alcaldesa de la capital Susana Villarán, promovió su revocatoria y la de sus regidores del Concejo Provincial de Lima. Este último tuvo un éxito relativo, por cuanto no logró revocar a la alcaldesa, pero sí a sus regidores; finalmente, su partido –Tierra y Dignidad– perdió la mayoría municipal en las elecciones complementarias de octubre de 2013.

Ahora bien, los conflictos del Gobierno y la oposición no han sido óbice para que el crecimiento económico –medido como incremento del producto interno bruto y de las exportaciones tradicionales, las mayores tasas de inversión internacional y nacional, así como el incremento de la recaudación tributaria, entre otros– continúe con indicadores positivos. Esto ha generado cierta estabilidad macroeconómica, permitiendo al Gobierno una ampliación de los programas sociales gubernamentales, pero sin una mejora necesariamente en la calidad y transparencia institucional del aparato del Estado.

No obstante, no fue la alta conflictividad social en el interior del país lo que caracterizó ese último año, como en el período anterior, sino las debilidades institucionales del Estado de derecho. Instituciones democráticas como el Tribunal Constitucional, la Defensoría del Pueblo y el Banco Central de Reserva (BCR) tenían [a la fecha de elaborar este trabajo] en total diez de los más altos cargos con períodos vencidos. Si bien el Congreso a mediados de 2013 eligió a seis nuevos magistrados del Tribunal Constitucional, a tres directores del BCR y a la Defensora del Pueblo, algunos de dichos nombramientos causaron movilizaciones y protestas ciudadanas, sobre todo de jóvenes que luchan por moralizar la política y sus métodos de elección de las autoridades.

La llamada “repartija” de los partidos del gobierno y la oposición tuvo tal rechazo popular y mediático en la opinión pública que obligó a que el Congreso anulara dichos nombramientos. Hasta esa fecha no había consenso para el nombramiento de los representantes de dichas instituciones propias de la democracia, salvo en el caso de los candidatos del BCR, que fueron nombrados en el mes de diciembre.



De otro lado, si bien la conflictividad social heredada del gobierno anterior se ha ido pacificando mediante la regulación legal y la reglamentación de la Ley de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas, esta ha permitido no solo canalizar sino también burocratizar las demandas indígenas. Lo anterior ha producido algunas protestas, pero no de la magnitud de los años anteriores –caso Conga–, que tuvieron consecuencias políticas y sociales en el nivel nacional –cambio de dos presidentes del Consejo de Ministros–.

En ese escenario se presentaron algunos casos judiciales relativos a la tutela de los derechos fundamentales y a la protección de la supremacía constitucional, que a continuación se comentan.

## II. SENTENCIAS DESTACADAS DURANTE EL PERÍODO 2012-2013

### 1. Caso despenalización de la violación sexual (Exp. 0008-2012 PI/TC)

El 12 de diciembre de 2012, el Tribunal Constitucional del Perú resolvió, en única y definitiva instancia, la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 10.609 ciudadanos, contra el artículo 1 de la Ley 28.704 que modifica el artículo 173, inciso 3, del Código Penal, sobre delito de violación sexual contra víctima entre 14 y menos de 18 años de edad.

El argumento de la demanda era que la modificación del artículo 173, inciso 3, del Código Penal implicaba que los actos sexuales realizados entre adolescentes de 14 años a menos de 18 años de edad generaba la incompatibilidad del ejercicio de sus derechos fundamentales, como al libre desarrollo de la personalidad (en especial a los derechos sexuales), a la igualdad y no discriminación, al acceso a la información, a la salud (sexual y reproductiva), a la vida privada e intimidad y, finalmente, por ser vulneradora del principio superior del niño y el adolescente. Dichos argumentos, incluso, no fueron ajenos frente a aquellos considerandos y fundamentos expuestos por el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNPFA) y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONU/SIDA), en su calidad de *amicus curiae*, la Defensoría del Pueblo y la organización no gubernamental Women's Link Worldwide, los cuales, al igual que los demandantes, expresaban su apoyo a fin de que fuera declarada inconstitucional la disposición legal antes enunciada.

Al respecto, a efecto de analizar la constitucionalidad de la modificación realizada al artículo 173, inciso 3, del Código Penal, el Tribunal Constitucional procedió a realizar un análisis constitucional escalonado, donde buscó determinar: el ámbito normativo del derecho fundamental lesionado, la identificación

de la restricción en el ámbito *prima facie* garantizado por el respectivo derecho fundamental, para, finalmente, verificar si la restricción al derecho fundamental se encontraba justificada, esto es, procediendo a analizar el principio de proporcionalidad, bajo la descripción y el estudio de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido escrito.

Dicho análisis constitucional fue llevado a cabo en dos diferentes sentidos interpretativos del citado artículo 173, inciso 3, del Código Penal, modificado por la Ley 28.704. El primero, reflejó la voluntad del legislador penal que determina: “Si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor, independientemente del consentimiento de aquella, será no menos de 25 ni mayor de 30 años”; esta norma busca proteger la “indemnidad sexual” de los menores de edad, entre los 14 a menos de 18 años de edad. El segundo sentido interpretativo radicó en que “si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor sería no menor de 25 ni mayor de 30 años, salvo que aquella hubiera consentido, en cuyo caso se exime de responsabilidad penal al autor”.

Con relación al primer sentido interpretativo, que busca proteger la “indemnidad sexual” de los menores de 14 años y menos de 18, haciendo irrelevante su consentimiento, el Tribunal señaló que, en cuanto al análisis del derecho de los adolescentes “al libre desarrollo de la personalidad” –a decidir libremente sobre su sexualidad–, “es evidente que constituye una intervención en el ámbito *prima facie* garantizado de su libertad sexual como componente del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues al hacer irrelevante el consentimiento de los menores que tengan entre 14 años y menos de 18, interviene y limita la libertad de autodeterminación de estos en el ámbito de su sexualidad”.

Asimismo, el Tribunal afirmó que si bien el fin constitucionalmente legítimo de dicha disposición penal es la protección de la indemnidad o intangibilidad sexual, lo cierto es que el mismo no llega a superar el análisis de necesidad o de ponderación final, en la medida en que el Tribunal Constitucional peruano determinó que existen alternativas menos gravosas para alcanzar los objetivos propuestos por el legislador penal, señalando como supuesto que “el propio legislador penal sancione única y exclusivamente a aquellas personas adultas que tuviesen relaciones sexuales no consentidas con los aludidos menores de edad, pero no sancionando indistintamente todo tipo de relación sexual con dichos menores, sin que importe en lo absoluto el consentimiento que estos pudieran expresar”.

Con relación al segundo sentido interpretativo del artículo 173, inciso 3, del Código Penal, el Tribunal señaló que “si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor no será menor de 25 ni mayor de 30, salvo que aquella hubiera consentido, en cuyo caso se exime de responsabilidad al autor”.

De este modo, se protege el bien jurídico de la “libertad sexual”, considerándola como una “decisión interpretativa reductora”, la cual, según el Tribunal, no es una interpretación que no pueda ser sostenida como constitucionalmente conforme, toda vez que se desplazaría al legislador como órgano competente en la formulación de la política criminal del Estado y consecuente tipificación de conductas y penas. Así, se cambia el bien jurídico protegido por el legislador (libertad sexual en lugar de indemnidad sexual) y se permite la configuración de una causal de exención de responsabilidad penal, como es el “consentimiento válido de un bien jurídico de libre disposición”.

El Tribunal Constitucional también realizó el análisis constitucional de la disposición penal cuestionada, en cuanto a los ámbitos protegidos de los derechos “a no ser privados de información”, “a la salud y a la intimidad”, determinando, luego de la realización del examen escalonado de control restrictivo de dichos derechos, que tales limitaciones son constitucionales. Sin embargo, en cuanto al análisis del principio de igualdad, el Tribunal se limitó a señalar que al haberse determinado la inconstitucionalidad del artículo 173, inciso 3, del Código Penal, modificado por la Ley 28.704, carece de relevancia emitir pronunciamiento sobre si dicha disposición legal vulnera o no el principio de igualdad.

El Tribunal Constitucional dispuso declarar inconstitucional la modificación hecha al artículo 173, inciso 3, del Código Penal, exhortando al Congreso de la República a fin de que legisle en forma sistemática, y con la gravedad de la pena que corresponda, todos aquellos casos que comprendan los derechos fundamentales de los menores de edad. No obstante, lo cierto es que dicha exhortación no fue acatada por el Congreso de la República, generando así que, actualmente, la violación sexual de menores entre 14 a menos de 18 años de edad se encuentre tipificada bajo el supuesto normativo genérico del artículo 170 del Código Penal.

El Tribunal cumplió con señalar los efectos de la referida sentencia, disponiendo que si bien toda sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma no tiene efecto retroactivo, lo cierto es que, en materia penal, sí cabría en cuanto aquella favorezca al reo. Por ello, a fin de evitar impunidades penales frente a supuestos descritos sobre la ley derogada, en la medida en que los hechos se hayan dado mediante violencia, agresión o abuso sexual, deberán ser reconducidos al tipo penal genérico descrito en el artículo 170 del Código Penal, esto es, no generándose la excarcelación inmediata de todos los procesados y condenados sobre dicho supuesto legal, sino solo de aquellos para los que no conste un consentimiento expreso en la realización del acto.

En relación con el caso, sobre la base de los informes de estudios de campo, no es posible ser ajeno al alto índice de adolescentes, de entre 15 y 19 años de edad, que ya han iniciado su vida sexual, e incluso que evidencian estar emba-

razadas o tener un hijo. Si bien el análisis del derecho constitucional “al libre desarrollo de la personalidad” determinó que para el primer supuesto normativo existe vulneración al referido derecho, por cuanto concurre la posibilidad de que dichas relaciones puedan ser realizadas de manera consensuada, lo cierto es que el Tribunal no procedió a hacer un estudio más profundo de la institución de la “indemnidad sexual”.

Asimismo, si bien el sustento en la determinación de la inconstitucionalidad de dicho dispositivo legal, parte de que los adolescentes de 14 a menos de 18 años puedan ser considerados para “algunos supuestos” como titulares de la capacidad de goce y de ejercicio de sus derechos, la verdad es que dichos supuestos fueron considerados de manera excepcional por el legislador. En consecuencia, estos se encuentran por excepción en nuestro ordenamiento jurídico, no pueden ser aplicados de manera extensiva por interpretación a supuestos no expresados por el legislador, dejándose de lado e inobservando, por consiguiente, su falta de desarrollo.

Si bien la declaración de inconstitucionalidad determinó que no se puede afectar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los adolescentes de 14 a menos de 18 años de edad que deseen tener relaciones sexuales consentidas entre ellos, el Tribunal no cumple con realizar un mayor estudio sobre aquellos supuestos en que ya no se esté protegiendo el referido derecho constitucional de los adolescentes, sino que se esté frente a supuestos en que personas mayores de edad tengan, mediante dádivas, engaños o argucias, la capacidad de manipular la decisión “razonada” del menor, lo que llevaría al abuso sexual, motivo que fue la verdadera razón, no recogida por el Tribunal Constitucional, que dio origen a la expedición del artículo 1 de la Ley 28.704.

## 2. Caso Tineo Cabrera (Exp. 00156-2012-PHC/TC)

El 8 de agosto de 2012, el Tribunal Constitucional emitió sentencia que declaró infundada la demanda de hábeas corpus que solicitaba la invalidez absoluta del proceso parlamentario de antejuicio político, por la supuesta vulneración de los derechos constitucionales al debido proceso del exmagistrado del Poder Judicial César Tineo Cabrera.

La controversia surgió a raíz de que al concluir el gobierno de Alberto Fujimori, el Congreso inició un antejuicio político a un grupo de magistrados que colaboraron con el régimen *de facto*. Para este efecto, el Congreso, mediante Resolución Legislativa, declaró haber lugar al inicio de causa penal contra ellos. En la prosecución del proceso penal, el exmagistrado César Humberto Tineo Cabrera interpuso demanda de hábeas corpus contra la validez del proceso.

Se aprecia que la sentencia del Tribunal Constitucional despliega, a lo largo de su fundamentación, un conjunto de manifestaciones del derecho al debido proceso, como legalidad, comunicación previa, detallada acusación, tiempo y medios para la defensa, principio *non bis in ídem*, plazo razonable, entre otras. Asimismo, desarrolla y contextualiza estas manifestaciones del debido proceso en el juicio político parlamentario, ocupándose del antejuicio, del juicio político y también de la labor de las comisiones investigadoras del Congreso.

Se observa que el Tribunal Constitucional en esta sentencia utiliza como herramienta de argumentación abundante jurisprudencia internacional sobre derechos humanos, citando sentencias de la Corte Interamericana: caso López Mendoza vs. Venezuela, caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, entre otros; incluso acude en su argumentación a jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, citando, por ejemplo, el caso Aycoban y otros c. Turquía, caso Alleret de Ribemont c. Francia, Caso Oliveira c. Suiza, entre otros pronunciamientos.

Este procedimiento argumentativo pone en evidencia un uso instrumental de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos, pues se la cita en los fundamentos, pero para efectos prácticos de favorecer la impunidad, ralentizando la lucha contra la corrupción. Esta técnica argumentativa desnaturaliza y desvirtúa los principios que sustentan la jurisprudencia internacional de los derechos humanos, en razón de que su invocación en la motivación por parte del Tribunal es meramente formal, debido a que sustancial y materialmente la argumentación ha sido construida con la finalidad contraria, es decir, bloquear la lucha contra la impunidad y la corrupción.

Puede afirmarse que, con este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional reafirma un trasfondo jurisprudencial consistente en hacerle el juego a quienes han infringido la ley y se amparan en los derechos fundamentales para eludir ser procesados, toda vez que la sentencia, si bien declara infundada la demanda, viene siendo provechosamente utilizada por altos funcionarios del régimen aprista saliente –como el expresidente Alan García y su entorno presidencial– para enervar y evitar la labor fiscalizadora de las comisiones investigadoras del Congreso.

### **3. STC 00022-1996-AI/TC (caso de los bonos de la reforma agraria)**

El Tribunal Constitucional, mediante resolución de fecha 16 de julio de 2013, se pronunció en mayoría sobre el pedido que formulara el Colegio de Ingenieros del Perú, a efectos de que procediera a ejecutar la Sentencia de fecha 15 de marzo de 2001, mediante la cual se declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 2 de la Ley 26.597 y contra la Disposición

Transitoria Única de la Ley 26.756, que lesionaban el derecho de propiedad de los tenedores de los bonos de la reforma agraria.

El Perú, durante la época del gobierno militar (1968-1980), adoptó una de las medidas más radicales que pudiera tomarse: expropiar tierras agrícolas productivas a los grandes terratenientes y latifundistas con la finalidad de entregárselas directamente a los campesinos, bajo el lema “La tierra es para el que la trabaja”. El pago por estas expropiaciones se realizó mediante bonos del Estado, denominados “bonos de la reforma agraria”.

Recuperada la institucionalidad democrática en la década de los ochenta, una de las herencias de los gobiernos democráticos representativos fue el pago de los bonos de la reforma agraria. Sin embargo, los distintos gobiernos democráticos tampoco mostraron mucho interés en cancelar tales obligaciones. Por ello, expidieron diferentes instrumentos legales para eludir el pago de los bonos o para reducir el impacto que su cancelación pudiera tener en el erario público.

En ese sentido, una de las disposiciones de la Ley 26.597 establecía que “los bonos de la deuda agraria fueron entregados en vía de cancelación del valor de la expropiación. En consecuencia, independientemente de la oportunidad en que deban realizarse dichos Bonos, el pago de los mismos debe efectuarse por su valor nominal más los intereses establecidos por cada emisión y tipo de bono, conforme a las disposiciones legales que les dieron origen, no siendo de aplicación el reajuste previsto en la segunda parte del artículo 1236° del Código Civil”.

Precisamente, esta disposición fue declarada inconstitucional por atentar contra el derecho de propiedad, mediante la Sentencia de fecha 15 de marzo de 2001, cuya solicitud de ejecución después de 12 años constituye el objeto del pronunciamiento del Tribunal. Sin embargo, el Poder Ejecutivo, que por imperativo constitucional debe cumplir y hacer cumplir los mandatos judiciales, a la fecha en que se formuló la solicitud de ejecución –y aún hoy– no había cumplido con hacer efectivo el pago de los bonos de la reforma agraria.

Por ello, el Colegio de Ingenieros del Perú, mediante solicitud de 5 de octubre de 2011, pidió al Tribunal que dispusiera “el inicio del proceso de actualización de las acreencias provenientes de los procesos de reforma agraria y el correspondiente pago, de acuerdo al artículo 70 de la Constitución”, disposición constitucional que reconoce que los propietarios afectados por una expropiación tienen derecho al pago de un justiprecio.

De esta manera, cabría llamar la atención, en principio, por el retardo del Tribunal en resolver el pedido de ejecución, formulado en el año 2011. El Tribunal no manifestó las razones que le llevaron a resolver este pedido casi dos años después de haber sido formulado.

No obstante lo anotado, el Tribunal Constitucional, luego de hacer un repaso por algunas previsiones constitucionales y legales para dotar de eficacia a las sentencias constitucionales (multas, destitución de funcionarios renuentes, represión de actos homogéneos), sin mayor motivación, indicó que era el competente para asumir “jurisdicción sobre la fase de ejecución de la sentencia en el proceso de inconstitucionalidad”, pues de esta forma estaría procurando “garantizar, por todos los medios posibles, el cumplimiento efectivo de lo decidido en una sentencia constitucional” (numeral 9 de la resolución en mayoría). De igual manera, debe preocupar que, sin mayores argumentos, el Tribunal sostuviera: “Frente a la renuencia reiterada de los órganos encargados de cumplir las decisiones jurisdiccionales, la ejecución forzada se presenta como la única solución a la que este Colegiado no puede renunciar, llegado el caso a efectos de que, reivindicando el Estado de derecho, se obligue al poder a someterse al derecho” (numeral 10 de la resolución en mayoría).

Ya en lo que respecta al pronunciamiento sobre el fondo de la solicitud, el Tribunal señala que si bien en la sentencia declaró inconstitucionales los artículos 1 y 2 y la Primera Disposición Final de la Ley 26.597, así como la Disposición Transitoria Única de la Ley 26.756 porque afectaban “los criterios de valoración y cancelación actualizada de las tierras expropiadas, que se desprendían de un elemental sentido de justicia y del artículo 70 de la Constitución de 1993, este Colegiado no fijó cuáles debían ser específicamente, dichos criterios de valoración y cancelación actualizada” (numeral 17 de la resolución en mayoría). Por ello, “con el objeto de posibilitar la ejecución de la sentencia de fecha 15 de marzo de 2001, y de hacer efectivo el cumplimiento de la obligación del Estado peruano de pagar la deuda de la reforma agraria [...] este Tribunal debe proceder a establecer el criterio de valoración y cancelación actualizada de la deuda, así como el procedimiento que deberá seguir el Poder Ejecutivo para hacer efectivo dicho pago”.

En esa línea, el Tribunal, luego de analizar diferentes alternativas y descartarlas por el impacto fiscal que tendrían en el erario público, resolvió, en relación con los criterios de valoración y cancelación de la deuda, que era preferible aquella que “expresa un criterio de actualización a través de la conversión del principal impago en dólares americanos, desde la fecha de la primera vez en que se dejó de atender el pago de los cupones de dicho bono, más la tasa de interés de los bonos del Tesoro americano” (numeral 25 de la resolución en mayoría).

El Tribunal añadió, sin mayor motivación, que esa fórmula representaba un equilibrio entre dos obligaciones: pagar la deuda de la reforma agraria y promover el interés general, pues las otras alternativas harían impracticable el pago de la deuda. De igual modo, señaló que la opción adoptada constituía la expresión de un criterio de equidad, pues si bien los bonos perdieron valor económico, ello

no fue por negligencia de sus tenedores sino del Estado, debido a las épocas de hiperinflación y crisis económica, “especiales circunstancias” que también debían tomarse en cuenta.

Luego, en relación con el procedimiento de pago del valor actualizado de la deuda, el Tribunal resolvió que mediante decreto supremo deberían establecerse diversos procedimientos para: a) la identificación y registro de los tenedores de los bonos; b) cuantificar (actualizar) la deuda, según el criterio adoptado por el mismo Tribunal más los intereses legales en resoluciones administrativas, y c) determinar la forma de pago de la deuda contenida en las resoluciones administrativas referidas, mediante diversas fórmulas de pago, teniendo en cuenta los principios de equilibrio presupuestal y sostenibilidad financiera, así como las reglas fiscales correspondientes y el marco macroeconómico multianual (numerales 26 a 29 de la resolución en mayoría).

Finalmente, a modo de reflexión general sobre la decisión adoptada por la mayoría del Tribunal, en principio cabría cuestionar que una decisión de tal trascendencia haya sido tomada con una mayoría artificial. La resolución contiene una Razón de Relatoría mediante la cual el secretario relator del Tribunal indica que la decisión se adopta en mayoría porque existe un empate en los votos de los magistrados, donde el voto del presidente, en estos casos, tiene peso doble, la posición apoyada por este es la que constituye resolución en mayoría, a pesar de haber sido durante más de una década abogado del Banco de Crédito del Perú, uno de los bancos acreedores de los bonos de deuda agraria que adquirió a precio vil.

En segundo lugar, ingresando a aspectos de fondo, cabe señalar que una sentencia recaída en un proceso de inconstitucionalidad, antes que una sentencia de condena, consiste en una típica sentencia declarativa, pues su efecto inmediato es la expulsión de la norma declarada inconstitucional del ordenamiento jurídico, de modo tal que ya no produzca efectos jurídicos. Por ello, resulta ciertamente cuestionable que el Tribunal considere que la Sentencia de fecha 15 de marzo de 2001 requiera actos adicionales de ejecución.

Por otro lado, aun si aceptáramos que la sentencia citada necesita algún acto posterior de ejecución para cumplir su finalidad, resulta ciertamente cuestionable que este se pretenda realizar más de diez años después de haberse emitido la sentencia, cuando el antiguo Decano de la demanda originaria ya no se encuentra en la dirección del Colegio de Ingenieros del Perú y el actual Decano y sus directivos no están de acuerdo con que el Tribunal Constitucional se entienda con el antiguo Decano y no con el vigente.



### III. CONCLUSIÓN

La búsqueda de protección de los derechos fundamentales, a través de los procesos de amparo y de hábeas corpus que han presentado los últimos expresidentes Alberto Fujimori, Alan García y Alejandro Toledo, pone en cuestión la delicada relación que existe entre el actual proceso democrático-constitucional y la corrupción gubernamental. El régimen autocrático de Fujimori cayó en el año 2000, sobre todo, por causas de corrupción, además de violación de los derechos humanos, mientras que dos presidentes de la democracia –García y Toledo– se encuentran afrontando investigaciones, aunque de diferente naturaleza y gravedad, con indicios a indagar. Pero lo dramático de los casos es lo siguiente: primero, que las fuerzas autoritarias señalan que la corrupción no es patrimonio exclusivo de la autocracia sino que también se produce en la democracia, aunque sea en menor escala; y segundo, que la corrupción en democracia irradia a todos los gobiernos; así, Alan García y su partido extienden el manto de la corrupción a su enemigo Alejandro Toledo, mientras reciben el respaldo de las instituciones judiciales que deberían ser imparciales, independientes y neutrales.

Paradójicamente se aprecia que cuando se ha dado inicio a estos procesos de judicialización de la política, lo que se viene produciendo antes es lo contrario: la politización de la justicia. Ello se observa por ejemplo en instituciones que se encuentran bajo la sombra del Partido Aprista de Alan García, lo cual afecta la garantía judicial de impartir justicia con igualdad de condiciones tanto para las partes como en casos similares. De más está señalar que el proceso democrático enfrenta desafíos institucionales como la debilidad del sistema de justicia frente a la lucha contra la corrupción y la impunidad en materia de derechos humanos.

De allí que la confrontación judicial, al haberse corporizado en las personas de expresidentes, quienes son líderes políticos de cara a las elecciones presidenciales del año 2016, potencia la crispación política. Esto es así, por cuanto de hallar responsabilidad política y/o judicial, los investigados podrían ser inhabilitados electoralmente, como ya lo está Alberto Fujimori. En un país sin una estructura de partidos consolidados ni liderazgos alternos, sino controlados por los caudillos, esto produce un conflicto permanente que podría ir resquebrajando la propia estabilidad política, ya no solo del Gobierno sino de la transición democrática.

## Jurisprudencia constitucional uruguaya 2012-2013

Martín Risso Ferrand\*

### I. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay, en materia de declaración de inconstitucionalidad de las leyes, se ha caracterizado en las últimas décadas por seguir dos líneas de razonamiento: i) procura evitar entrometerse en temas políticos o invadir las potestades de los poderes representativos, y ii) recurre a la máxima de que habiendo dos interpretaciones posibles de una disposición legal, y siendo una de ellas conforme a la Constitución, hay que optar por esta y no declarar la inconstitucionalidad. Sobre estas dos bases, sin perjuicio de otros elementos, se ha creado una práctica que ha conducido a que sean muy pocos los casos en que se declara la inconstitucionalidad de una ley.

En el primer semestre de 2013, la Suprema Corte declaró la inconstitucionalidad de cuatro leyes, lo que debe constituir un récord en nuestra jurisprudencia. Pero, además, debe advertirse que las leyes declaradas inconstitucionales no son leyes viejas sino leyes aprobadas por el gobierno de ese momento. Y todavía debe agregarse que la Corte tiene a estudio al menos dos casos de leyes que aparecen como claramente inconstitucionales.

Este ha sido un cambio en las tradiciones nacionales que ha sorprendido a todos los actores. Desde el Gobierno, la reacción, ante la sorpresa, se manifestó con críticas muy fuertes a la Corte. Muchas de estas críticas fueron desproporcionadas y fuera de lugar (un Ministro de Estado llegó a acusar en la prensa a los miembros de la Corte de “dinosaurios”).

Ante tan significativos cambios procederé de la siguiente forma: i) en primer lugar, procuraré determinar las causas de este cambio y adónde se dirige el tema,

---

\* Nota del ed.: Las referencias curriculares del autor aparecen en el trabajo de su autoría que figura en la segunda parte de esta obra.

y ii) en segundo lugar, procederé a analizar las dos leyes más trascendentes, desde los puntos de vista jurídico y político, que fueron declaradas inconstitucionales.

## II. EL CAMBIO DE TENDENCIA JURISPRUDENCIAL GENERAL

La Suprema Corte de Justicia, desde el año 1934, cuando se concentró en su jurisdicción la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, ha sido muy cautelosa a la hora de establecer la inaplicabilidad de una disposición legal. Podríamos decir que las características centrales han sido las siguientes: autorrestricción, gobierno de los jueces, presunción de constitucionalidad y objeción democrática como argumento implícito.

### 1. Autorrestricción y conceptos vinculados

En múltiples pronunciamientos, vinculados a temas tributarios, y en otros casos, la Corte ha hecho caudal de la noción de autorrestricción. Por ejemplo, en la Sentencia 364/2009, de 19 de octubre de 2009, ha dicho:

La calidad de intérprete final de la Constitución y el riesgo, siempre presente, de que por la vía del control constitucional el Poder Judicial pueda interferir<sup>1</sup> en la esfera de actuación o en el cumplimiento de los cometidos que la Carta atribuye a los otros poderes del Estado, imponen un criterio de prudencia, autolimitación y mesura (*self-restraint* en la expresión anglosajona), a la hora de decidir la compatibilidad entre una norma legal y las reglas y principios constitucionales a las que debe someterse.

Pero si bien la prudencia es una virtud y, como tal, es deseable que todos nos ciñamos a ella, la noción de *self-restraint* no debe, a nuestro juicio, ser recibida en forma radical. En Estados Unidos, donde se desarrolló principalmente esta noción, se da la especial situación de que la Constitución no tiene normas expresas sobre el control constitucional de las leyes. Sullivan y Gunther recuerdan un famoso debate a mediados del siglo XX entre el juez Learned Hand y el profesor Herbert Wechsler. Es interesante destacar desde ya que lo que existía en la base de este debate era una cuestión de legitimidad. Para Hand, en tanto a su juicio el poder de control de las leyes (*Judicial Review*) no es una lógica deducción de la Constitución, es necesario que el juez sea sumamente cauto en el ejercicio de

<sup>1</sup> En cierta forma, esta apreciación de no interferir con la labor legislativa se contradice con lo dicho en el considerando IX, pese a que en ese caso la interferencia es a favor de la ley.

este poder. En cambio, para Wechsler, la *Judicial Review* encuentra claro anclaje en la Constitución, por lo que la Corte no tiene forma de escapar a su obligación competencial (el deber de ejercer la competencia no puede ser atenuado ni eludido).<sup>2</sup>

El *self-restraint* en temas constitucionales proviene básicamente (aunque no de forma exclusiva) de la duda en cuanto a la competencia de los jueces para no aplicar las leyes inconstitucionales. Quienes consideran que la competencia carece de texto constitucional expreso y es una simple mutación constitucional, postularán el *self-restraint* ante el temor de invadir las competencias legislativas. Pero quienes consideran que la competencia tiene anclaje constitucional postularán su cumplimiento estricto como corresponde con cualquier órgano.

En nuestro país no hay duda alguna en cuanto a la competencia de la Corte conforme a los artículos 256 y ss., por lo que no puede postularse la autorrestricción. Esto sería eludir el ejercicio de una competencia constitucional. Además, el riesgo de interferir en la labor legislativa deriva de la Constitución. Pero no debe olvidarse que la autorrestricción plantea otro riesgo, que es el de dejar derechos humanos sin la debida protección, pese a que si la lesión deriva de una ley, la Constitución dice que la Corte es la competente para dicha protección. En nuestro país es de mayor utilidad recordar al juez J. Marshall en *Cohen vs. Virginia* (1820) cuando decía:

Es muy cierto que este tribunal no asumirá jurisdicción si no debe; pero es igualmente cierto que debe ejercer jurisdicción cuando le corresponda hacerlo. El Poder Judicial no puede, a diferencia del Legislativo, evitar una medida porque ella se acerca a los límites de la Constitución. Nosotros no podemos pasarla por alto porque es dudosa. Cualesquiera sean las dudas o dificultades que presente un caso, debemos decidirlo, si es traído a nosotros. No tenemos más derecho a declinar el ejercicio de la jurisdicción que nos es conferida, que el de usurpar la que no nos es dada. Una u otra cosa constituiría traición a la Constitución. Pueden presentarse cuestiones que de buena gana evitaríamos; pero no podemos evitarlas. Todo lo que podemos hacer es ejercitar nuestra mejor capacidad de juzgar, y conscientemente cumplir con nuestro deber.

## 2. El gobierno de los jueces

La Corte también ha recurrido con frecuencia a la noción de ‘gobierno de los jueces’, expresión compleja y oscura nacida en EE.UU. y desarrollada en Fran-

---

2 Sullivan, Kathleen M. y Gunther, Gerald, *Constitutional Law*, Fifteenth edition, New York, Foundation Press, Thomson West, 2004, pp. 18 y ss.

cia en 1921, a cargo del profesor Edouard Lambert,<sup>3</sup> con el objetivo de criticar, con una visión francesa, la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos en tanto estaría dificultando los avances de la legislación social. Esta noción adquirió en cierta forma connotaciones míticas y normalmente se la utiliza como un elemento para convencer a los órganos jurisdiccionales de que se autolimiten y dejen más espacio a los órganos de decisión política.<sup>4</sup>

Esta concepción, así formulada, es contraria al principio de separación de poderes, en la medida que en la vieja e incuestionablemente actual concepción de Montesquieu,<sup>5</sup> todo poder requiere su freno y su contrapeso, y cuando el freno o contrapeso falla, se abre la puerta de la arbitrariedad. En este sistema de frenos y contrapesos entrelazados, los jueces tienen como una de sus principales funciones la de controlar el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, y si con el propósito de evitar el riesgo del llamado ‘gobierno de los jueces’, el Poder Judicial retrocede, la única consecuencia será que los poderes políticos tendrán más poder por falta de límites, frenos y contrapesos. La falta de uno de los frenos y contrapesos quiebra necesariamente el principio de separación de poderes. El temor al ‘gobierno de los jueces’ como argumento para el retroceso del Poder Judicial, a nuestro entender, no tiene base constitucional en nuestro país y afecta el principio de separación de poderes.

También debe destacarse en la problemática de la eventual autolimitación de los jueces (a propósito de evitar el ‘gobierno de los jueces’) una tensión entre la ley y los derechos de los individuos. En efecto: ¿Qué es más importante: dar espacio libre para la actuación de los poderes políticos o la protección de los derechos humanos lesionados? ¿Es más trascendente la ley o el derecho humano que aquella vulnera? No hay que olvidar que el Poder Judicial aparece como un contralor *contramayoritario* para defender los derechos de los ciudadanos frente a los abusos o excesos de las autoridades políticas. La duda no puede resolverse a favor de la ley sino a favor del cumplimiento de la Constitución y el respeto de los derechos humanos.

---

3 Lambert, Edouard, *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación en los Estados Unidos*, trad. de Félix de la Fuente, Madrid, Tecnos, 2010.

4 Fernández Segado, Francisco, “*Fétichisme de la loi, séparation des pouvoirs et gouvernement des juges*. Tres ideas-fuerza para el rechazo del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en Francia (1789-1958)”, en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 19, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2007, pp. 58 y ss.

5 Montesquieu (Charles de Secondat, barón de La Brède y de Montesquieu), *El espíritu de las leyes*, Grandes Clásicos del Derecho, vol. 5, México, Oxford University Press, 1999, pp. 108 y ss.

### 3. La presunción de constitucionalidad

También ha recurrido la Corte a la presunción de constitucionalidad, pero lo ha hecho con alcances diferentes. Algunos de ellos son compatibles, como el que hace derivar de esta presunción la máxima de que no corresponde declarar la inconstitucionalidad de la ley si la misma es susceptible de varias interpretaciones y alguna permite tornarla constitucional; o la que se vincula con el principio de conservación de la norma y que consiste en que solo se puede declarar la inconstitucionalidad de una ley cuando la Corte está convencida de la existencia de un vicio, de la misma forma que solo se declara la nulidad de un testamento si el juez está razonablemente convencido de que existe un problema de nulidad.

Pero, a veces, la Corte lleva esta presunción a un extremo en el que solo se declara la inconstitucionalidad cuando es incuestionable, evidente, manifiesta, etc. Esto es un exceso y sin duda alguna no coincide con la Constitución. Esta interpretación extrema, y sin base constitucional, afecta necesaria e irremediablemente el principio de separación de poderes en la medida en que implica que dos de los poderes quedan sin control claro o, si se prefiere, el control funciona solo en casos extremos. Y esto no es lo que establece la Constitución.

### 4. Objeción democrática como argumento implícito

Algunas veces, la Corte ha invocado, implícitamente, a favor de la autolimitación un mal llamado “argumento democrático”, que se enuncia de la siguiente forma: si la ley ha sido aprobada por el órgano representativo por excelencia (la Asamblea General) y promulgada por el otro Poder cuyo principal actor, el Presidente, también resulta de la voluntad popular, debe ser muy cuidadosa la Corte a la hora de declarar la inaplicabilidad de lo resuelto por los representantes del cuerpo electoral. Pero este argumento no puede compartirse, ya que: i) es cierto que el juez no tiene la representatividad política de los legisladores, pero esto no puede hacer perder de vista que su legitimidad también surge de la Constitución; ii) la Constitución no quiere un sistema en que prevalezcan las mayorías sino que, por el contrario, también para los poderes políticos, la Carta establece controles, frenos y contrapesos;<sup>6</sup> y iii) el cuerpo electoral, actuando directamente en el plebiscito de ratificación constitucional, estableció la forma en que se elegían sus representantes (legisladores), pero también quiénes los controlarían

---

6 La Constitución es un instrumento contramayoritario, que establece las formas de cuidarse de las limitaciones de los derechos establecidas por decisiones mayoritarias (Chemerensky, Erwin, *Constitutional Law. Principles and policies*, 3ª ed., Nueva York, Aspen Publishers, 2006, pp. 6 y ss.).

(los jueces), por lo que tanto unos como otros extraen idéntica legitimidad de la Carta, unos para legislar y otros para controlar mediante el ejercicio de la función jurisdiccional. Y no se olvide, por último, que la competencia de la Corte en la materia tiene texto expreso y nada hay en la Constitución que permita a la Corte limitarse en el ejercicio de las competencias que le fueron impuestas por los representados, actuando directamente, en el plebiscito de ratificación.

La utilización de los criterios anteriores ha ocasionado el efecto típico de las soluciones extremas, llevando a que los actores políticos consideren que el control de la Corte no se hará efectivo salvo en casos excepcionales, pero que si el tema es mediana o aparentemente discutible, la Corte sostendrá la ley. Es el efecto del péndulo: cuando decaen los controles, el controlado se excede sabedor de que los controles son débiles. Tan claro es esto que se aprecia que en los últimos años el Poder Legislativo no se ha preocupado mayormente de las objeciones de constitucionalidad que se formulan contra algunos proyectos, debido a la sensación de que, de todas formas, la Corte no declarará la inconstitucionalidad. Así se han aprobado leyes escandalosamente inconstitucionales, algunas hoy a consideración de la Corte.

En este esquema, el cambio de la Corte sorprendió a todos. Tomó desprevenido al Gobierno (entonces en el poder\*\*) y en general a la población. Los efectos del cambio ya se pueden ver en el tratamiento parlamentario de iniciativas complejas que han recibido objeciones de inconstitucionalidad, en que las comisiones parlamentarias vienen extremando el cuidado de los temas constitucionales.

En mi opinión es un cambio muy positivo.

### III. DOS SENTENCIAS POLÉMICAS

Por Sentencia 20/2013, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la Ley 18.831 (los artículos 2 y 3 fueron los declarados inconstitucionales), que disponía:

Artículo 1º.- Se restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1º de la Ley Nº 15.848, de 22 de diciembre de 1986.

Artículo 2º.- No se computará plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley, para los delitos a que refiere el artículo 1º de esta ley.

---

\*\* Nota del ed.: El autor hace referencia al gobierno entonces encabezado por José Mujica (2010-2015), quien fue sucedido por el actual presidente Tabaré Vázquez, que asumió tal cargo el 1 de marzo de 2015.

Artículo 3º.- Declárase que, los delitos a que refieren los artículos anteriores, son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte.

Artículo 4º.- Esta ley entrará en vigencia a partir de su promulgación por el Poder Ejecutivo.

Esta ley se aprobó luego de un arduo proceso parlamentario en el que hubo intensas y largas discusiones y, en las comisiones especializadas de ambas cámaras, se convocó a especialistas para conocer su opinión.

La Corte falló: “Haciendo lugar, parcialmente, a la excepción de inconstitucionalidad opuesta y, en su mérito, declarando inconstitucionales y, por ende, inaplicables a los excepcionantes los artículos 2 y 3 de la Ley N° 18.831”.

El objeto de este trabajo y la complejidad de la sentencia impiden analizarla aquí. Pero esta sentencia dejó serias dudas sobre varios puntos, a saber:

- a) Si la Corte mantiene la excelente jurisprudencia iniciada con la Sentencia 365/2009.<sup>7</sup>
- b) ¿Cuáles son los efectos que atribuye a la jurisprudencia general de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)? Es claro que no considera que las interpretaciones que este Tribunal realiza de la Convención sean obligatorias.
- c) ¿Cómo se debe cumplir con la sentencia de la Corte IDH dictada en el caso *Gelman vs. Uruguay*?

Se puede ver que hay interrogantes importantes y lo positivo que ha sido el cambio de actitud de la Suprema Corte, ya que en los procesos de inconstitucionalidad de las leyes convergen contenidos polémicos y todavía no claramente determinados.

La segunda ley declarada inconstitucional fue la 17/2013, que estableció el impuesto a las concentraciones de inmuebles rurales (ICIR).

Para comprender el problema debe hacerse una breve explicación del régimen constitucional uruguayo. La Constitución establece un Estado unitario (no podía haber otra solución razonable, dada la superficie y población del Uruguay) con descentralización interna. La descentralización territorial, además de las autoridades nacionales, se establece constitucionalmente en unidades territoriales

---

7 Comentada en Riso Ferrand, Martín, “Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia uruguayo (2009-2010)”, en Bazán, Víctor y Nash Rojas, Claudio (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución*, Montevideo, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Fundación Konrad Adenauer, 2011, pp. 171 y ss.



llamadas “departamentos” (a cargo de un intendente electo directamente por el cuerpo electoral departamental y que es quien ejerce el “ejecutivo” departamental y de una Junta Departamental de 30 miembros, también de elección popular y que viene a cumplir una suerte de función “legislativa” en el departamento<sup>8</sup>) y en otro nivel de unidades territoriales menores llamadas municipios.

En garantía de las autoridades departamentales, la Constitución asegura determinadas soluciones constitucionales, entre las que figuran los tributos sobre las propiedades inmuebles rurales. Estos tributos son establecidos por ley nacional, pero su recaudación y producido corresponden a cada gobierno departamental.

La ley estableció el referido impuesto a las concentraciones de inmuebles rurales que debían tributar aquellas personas (físicas o jurídicas) que fueran propietarias de más de 2.000 hectáreas, índice Coneat 100.<sup>9</sup> El tributo se aplicaba por franjas, según la extensión, y puede decirse que, sin llegar a ser confiscatorio, era sin duda pesado para los obligados a su pago.

Se presentaron varias acciones de constitucionalidad y la Corte se enfrentaba a un problema de base: ¿El tributo gravaba “los” inmuebles rurales o la “concentración” de la propiedad de inmuebles rurales? Esta cuestión es básica, ya que si se trataba de inmuebles rurales, el tributo era inconstitucional por invadir la esfera de los gobiernos departamentales. Si en cambio se gravaba la concentración, no había problema de ningún tipo, pues conforme la presunción de constitucionalidad ya mencionada debía optarse por la opción interpretativa que conducía a considerar el tributo como constitucional.

En este caso, la Corte no aceptó que fueran posibles o razonables las dos interpretaciones y consideró que se trataba de un tributo a la propiedad inmueble rural y, por lo tanto, inconstitucional. Acá se ve que la Corte toma posición y luego no elude las consecuencias de su interpretación sino que procede a declarar la inconstitucionalidad. Si bien, en mi opinión, el impuesto gravaba la “concentración” y, por ende, era ajustado a la Constitución, creo, con carácter general, que es positivo el cambio de actitud de la Corte.

---

8 Insisto en que no es un Estado federal y que estas funciones “legislativas” de las juntas son solo aquellas que establece la Constitución sin que puedan equipararse a las del Poder Legislativo nacional.

9 Este índice es una forma de determinar la productividad potencial de cada inmueble. En general, el índice 100 señala una calidad elevada de los campos que es en cierta forma la media del país.

#### IV. CONCLUSIONES

En definitiva, en el período analizado se han producido cambios sustanciales en los criterios con que la Suprema Corte de Justicia ejerce sus competencias de contralor de la constitucionalidad de las leyes, lo que sin duda es positivo. Sin perjuicio de esto, en la Sentencia 20/2013 aparecen algunos conceptos y problemas que seguramente se irán aclarando en pronunciamientos posteriores.

#### BIBLIOGRAFÍA

- CHEMERENSKY, Erwin, *Constitutional Law. Principles and policies*, 3ª ed., Nueva York, Aspen Publishers, 2006.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “*Fétichisme de la loi, séparation des pouvoirs et gouvernement des juges. Tres ideas-fuerza para el rechazo del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en Francia (1789-1958)*”, en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 19, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2007.
- LAMBERT, Edouard, *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación en los Estados Unidos*, trad. de Félix de la Fuente, Madrid, Tecnos, 2010.
- MONTESQUIEU (Charles de Secondat, barón de La Brède y de Montesquieu), *El espíritu de las leyes*, Grandes Clásicos del Derecho, vol. 5, México, Oxford University Press, 1999.
- RISSO FERRAND, Martín, “Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia uruguaya (2009-2010)”, en BAZÁN, Víctor y NASH ROJAS, Claudio (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución*, Montevideo, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Fundación Konrad Adenauer, 2011.
- SULLIVAN, Kathleen M. y GUNTHER, Gerald, *Constitutional Law*, Fifteenth edition, New York, Foundation Press, Thomson West, 2004.

## Jurisprudencia constitucional uruguaya 2013-2014

Martín Risso Ferrand\*

### I. INTRODUCCIÓN

Luego de haber declarado la inconstitucionalidad de cinco leyes del gobierno de José Mujica en 2013,\*\* la Suprema Corte de Justicia presenta claros rasgos de actualización en la materia sin perjuicio de la subsistencia de algunos problemas. Por ejemplo, se mantiene el cambio de no escudarse en nociones tales como el propósito (o temor) de evitar caer en el “gobierno de los jueces”, o el uso de una noción extrema de la “presunción de constitucionalidad” y algunos otros conceptos que sirven para justificar la retracción de la Corte con la consecuencia evidente de dejar sin control adecuado al Poder Legislativo. Es un cambio prometedor que debe saludarse por su continuidad.

Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia ha sido variada.

### II. EL IMPUESTO A LAS ASIGNACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL (IASS)

Alrededor de cinco mil jubilados solicitaron en tres acciones independientes la declaración de inconstitucionalidad de la ley que estableció el IASS, tributo que grava las jubilaciones hasta en un 25% de su monto.

Para comprender el caso debe tenerse presente que en el año 1989 la situación de la mayoría de los jubilados (o pasivos) uruguayos era desesperada. Las pasividades estaban prácticamente congeladas con una inflación altísima y acumulada de varios años. Asimismo, carecían de la poderosa arma de los trabajadores: el-

---

\* Nota del ed.: Las referencias curriculares figuran en el trabajo de su autoría que aparece en la segunda parte de este libro.

\*\* Nota del ed.: José Mujica estuvo a cargo del gobierno uruguayo entre 2010 y 2015, y fue sucedido por el actual presidente Tabaré Vázquez que asumió el 1 de marzo de 2015.

derecho de huelga. Y por el juego de los artículos 79, inciso 2, y 86, inciso 2, de la Constitución les resultaba imposible defenderse a través de los institutos de gobierno directo (referéndum e iniciativa popular en materia legislativa).

Ante esta situación, la Confederación General Reivindicadora de las Clases Pasivas, la Asociación de Jubilados de Ancap, la Coordinadora de Afiliados a la Seguridad Social y la Asociación de Jubilados de Cargos Administrativo, Técnico y de Dirección redactaron un proyecto de reforma constitucional, recogieron las firmas necesarias a los efectos de la iniciativa popular en materia de reforma constitucional (artículo 331, literal “A”, de la Constitución) y presentaron el proyecto de reforma que fue plebiscitado afirmativamente en noviembre de 1989, conforme al cual el artículo 67 de la Constitución quedó redactado de la siguiente forma:

Artículo 67. Las jubilaciones generales y seguros sociales se organizarán en forma de garantizar a todos los trabajadores, patronos, empleados y obreros, retiros adecuados y subsidios para los casos de accidentes, enfermedad, invalidez, desocupación forzosa, etc.; y a sus familias, en caso de muerte, la pensión correspondiente. La pensión a la vejez constituye un derecho para el que llegue al límite de la edad productiva, después de larga permanencia en el país y carezca de recursos para subvenir a sus necesidades vitales.

Los ajustes de las asignaciones de jubilación y pensión no podrán ser inferiores a la variación del Índice Medio de Salarios [IMS], y se efectuarán en las mismas oportunidades en que se establezcan ajustes o aumentos en las remuneraciones de los funcionarios de la Administración Central.

Las prestaciones previstas en el inciso anterior se financiarán sobre la base de:

- a) Contribuciones obreras y patronales y demás tributos establecidos por ley. Dichos recursos no podrán ser afectados a fines ajenos a los precedentemente mencionados, y
- b) La asistencia financiera que deberá proporcionar el Estado, si fuera necesario.

La reforma constitucional de 1989, con el explícito objetivo mencionado anteriormente, implicó un ajuste trascendente en el régimen constitucional, que ha quedado delineado de la siguiente forma:

- a) Se mantiene la anterior organización de las jubilaciones generales y seguros sociales a los efectos de *garantizar* a los trabajadores, patronos, empleados y obreros retiros *adecuados* y subsidios.
- b) Pero se agregó una forma especial de protección estableciendo que: 1) [*magnitud de los ajustes*] los ajustes de las asignaciones de jubilaciones y pensiones no podrán ser inferiores a la variación del Índice Medio de Sala-

- rios (esto es, habrá siempre un ajuste mínimo); y 2) [momento de los ajustes] se efectuarán en las mismas ocasiones en que se dispongan ajustes en las remuneraciones para los funcionarios de la Administración Central. De esta solución se desprende:
- i. Cada vez que haya aumento de remuneraciones para los funcionarios de la Administración Central se deberán ajustar las pasividades y pensiones.
  - ii. Los aumentos de pasividades no necesariamente deberán ser iguales a los aumentos de salarios de la Administración Central.
  - iii. Los aumentos de las pasividades no podrán ser inferiores al IMS.
- c) Las pasividades (jubilaciones y pensiones) tienen desde 1989 una protección propia y especial, que no posee siquiera el salario, y que no podrá ser modificada por ley en ningún caso. Las jubilaciones tienen constitucionalmente garantizados una intangibilidad y un incremento mínimos.
- d) Por último, el artículo 67 termina señalando cómo se financiarán las prestaciones e indica dos fuentes de financiación: 1) los propios aportes obreros y patronales más los tributos que se establezcan por ley (recursos que no pueden ser afectados a fines ajenos a los precedentemente mencionados; se refiere al pago de las prestaciones); y 2) la asistencia financiera que *deberá proporcionar* el Estado, si fuera necesario.

Loewenstein hacía referencia al fenómeno de “perversión” de la Constitución,<sup>1</sup> la que se podría dividir en dos variantes: i) la perversión del sistema todo para camuflar bajo el ropaje de un sistema democrático un sistema autoritario (Julio César y Napoleón demuestran que esta forma de perversión es antigua); y ii) la perversión de ciertas disposiciones constitucionales, las que, dentro de un Estado de derecho, se desnaturalizan solapadamente llevando la interpretación de la Carta o de algunas de sus disposiciones a conclusiones contrarias a la voluntad del constituyente.<sup>2</sup> En otras palabras, la moderna autocracia tiende a convertir la Constitución en un mero instrumento para satisfacer sus necesidades, desnaturalizando la función de garantía que presentan todas las disposiciones constitucionales.

---

1 Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1986, pp. 213 y ss. Esta noción no es una mera adjetivación, como señaló alguna vez la Corte, sino un concepto técnico frecuentemente utilizado en la doctrina constitucionalista extranjera para referir a las formas de desnaturalización y menoscabo de las constituciones.

2 Oliverio Cromwell, reparando en que el “instrumento de gobierno” establecía la duración de los períodos de sesiones del parlamento en “meses”, interpretó que eran meses lunares, más breves que los solares, y cerró las sesiones del parlamento antes de tiempo.

Varios son los ejemplos de desnaturalización de disposiciones constitucionales o perversión de sus valores. A veces se elude la prohibición de censura previa (garantía de la libertad de comunicación de pensamientos), recurriendo a restricciones en la comercialización del papel de periódicos, restricciones en el uso de frecuencias radioeléctricas, arbitraria asignación de publicidad oficial, etc. Todas estas perversiones no tienen otro objetivo que desnaturalizar disposiciones y principios constitucionales.

En materia de jubilaciones y pensiones, la desnaturalización y perversión de las normas constitucionales es algo cotidiano en toda América Latina. Uruguay no fue la excepción, y así se llegó a la más absoluta perversión de los fines constitucionales cuando se utilizaron las pasividades como válvula de compensación de los crecientes egresos públicos en medio de una espiral inflacionaria: buena parte del costo de la inflación se trasladó a los pensionados, que eran quienes tenían menos posibilidades de defensa y vieron congeladas sus ya magras jubilaciones y pensiones.

La desnaturalización anterior fue corregida con la reforma constitucional de 1989 (luego se debió corregir una segunda perversión con la reforma de 1994) y, ahora, el legislador ha encontrado una nueva forma de desnaturalizar la Carta.

Las normas legales que crearon el IASS, en definitiva, gravan las jubilaciones y pensiones que superen determinado piso exento.

La inconstitucionalidad es evidente: i) se viola directamente el artículo 67 de la Constitución,<sup>3</sup> ii) se viola el principio de progresividad, iii) se viola el principio de igualdad y iv) se limita un derecho que la Constitución no habilita que sea limitado. Se están reduciendo por esta vía indirecta las jubilaciones. Véase la

---

3 El impuesto que se establece sobre las jubilaciones, pensiones y demás prestaciones de la seguridad social resulta contrario a la cláusula constitucional de ajuste mínimo. En efecto, el agregado al artículo 67 en la reforma de 1989, no hace más que fijar un mínimo de aumento completando un régimen de intangibilidad de las prestaciones. ¿Qué sentido puede tener la garantía constitucional si se admite que, por una vía indirecta (la del tributo), igualmente se desnaturalice la garantía constitucional? Se confiere el aumento mínimo, pero se quita por otra vía indirecta. Este es un caso flagrante de perversión de una disposición constitucional. La Carta asegura incrementos mínimos y establece un índice seguro, pero el ingenio legislativo conduce a que lo que se da por un lado (cumpliendo el mandato constitucional) se quita por el otro, al aplicar el tributo. Y adviértase que conforme el sistema de retención, el aumento será una mera ficción, ya que nunca llegará a manos de los pasivos; será solo un juego de números y asientos contables: se registrará un incremento pero se quitará por otro lado y el resultado será que no llegará al bolsillo del pasivo lo que marca la Constitución. Imaginemos que para pagar menos por concepto de indemnizaciones, el Estado estableciera un impuesto sobre los montos que debe abonar a los particulares. Esto sería groseramente inconstitucional y solo una forma de abatir el cumplimiento de sus obligaciones. Lo mismo ocurre con las pasividades.

perversión: el Estado cumple con el mandato constitucional de disponer los reajustes mínimos de las jubilaciones, pero a continuación quita lo otorgado como ajuste y más por la vía del impuesto. Se transforma la garantía constitucional en una suerte de burla, ya que con el sistema de retenciones del impuesto, los ajustes nunca llegarán al bolsillo de los jubilados. Es un juego perverso de asientos contables, una parodia de cumplimiento con la Constitución.

Por sentencias 411 y 410 de 2014, la Corte rechazó las acciones de inconstitucionalidad, señalando, en lo medular, que la Constitución no establece ningún sistema de intangibilidad a favor de las jubilaciones ni garantiza prestaciones mínimas. Asimismo, entendió que todos los derechos fundamentales pueden limitarse por ley y que el Estado goza de plena potestad para establecer tributos.

La cuestión se encuentra planteada al día de hoy ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

### III. EFECTOS DE LA SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD

El régimen constitucional sobre control de la constitucionalidad de las leyes proviene de la Constitución de 1934 y nunca había generado dudas en cuanto a los efectos de las sentencias. Así, al tener la sentencia efectos *inter partes*, para el caso concreto, siempre se entendió que ellos dependían de la forma en que el caso había sido planteado por el promotor. De esa manera, la acción de inconstitucionalidad podía tener: i) efectos preventivos, para evitar la aplicación de la ley inconstitucional; ii) efectos reparatorios, o sea, se declaraba la inconstitucionalidad y luego debía corregirse lo actuado conforme a la noma inconstitucional; o iii) ambos efectos conjuntos.

Desde hace algo más de una década se ha planteado una discusión jurisprudencial, fuertemente criticada desde la doctrina, en la medida en que se postula que los efectos de la sentencia se retrotraen a la fecha de la demanda de inconstitucionalidad y nunca pueden afectar hechos anteriores a dicho momento. La posición es altamente cuestionable pues, en cierta forma, no hace más que ignorar el texto claro de la Constitución, estableciendo una limitación al “caso concreto” de que habla la Carta, pero en términos que esta no autoriza.

En la Sentencia 455/2014, dos de los miembros naturales de la Corte entienden que la declaración de inconstitucionalidad solo tiene efecto desde la fecha de la promoción de la demanda, mientras que otros dos mantienen la posición tradicional y no aceptan dicha limitación temporal. Es evidente que la cuestión plantea una incertidumbre en un tema en que no debería haberla, pues algo tan sensible como los efectos de la declaración de inconstitucionalidad debería tener una única y clara solución.

#### **IV. REMUNERACIÓN DE LOS JUECES Y LEYES INTERPRETATIVAS**

La Corte, debidamente integrada ante la abstención de sus miembros naturales, escribió un nuevo capítulo en la defensa de la remuneración de los jueces (Sentencia 489/2014).

Por el juego de sucesivas normas legales, el Poder Ejecutivo procuró borrar el aumento salarial otorgado, indirectamente, a todos los integrantes del Poder Judicial. Se concedió un aumento a ciertos cargos del Poder Ejecutivo (ministros de Estado, secretario y prosecretario de la Presidencia, etc.), olvidando que la remuneración de los miembros de la Suprema Corte de Justicia está equiparada a las de los ministros de Estado y las de los restantes jueces están fijadas en porcentuales del salario de los miembros de la Corte.

Con sucesivas leyes presuntamente “interpretativas” se procuró separar a los jueces y excluirlos del aumento salarial, pero estas leyes han sido declaradas inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia, defendiendo así el salario de los magistrados judiciales. Se señaló con acierto que las leyes no eran interpretativas sino innovativas y que no podían afectar el salario legítimamente adquirido por los jueces.

#### **V. EL CASO GELMAN Y SUS DERIVACIONES**

En varias sentencias de 2014, la Suprema Corte mantuvo su jurisprudencia ya comentada en reportes anteriores y declaró la inconstitucionalidad de los artículos 2 y 3 de la Ley 18.831.

#### **VI. IMPUESTO A LA CONCENTRACIÓN DE INMUEBLES RURALES (ICIR)**

En informes anteriores también se señaló que la Suprema Corte, por mayoría (cuatro votos a uno), había declarado la inconstitucionalidad del ICIR pero, en una solución nueva para las prácticas jurisprudenciales nacionales, señaló cómo podría establecerse un tributo similar respetando la Constitución.

El legislador siguió las pautas de la Corte y estableció un nuevo tributo por Ley 19.088. Por mayoría (cuatro votos a uno), la Corte desestimó varias acciones de inconstitucionalidad contra el nuevo tributo (Sentencia 753/2014).

#### **VII. ACCIONES DE AMPARO**

Según se ha explicado en informes anteriores, las acciones de amparo en Uruguay se sustancian ante los juzgados letrados de primera instancia y solo tienen



un recurso de apelación ante los tribunales de apelaciones. Las acciones nunca llegan ante la Suprema Corte de Justicia, salvo la acción de amparo por reintegración de dirigentes sindicales despedidos.

Desde hace una década se ha ido consolidando una prometedora y moderna jurisprudencia de primera instancia, en que la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos y de las modernas técnicas de interpretación y ponderación se realiza con cierta fluidez. Estos avances también comenzaron a ser recibidos en segunda instancia, con cada vez más frecuencia y precisión.

El balance de la evolución jurisprudencial en acciones de amparo, en la última década, es altamente positivo. Cada vez más el instituto se afianza como una garantía efectiva de los derechos humanos.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, num. 221.

Corte IDH, Resolución de 20 de marzo de 2013, Caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión de cumplimiento de sentencia.

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1986, pp. 213 y ss.

# Erosión de la institucionalidad democrática y debilitamiento de los controles internacionales

Jesús M. Casal\*

## I. INTRODUCCIÓN

Es difícil relatar lo acontecido en Venezuela durante los años 2012 y 2013 en materia de justicia constitucional y derechos fundamentales. Sobre todo porque el sistema de protección judicial de estos derechos está afectado por la fragilidad general de la institucionalidad democrática en el país, por lo que el examen del desempeño de la justicia constitucional debe estar precedido de una explicación, así sea somera, de la actual situación político-institucional.

Este artículo aludirá primero a esa contextualización, la cual hará énfasis en asuntos relacionados con las condiciones necesarias para que la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales pueda llevarse a cabo. La importancia que tiene la consideración de ese entorno institucional permitirá comprender la selección de las sentencias que serán analizadas, así como el espacio destinado a tratar problemáticas inscritas en el marco general de la garantía de los derechos, con preferencia las referidas a su interpretación jurisprudencial o a la evaluación de los mecanismos procesales dirigidos a ampararlos.

## II. EL CONTEXTO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DE LOS INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Son tres los aspectos de la situación institucional general que deben ser comentados. El primero se refiere al continuado socavamiento de principios medulares del Estado de derecho como la separación de poderes y, en particular, la independencia judicial. El segundo apunta al afianzamiento de un modelo político que

---

\* Nota del ed.: Las referencias curriculares del profesor Casal fueron expuestas en el aporte de su autoría que figura en la primera parte de esta obra.

atenta contra el pluralismo político y otros valores esenciales al proceso democrático. Y el tercero guarda relación con la reducción de las garantías internacionales de los derechos humanos.

En el período examinado se ha consolidado la subordinación de los órganos judiciales al proyecto político impulsado por el Gobierno. La alineación de las instancias gubernamentales, legislativas y judiciales en una misma dirección política, ligada al ‘socialismo del siglo XXI’ o a la ‘democracia protagónica y revolucionaria’, es cada vez más visible y, peligrosamente, tiende a hacerse costumbre entre la ciudadanía. No se espera ya de los tribunales la capacidad de controlar al poder público para asegurar la vigencia efectiva de la Constitución y de los derechos humanos que ella protege. Este envilecimiento de la actuación del Poder Judicial se traduce en que ya no hay miramientos o disimulos en el momento de adoptar decisiones claramente insertas en una trama urdida por la fuerza partidista mayoritaria. Igualmente, se ha entronizado la pasividad del Tribunal Supremo de Justicia ante demandas presentadas con el fin de salvaguardar contenidos fundamentales de la Constitución, hasta el punto de que a algunos recursos de inconstitucionalidad ni siquiera se les da curso, en virtud del sector político o social del cual provienen o de las consecuencias políticas que podría tener su tramitación y resolución, incluso en sentido desfavorable al accionante. A veces se procura evitar el debate público que puede rodear el desarrollo de un proceso o la emisión de una sentencia.

Se aprecian igualmente serios problemas en el ámbito del respeto al pluralismo político. El diseño del Estado y los principios del sistema democrático plasmados en la Constitución están siendo desplazados por el modelo del Estado socialista comunal, en el cual la organización federal del Estado es dejada de lado a favor de instancias comunitarias o comunales vinculadas al poder central y sujetas a muchas limitaciones para el despliegue de una participación libre. Entre estas se encuentran las barreras ideológicas que han sido impuestas mediante leyes y prácticas administrativas, las cuales reservan el ejercicio de varios mecanismos de participación político-social a quienes propugnen la democracia socialista o el socialismo del siglo XXI. A esto se añade la aprobación, por la Asamblea Nacional, del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2013-2019, denominado “Plan de la Patria” y calificado como el “Segundo Plan Socialista”. Este documento, al cual se atribuyó fuerza vinculante, recoge el programa de gobierno que el entonces presidente y candidato a la reelección Hugo Chávez Frías presentó a los electores en la campaña de las elecciones presidenciales de 2012. Se trata de un proyecto ideológicamente cerrado, destinado a apuntalar el socialismo bolivariano y que reafirma la tendencia a levantar la institucionalidad del Estado comunal, conducido a fin de cuentas por el Poder Ejecutivo Nacional, y a

erigir el socialismo del siglo XXI, como ideología de partido, en doctrina oficial y vinculante del Estado. Esta negación del pluralismo político supone también, según dicho Plan, la invasión ideológica de los más diversos espacios de la vida pública y social: la función pública, los sindicatos y otras organizaciones de empleados y obreros, las escuelas, las fuerzas armadas y la familia.

Al referido deterioro de la institucionalidad democrática hay que agregar la disminución de los controles internacionales relacionados con la garantía de los derechos humanos en el sistema interamericano. Como colofón de su reiterada postura de desacato a los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, el 10 de septiembre de 2013 surtió efectos la denuncia por el Estado venezolano de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Debe insistirse en las peculiaridades de la denuncia de Venezuela. No es esta la primera denuncia a la Convención Americana (lo hizo Trinidad y Tobago en 1998), pero las especiales circunstancias que la rodean son dignas de consideración. El Estado venezolano se hallaba y se halla en una situación de abierto incumplimiento de las decisiones de los órganos del sistema interamericano e incluso de enfrentamiento con sus funcionarios y procedimientos. Esta rebeldía reiterada desemboca ahora en la ruptura definitiva con la Convención y con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), sentándose así el precedente negativo de que los Estados escogen discrecionalmente cumplir o no los informes o recomendaciones de la Comisión o las sentencias de la Corte IDH, lo cual luego es coronado con la denuncia misma del tratado.

Por otra parte, entre 1999 y 2013, fechas de la eficacia de ambas denuncias, han ocurrido acontecimientos jurídicos internacionales como la aprobación de la Carta Democrática Interamericana, la cual dispone que los Estados de la Organización de Estados Americanos (OEA) deben fortalecer el sistema interamericano de derechos humanos (artículo 8), lo que contrasta con la actitud del Gobierno venezolano y su determinación de denunciar la Convención. Adicionalmente, en el caso venezolano, las obligaciones asumidas a causa del ingreso al Mercado Común del Sur (Mercosur) se oponen a la posibilidad de presentar esta denuncia, ya que, mediante diversos instrumentos, los Estados partes se comprometen a promover y proteger los derechos humanos de manera efectiva, inspirándose en los principios de la CADH.

También debe destacarse la ilicitud de la denuncia presentada a la luz de la Constitución venezolana, cuyo artículo 19 reconoce el principio de progresividad en la protección de los derechos humanos, en concordancia con su artículo 31, que consagra el derecho al amparo internacional de estos derechos, a lo cual se suma la expresa mención de la CADH en el artículo 339 de la Constitución, en la regulación de los estados de excepción. El punto clave es que la denuncia de esta

Convención implica, para los venezolanos y otras personas sujetas al poder del Estado venezolano, una reducción de los niveles de garantía internacional de los derechos humanos. Aunque esta inconstitucionalidad no bastare para viciar la denuncia en el orden internacional, es parte de los atropellos cometidos contra el orden jurídico.

Al haber surtido efectos la denuncia el 10 de septiembre de 2013, ya no será posible elevar, ante la Corte IDH, casos que se refieran a violaciones de la CADH posteriores a esta fecha. En relación con hechos anteriores, la situación es esta:

- a) Los casos en tramitación ante la Comisión Interamericana siguen su curso y pueden llegar a la Corte. Obviamente, continúa la tramitación ante este último tribunal de los casos de los cuales ya está conociendo.
- b) En lo que respecta a los hechos que comporten violaciones de la Convención que aún no hayan sido planteadas ante la Comisión, conviene distinguir:
  - b.1. Si el caso está en fase de agotamiento de recursos internos, al cumplirse este requisito –renunciable por el Estado y que tiene excepciones–, los hechos pueden ser objeto de una petición ante la Comisión Interamericana, dentro de los plazos respectivos, y esta puede luego someterlos al proceso ante la Corte.
  - b.2. Si los hechos aún no están en fase de agotamiento de los recursos internos, por tratarse de violaciones continuadas de derechos humanos, por ejemplo, puede darse inicio a esta fase de agotamiento, en las condiciones y con la finalidad indicadas anteriormente.

La Corte IDH conserva, por otra parte, sus competencias para supervisar el cumplimiento de las sentencias ya dictadas o de las que emita en el futuro. Por otro lado, la Comisión mantiene sus atribuciones para el conocimiento de peticiones contra el Estado venezolano, las cuales serán evaluadas con base en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre o con fundamento en el tratado específico, ratificado por Venezuela, que otorgue competencia a la Comisión (Convención de Belém do Pará, por ejemplo).

Lo cierto es que, respecto del Estado venezolano, se han reducido significativamente los niveles de la protección internacional de los derechos humanos, pues ya no será posible, con base en la CADH, someter a la Corte IDH los casos conocidos por la Comisión Interamericana que no hayan encontrado solución adecuada en esta instancia. Ello sin duda supone un cercenamiento de los mecanismos de tutela internacional de los derechos humanos, sin perjuicio de que continúen abiertas las vías de reclamo ante la Comisión Interamericana y los organismos del sistema universal de protección.

Preocupa sobremanera el mensaje que ha enviado el Estado venezolano con este proceder, que lo sitúa a contracorriente de la evolución del derecho internacional y del movimiento internacional por los derechos humanos. En tiempos en los que la pertenencia a acuerdos de integración económica, o la permanencia en ellos, está condicionada a la garantía efectiva de los derechos humanos; en los que el Mercosur, por ejemplo, avanza en la promoción de los derechos humanos y considera parte de esta tarea el fortalecimiento del sistema interamericano de protección; en los que la comunidad internacional, en definitiva, asume el compromiso de alcanzar estándares cada vez más elevados de garantía de estos derechos, Venezuela da la espalda a estos desarrollos y se cierra en una concepción arcaica de la soberanía. En el fondo, el proceso esbozado es expresión de la erosión gradual de los controles democráticos previstos en la Constitución, que se inició desde la entrada en vigor de este instrumento normativo, e incluso antes. Un Gobierno acostumbrado a prescindir de los límites jurídicamente establecidos para el ejercicio del poder, hasta el punto de acometer, junto a las fuerzas que lo sustentan, una ocupación política de los órganos llamados a poner en práctica tales controles, terminó mostrándose poco tolerante ante la actuación de instancias internacionales de protección de los derechos humanos que conocieron de casos reveladores de la situación general de estos derechos en el país. La denuncia de la CADH representa, desde esta óptica, el cierre del compás de la negación de los límites y controles institucionales efectivos frente a los gobernantes.

### **III. UN DECISIVO CAPÍTULO JURISPRUDENCIAL DEL PERÍODO EXAMINADO: LAS FALTAS Y LA SUCESIÓN EN LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA**

Analizaremos las dos principales sentencias dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en relación con el viaje del entonces presidente de la República Hugo Chávez a La Habana (Cuba) para someterse a una intervención quirúrgica, y la imposibilidad en que se encontró de volver a Venezuela y de tomar juramento como presidente de la República para un nuevo período constitucional, lo cual tuvo como desenlace su fallecimiento y la consecuente falta absoluta en la Presidencia de la República. Estas decisiones tuvieron una gran significación institucional y explican, en parte, el resultado de la contienda político-electoral vivida en el país tras la desaparición física de Chávez. Son, al mismo tiempo, reveladoras de la situación de subordinación en que se encuentra el Poder Judicial respecto de los factores políticos dominantes. Las hemos escogido para ilustrar cómo la actuación indebida, políticamente interesada, de las altas magistraturas judiciales puede desviar el curso del proceso democrático y la expresión de la voluntad popular.

## 1. La ausencia temporal en la Presidencia de la República y la imposibilidad del Presidente electo de prestar juramento ante la Asamblea Nacional

El entonces presidente de la República Hugo Chávez debió trasladarse a Cuba el 9 de diciembre de 2012 para someterse a una intervención quirúrgica asociada al cáncer que le afectaba. La Asamblea Nacional, en uso de sus atribuciones constitucionales, autorizó este viaje al exterior, de acuerdo con lo solicitado por el Presidente de la República. A causa de complicaciones surgidas durante esta operación, Chávez no pudo retornar al país para juramentarse como presidente ante la Asamblea Nacional, para un nuevo período, en la sesión que constitucionalmente debía realizarse el 10 de enero de 2013. El 8 de enero de 2013 se recibió en la Asamblea Nacional comunicación suscrita por el vicepresidente ejecutivo de la República Nicolás Maduro, en la cual este participaba que el presidente Chávez no podría comparecer ante este cuerpo parlamentario el 10 de enero de 2013, en virtud de recomendaciones de su equipo médico relacionadas con su estado de salud y la prolongación de su recuperación posquirúrgica. El mismo 8 de enero sesionó la Asamblea Nacional y debatió sobre la normativa constitucional aplicable ante esta situación, que el oficio del Vicepresidente Ejecutivo calificaba de sobrevenida. La mayoría de la Asamblea Nacional solicitó proceder conforme al artículo 231 de la Constitución, que permite al candidato electo presidente de la República juramentarse ante el Tribunal Supremo de Justicia, cuando, por algún motivo sobrevenido, no pueda hacerlo ante la Asamblea Nacional.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante Sentencia de 9 de enero de 2013,<sup>1</sup> que resolvió un recurso de interpretación constitucional interpuesto el 21 de diciembre de 2012, fijó posición sobre el asunto, en estos términos:

- (i) Hasta la presente fecha, el Presidente Hugo Rafael Chávez Frías se ha ausentado del territorio nacional, por razones de salud, durante lapsos superiores a “cinco días consecutivos”, con la autorización de la Asamblea Nacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 235 de la Constitución, la última de las cuales se encuentra plenamente vigente y fue ratificada en sesión de la Asamblea Nacional de fecha 8 de enero de 2013.
- (ii) No debe considerarse que la ausencia del territorio de la República configure automáticamente una falta temporal en los términos del artículo 234 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sin que así lo dispusiere expresamente el Jefe de Estado mediante decreto especialmente redactado para tal fin.

<sup>1</sup> SSC/TSJ 2/2013.

- (iii) A diferencia de lo que disponían los artículos 186 y 187 de la Constitución de 1961, que ordenaban que en caso de existir un desfase entre el inicio del período constitucional y la toma de posesión, el Presidente saliente debía entregar el mandato al Presidente del Congreso y procederse “*como si se tratara de una falta absoluta*”; la Carta de 1999 eliminó expresamente tal previsión, lo cual impide que el término del mandato pueda ser considerado una falta absoluta (que, por otra parte, tampoco está contemplada en el artículo 233 constitucional como causal y sería absurdo en el caso de un Presidente reelecto y proclamado).
- (iv) A pesar de que el 10 de enero de 2013 se iniciaba un nuevo período constitucional, no era necesaria una nueva toma de posesión en relación con el Presidente Hugo Rafael Chávez Frías, en su condición de Presidente reelecto, en virtud de no existir interrupción en el ejercicio del cargo.
- (v) La juramentación del Presidente reelecto podía ser efectuada en una oportunidad posterior al 10 de enero de 2013 ante el Tribunal Supremo de Justicia, de no poder realizarse dicho día ante la Asamblea Nacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 231 de la Carta Magna. Dicho acto sería fijado por el Tribunal Supremo de Justicia, una vez que existiera constancia del cese de los motivos sobrevenidos que hubieran impedido la juramentación.
- (vi) En atención al principio de continuidad de los Poderes Públicos y al de preservación de la voluntad popular, no era admisible que ante la existencia de un desfase cronológico entre el inicio del período constitucional y la juramentación de un Presidente reelecto, se considerara (sin que el texto fundamental así lo pautara) que el gobierno quedaba *ipso facto* inexistente. En consecuencia, el Poder Ejecutivo (constituido por el Presidente, el Vicepresidente, los Ministros y demás órganos y funcionarios de la Administración) seguiría ejerciendo cabalmente sus funciones con fundamento en el principio de la continuidad administrativa.

Habría mucho que decir sobre esta decisión, pero interesa destacar los aspectos que más influyeron en el devenir político ulterior. En el plano fáctico, no es cierto que la Asamblea Nacional haya ratificado, en la sesión del 8 de enero de 2013, el permiso otorgado al Presidente de la República el 9 de diciembre de 2012 –el cual vencía al finalizar el período del respectivo mandato presidencial–, ni tampoco lo es que el Presidente estuviera en ejercicio del cargo, como la sentencia sostiene. Este segundo hecho, y sus consecuencias jurídicas, deben ser comentados con algún detalle.

Es evidente que Chávez se apartó del ejercicio normal de sus funciones desde el momento en que fue sometido a una intervención quirúrgica sumamente in-



vasiva y delicada, el 11 de diciembre de 2012. El permiso otorgado por la Asamblea Nacional en nada contradice esta realidad, como pretende la Sala Constitucional, sino que más bien la confirma. Aquí se aprecia un primer desatino de la sentencia citada. Lo que estaba en discusión con ocasión del viaje del Presidente a La Habana para someterse a una operación no era si su simple ausencia del territorio nacional configuraba una falta temporal. El trasfondo de lo planteado ante la Sala Constitucional en el recurso de interpretación era que, ante la proximidad del 10 de enero de 2013 y dado que el Presidente se hallaba en Cuba bajo tratamiento médico, debían determinarse las consecuencias jurídicas de una eventual imposibilidad del Presidente para juramentarse en esa fecha ante la Asamblea Nacional. Para resolver esta cuestión había ciertamente que esclarecer cuáles eran los efectos de su ausencia del territorio nacional, pero en el contexto del caso lo relevante no era si tal ausencia configuraba automáticamente una falta temporal. Lo significativo era si la permanencia del Presidente en el exterior para ser intervenido quirúrgicamente, con todo lo que implica una operación de las características de la que había sido practicada, y el posoperatorio correspondiente, afectaban su capacidad para el ejercicio del cargo en condiciones de normalidad o suficiente dedicación. La respuesta a este interrogante es obviamente afirmativa, y no es convincente la tesis de la Sala Constitucional, según la cual el régimen de la falta temporal no se aplica sino cuando el propio presidente convoca al vicepresidente ejecutivo a suplirlo, mediante la declaración formal de su falta temporal. Hay circunstancias, incluso imprevisibles, en las cuales el presidente de la República no estará en capacidad física o mental de declarar su propia falta temporal, y sería absurdo sostener que solo por ello la Presidencia quedaría de hecho temporalmente acéfala.

La verdad es que sí existía una falta temporal en la Presidencia, al menos desde el 11 de diciembre de 2012, fecha de la intervención quirúrgica de Hugo Chávez, cuyo posoperatorio se complicó y devino en situaciones aún más delicadas de salud que le impidieron comparecer ante la Asamblea Nacional el 10 de enero de 2013, y luego desembocaron en su fallecimiento en marzo de ese mismo año. Al negarse a reconocer que se había producido esa falta temporal en la Presidencia de la República, que debía conducir a que el Vicepresidente Ejecutivo asumiera provisionalmente las funciones de la Presidencia y al inicio del plazo previsto en el artículo 234 de la Constitución,<sup>2</sup> la Sala Constitucional quiso cons-

2 El artículo 234 dispone: “Las faltas temporales del Presidente o Presidenta de la República serán suplidas por el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva hasta por noventa días, prorrogables por decisión de la Asamblea Nacional por noventa días más.

Si una falta temporal se prolonga por más de noventa días consecutivos, la Asamblea Nacional decidirá por mayoría de sus integrantes si debe considerarse que hay falta absoluta”.

truir una ficción según la cual todo estaba en completa normalidad en cuanto al ejercicio de la Presidencia de la República, de manera que fuera posible sostener que al día siguiente de la sentencia, el 10 de enero de 2013, Hugo Chávez estaba en ejercicio de la Presidencia y que podía seguir en ella al haber sido reelecto, sin que fuera imprescindible en este supuesto la previa juramentación para el correspondiente período.

Mientras que si la Sala hubiera admitido, como era forzoso en derecho, que sí había una falta temporal del Presidente de la República, en virtud de su operación en Cuba y de las complicaciones sobrevenidas, habría debido aceptar que su incomparecencia ante la Asamblea Nacional el 10 de enero de 2013, para su juramentación como Presidente de la República, representaba una falta temporal del Presidente electo, supuesto no regulado expresamente en la Constitución de 1999, pero que, por aplicación analógica de lo establecido para la falta absoluta del Presidente electo, debía resolverse mediante la juramentación del Presidente de la Asamblea Nacional como encargado de la Presidencia de la República, hasta que Hugo Chávez pudiera volver al ejercicio de su cargo para un nuevo período, dentro de los límites temporales fijados en el artículo 234 de la Constitución.

El Presidente de la Asamblea Nacional pertenecía, al igual que Nicolás Maduro, al partido de gobierno, pero ya Chávez había manifestado el 8 de diciembre de 2012, antes de viajar a Cuba para ser operado, que su sucesor político, en caso de algún desenlace fatal, sería Nicolás Maduro, lo cual favoreció su permanencia en la Vicepresidencia Ejecutiva y en el ejercicio, de hecho, de la Presidencia después del 10 de enero de 2013, pues esa continuidad consolidaba su posición política de cara a un posible proceso electoral. No solo por la faceta simbólica de esta continuidad y por la gestión de gobierno que podía desarrollarse entretanto, sino también porque ello permitiría a Nicolás Maduro, de acuerdo con la interpretación que la Sala Constitucional ya tenía en mente del artículo 229 de la Constitución, ser presidente encargado durante la eventual campaña electoral destinada a dilucidar quién reemplazaría a Hugo Chávez en la Presidencia. La asunción temporal de la Presidencia de la República por el Presidente de la Asamblea Nacional hubiera implicado que él mismo continuara en la Presidencia de la República tras un eventual fallecimiento de Hugo Chávez, lo cual hubiera colocado a Nicolás Maduro fuera de la Presidencia de la República desde el 10 de enero de 2013, e incluso fuera del gabinete ejecutivo desde la falta absoluta en la Presidencia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 229 de la Constitución, al cual seguidamente nos referiremos.

## 2. El presidente encargado en campaña electoral

Ya decíamos que un objetivo fundamental subyacente a la sentencia de la Sala Constitucional del 9 de enero de 2013 era permitir que Nicolás Maduro, ungido por Chávez como su sucesor político, siguiera de hecho en el desempeño de funciones presidenciales<sup>3</sup> después del 10 de enero de 2013, fecha prevista para la toma de posesión mediante juramento del Presidente electo, e incluso después de un eventual fallecimiento de Hugo Chávez. Este desenlace fue anunciado el 5 de marzo de 2013, y la falta absoluta generada debía ser llenada interinamente –según la ficción de la continuidad del ejercicio del mandato por Chávez hasta esa fecha, que hacía aplicable el tercer párrafo del artículo 233 de la Constitución<sup>4</sup>– por quien ocupara la Vicepresidencia Ejecutiva al suscitarse tal vacante. Pero restaba una dificultad por limar: según el artículo 229 de la Constitución, no puede ser elegido presidente de la República quien esté en ejercicio del cargo de vicepresidente ejecutivo a partir del día de la postulación de la candidatura

---

3 Nicolás Maduro había recibido formalmente, aunque con extralimitación, la delegación de algunas atribuciones presidenciales, a lo cual se sumaban las que él de hecho ejercía ante la ausencia temporal, no reconocida oficialmente, de Hugo Chávez. Pasó a ostentar todas las facultades presidenciales al ser juramentado presidente encargado, tras el fallecimiento de Chávez.

4 El artículo 233 reza: “Serán faltas absolutas del Presidente o Presidenta de la República: su muerte, su renuncia, o su destitución decretada por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, su incapacidad física o mental permanente certificada por una junta médica designada por el Tribunal Supremo de Justicia y con aprobación de la Asamblea Nacional, el abandono del cargo, declarado como tal por la Asamblea Nacional, así como la revocación popular de su mandato.

Cuando se produzca la falta absoluta del Presidente electo o Presidenta electa antes de tomar posesión, se procederá a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o la nueva Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional.

Si la falta absoluta del Presidente o Presidenta de la República se produce durante los primeros cuatro años del período constitucional, se procederá a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o la nueva Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Vicepresidente Ejecutivo o la Vicepresidenta Ejecutiva.

En los casos anteriores, el nuevo Presidente o Presidenta completará el período constitucional correspondiente.

Si la falta absoluta se produce durante los últimos dos años del período constitucional, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva asumirá la Presidencia de la República hasta completar dicho período”.

correspondiente. La misma inelegibilidad rige para quienes estuvieran desempeñando los cargos de ministros, gobernadores o alcaldes.<sup>5</sup>

Esto significaba que Nicolás Maduro no podía ser elegido a la Presidencia de la República si permanecía en el ejercicio de la Vicepresidencia Ejecutiva en el momento de su postulación. Sin embargo, la Sala Constitucional ya había concebido la salida frente a este obstáculo constitucional. Al producirse la falta absoluta en la Presidencia de la República, el vicepresidente ejecutivo debe encargarse de la Presidencia hasta la celebración de la correspondiente elección, de acuerdo con el artículo 233 de la Constitución, por lo que, aduce la Sala en su Sentencia del 8 de marzo de 2013,<sup>6</sup> quien ocupe la Vicepresidencia Ejecutiva pasa a ostentar inmediatamente, al ocurrir la ausencia absoluta, la condición de presidente encargado de la República y pierde la de vicepresidente ejecutivo, quedando de esta forma librado de la condición de inelegibilidad del artículo 229. De esta manera fueron burlados el espíritu y la letra de esta disposición constitucional, destinada a evitar que altos funcionarios designados del Poder Ejecutivo Nacional, como el vicepresidente ejecutivo o los ministros, pudieran postularse a la Presidencia sin abandonar la posición de ventaja que tal destino público pudiera representar. La regla se extiende a autoridades electas como los alcaldes o gobernadores. Pero, insólitamente, no se aplicaría al funcionario que en mayor medida puede valerse de tal posición indebida de ventaja: el vicepresidente ejecutivo que pase a ser presidente interino, mientras se realiza la elección llamada a cubrir la falta absoluta generada.

Si la Sala Constitucional hubiera querido interpretar cabalmente la Constitución, debía concluir que el vicepresidente ejecutivo que pasara a ocupar la Presidencia de la República como encargado estaba comprendido por la causal de inelegibilidad, ya que era justamente por su condición de vicepresidente ejecutivo que estaba llamado a encargarse de la Presidencia.

Pero la Sala Constitucional sostuvo que el vicepresidente ejecutivo dejaba de serlo para encargarse de la Presidencia de la República, de la cual debía tomar posesión mediante juramentación ante la Asamblea Nacional, y que, por consiguiente, él debía designar un nuevo vicepresidente ejecutivo, que sí estaría afectado por la inelegibilidad. Esta lectura de los artículos 229 y 233 de la Constitución es muy discutible, pero lo cierto, en todo caso, es que, aun aceptándola, ella se soportaba sobre la aberración jurídica de pretender que un Presidente so-

---

5 El artículo 229 establece: “No podrá ser elegido Presidente o elegida Presidenta de la República quien esté de ejercicio del cargo de Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, Ministro o Ministra, Gobernador o Gobernadora y Alcalde o Alcaldesa, en el día de su postulación o en cualquier momento entre esta fecha y la de la elección”.

6 SSC/TSC 141, de 8 de marzo de 2013.

metido a una intervención quirúrgica severa y que sufrió graves complicaciones a raíz de la misma, hallándose presumiblemente inconsciente o inactivo la mayor parte del tiempo, estaba en ejercicio de su cargo. Ello con el propósito último de colocar a Nicolás Maduro en la posición de ventaja de continuar, de hecho, en el desempeño de la Presidencia más allá del 10 de enero de 2013 e incluso hasta la celebración de las posibles elecciones presidenciales. Así lo expresó la Sala Constitucional en esta segunda sentencia:

Visto, pues, que la situación suscitada ha sido el sensible fallecimiento del Presidente de la República ciudadano Hugo Chávez Frías, y tomando en cuenta que dicho ciudadano se encontraba en el ejercicio del cargo de Presidente de la República, es decir, había comenzado a ejercer un nuevo período constitucional, es aplicable a dicha situación lo previsto en el segundo aparte del artículo 233 de la Constitución, esto es, debe convocarse a una elección universal, directa y secreta, y se encarga de la Presidencia de la República el ciudadano Nicolás Maduro Moros, quien para ese entonces ejercía el cargo de Vicepresidente Ejecutivo. Dicha encargaduría comenzó inmediatamente después de que se produjo el supuesto de hecho que dio lugar a la falta absoluta. El Presidente Encargado debe juramentarse ante la Asamblea Nacional. Así se establece.

Es preciso poner de relieve que existen muchas razones para asegurar que sin esa posición de ventaja, Nicolás Maduro hubiera perdido las elecciones de 14 de abril de 2013. Si se aceptan como válidos los resultados ofrecidos por el Consejo Nacional Electoral, la diferencia de votos entre el candidato gubernamental, Nicolás Maduro, y el candidato de la plataforma política de la oposición venezolana, la Mesa de la Unidad Democrática, Henrique Capriles Radonsky, fue de aproximadamente 1,5% de los sufragios emitidos. Y el abuso de poder que fue puesto en escena desde la Presidencia de la República durante la campaña electoral para garantizar la elección de Maduro como presidente tuvo sin duda un impacto en el resultado superior a ese porcentaje. Así que la manipulación de la institucionalidad del Estado de derecho, despojada desde hace años en el país de su sustancia, sirvió para alterar el desenlace previsible de un proceso electoral que estuvo rodeado además de otras irregularidades.

#### IV. PERSPECTIVAS

Nada indica que en un futuro próximo se introduzcan correctivos respecto de la precariedad institucional esbozada. En 2013 se impulsó desde el Gobierno na-

cional un diálogo con algunos actores de la oposición. Estimamos, sin embargo, que hay dos asuntos primordiales que deben ser incluidos en la agenda de la generación del clima propicio para el diálogo democrático. El primero es el pluralismo político y la evaluación de los factores que lo han puesto en entredicho. El pluralismo político, constitucionalmente proclamado, es requisito esencial de la democracia y es urgente debatir sobre disposiciones legales, prácticas gubernamentales o administrativas y modos de hacer política que socavan los fundamentos del pluralismo. El pluralismo es la garantía de que todos tenemos un campo legítimo de actuación desde el cual defender nuestro pensamiento y luchar por la construcción del proyecto personal, social y político que nos anime. El pluralismo es la primera condición de una paz profunda, porque presupone el reconocimiento de cada persona o grupo desde su identidad y misión. Sin él no puede haber participación verdadera.

El segundo es el fortalecimiento de una institucionalidad del Estado de derecho que limite efectivamente el ejercicio del poder. Para alcanzarlo es imprescindible preservar la división de poderes, lo cual pasa por desarrollar procedimientos transparentes y ampliamente participativos, en intensidad y pluralidad, para la selección de los titulares de los órganos contralores del Estado.

# La jurisdicción constitucional como agente reductor de los derechos. Tendencias de la jurisprudencia constitucional venezolana

Jesús M. Casal\*

## I. EL CONTEXTO POLÍTICO-INSTITUCIONAL DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Antes de resumir algunas orientaciones de la jurisprudencia constitucional venezolana en el período 2013-2014, conviene aludir al marco político-institucional dentro del cual se desenvuelve la justicia constitucional. Esto es fundamental para entender los fines a los cuales ella sirve en la actual situación venezolana. Al explicar dicho contexto han de considerarse dos ámbitos: el funcionamiento general del Estado y su compatibilidad con el orden constitucional y democrático, y la administración de la justicia y los derechos humanos en particular.

En cuanto a lo primero, se ha acentuado la desconstitucionalización del proceso político o, en otras palabras, la separación entre la Constitución y la dinámica efectiva del ejercicio del poder. El principio democrático se ha visto menoscabado a causa de la aprobación de una nueva ley habilitante en noviembre de 2013, caracterizada, como las que la precedieron, al menos desde el 2007, por la generalidad de la delegación de facultades legislativas, por la vaguedad de sus propósitos y por la significativa duración de la habilitación. De esta manera, la Asamblea Nacional virtualmente abdicaba de su función legislativa a favor del Presidente de la República. A eso se añadía una circunstancia especial, que representó un punto de inflexión en el reiterado quebrantamiento del marco normativo, consistente en las maniobras a las que se acudió para excluir del Parlamento, mediante el allanamiento de su inmunidad, a una Diputada aliada de la oposición, con el objeto de hacer posible la incorporación de su suplente y, con ello, la sanción de la ley habilitante por la mayoría calificada de votos constitucionalmente exigida, para la cual la bancada oficialista necesitaba un diputado adicional. Este abierto fraude a la Constitución, que permitía lograr lo que con

---

\* Nota del ed.: Sus datos curriculares figuran en el aporte de su autoría obrante en la primera parte de este libro.

el propio respaldo parlamentario no era factible, anticipó un soslayamiento de la constitucionalidad aún más severo que el conocido hasta entonces. Con apoyo en la ley habilitante se dictaron decretos leyes en materias económica, fiscal, tributaria, social, cultural, administrativa y militar que han contribuido a la descomposición institucional.

Igualmente, el estatus y el desempeño democrático de la Asamblea Nacional han sido puestos en entredicho por distintas vías; es preciso aludir a los procedimientos expeditos, lesivos del derecho a ser oído, que ha impulsado la bancada oficialista en el Parlamento para lograr el allanamiento de la inmunidad de diputados de oposición y, con ello, en forma automática según una cuestionable ley preconstitucional, su separación de la Asamblea Nacional y su inhabilitación política mientras se desarrollan las investigaciones o un eventual enjuiciamiento, en franca violación de la presunción de inocencia de una persona que ni siquiera ha sido formalmente acusada de la comisión de un delito y del derecho a la participación política del representante popular y de sus electores. Esta práctica, rodeada de muchos elementos que la perfilan como una persecución política, ha llegado al extremo de excluir del Parlamento a una combativa Diputada de oposición, sin procedimiento alguno y por determinación del Presidente del cuerpo, quien es un líder fundamental del partido de gobierno.

Adicionalmente, el Gobierno nacional ha seguido avanzando en la dirección de crear o promover estructuras supuestamente participativas que en realidad se traducen en mecanismos de control sobre las comunidades, y de su instrumentación ideológica y clientelar con propósitos electorales. Tales estructuras compiten con las autoridades electas en los estados y municipios del país, que están facultados para atender los asuntos de la vida local y regional, de acuerdo con la distribución del poder propia del Estado federal constitucionalmente establecido. De esta forma se ha agudizado el socavamiento de la esfera de atribuciones de las entidades estatales y municipales, acrecentándose la centralización y la concentración de poderes en la Presidencia de la República. Ello, aunado a medidas o prácticas que esta última adopta para dificultar la gestión de los alcaldes o gobernadores de oposición. Frente al Estado democrático, pluralista y territorialmente descentralizado previsto en la Constitución se erige un Estado llamado comunal y socialista, contrario al pluralismo ideológico y que propugna el centralismo, la reducción del significado del voto en los niveles regional y local, y la dependencia clientelar y paternalista.

Por otro lado, el modelo político-económico impuesto se ha profundizado en sus efectos, bajo las mismas directrices de los últimos años, recogidas y detalladas en el actual Plan de Desarrollo Económico y Social, que reproduce con algún añadido el “Plan de la Patria” elaborado por Hugo Chávez para la campaña elec-



toral presidencial de finales de 2012. La presencia asfixiante del Estado en todas las áreas económicas y la multiplicación de los controles, el afán colectivista y los atropellos a la propiedad privada han destruido la economía privada y las libertades asociadas. La inseguridad jurídica en el sector y la ausencia de garantías judiciales es la nota descollante del período.

Esto conduce al segundo campo contextual mencionado, el de la administración de justicia y los derechos humanos. La situación esbozada en informes anteriores en relación con la falta de independencia judicial se mantiene e incluso se ha agravado. La carrera judicial y los concursos públicos para el ingreso al Poder Judicial establecidos constitucionalmente han sido dejados completamente de lado. En su lugar, predominan los jueces temporales y provisorios, las designaciones al margen de procedimientos transparentes y las destituciones sumarias de jueces. El último capítulo de la continuada ocupación política del Poder Judicial se produjo a finales de 2014, cuando se efectuó la renovación parcial del Tribunal Supremo de Justicia, después de fuertes reclamos de la ciudadanía motivados por la mora en que se había incurrido en la activación del procedimiento de designación de 11 nuevos magistrados, lo cual había suscitado también la preocupación de la comunidad internacional. En mayo de 2014 se inició el proceso respectivo, pero las expectativas ciudadanas quedaron frustradas desde el principio, pues el Comité de Postulaciones Judiciales, en lo concerniente a los representantes de distintos sectores de la sociedad previstos en la Constitución, quedó integrado con criterios de control partidista, a favor del Gobierno, y, luego, las designaciones estuvieron signadas igualmente por la parcialidad política y no por la evaluación de méritos.

En relación con los derechos humanos, se ha generalizado el incumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía contempladas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. La falta de independencia judicial implica que no hay recursos efectivos ante las violaciones de estos derechos, y lo mismo puede afirmarse respecto de la Defensoría del Pueblo, creada por la Constitución de 1999 para velar por la observancia de tales obligaciones, pero cuyo desempeño ha estado muy alejado de este propósito, debido principalmente a la subordinación de los titulares del organismo a los intereses gubernamentales. El reciente proceso de designación del defensor del pueblo, para un período de siete años, estuvo rodeado de serias irregularidades, en virtud de las cuales se desconoció durante el procedimiento la exigencia de participación ciudadana establecida en la Constitución, se prescindió ilícitamente de la mayoría calificada que ella también requiere y finalmente se efectuó, en diciembre de 2014, una designación que favoreció a un destacado militante del partido de gobierno.

En el lapso que se está examinando, las violaciones de derechos humanos fueron de variada índole. Entre ellas son dignas de mención las que ostentan singular gravedad y ayudan a explicar la naturaleza del régimen político en el que se cometen. En ese sentido, el desconocimiento de tales derechos ha estado vinculado a la implementación de un proyecto político ideológicamente cerrado y avasallante, que desprecia y descalifica el disenso y que tiene una pretensión de totalidad, la cual alcanza al individuo y a su visión del mundo. De allí que la libertad de expresión haya sido objeto de vulneraciones a gran escala, como muestra de la meta gubernamental de consolidar su hegemonía comunicacional, la cual se ha conseguido gracias al control directo sobre emisoras y frecuencias audiovisuales o de radiodifusión que estaban en manos privadas o a la adquisición de estas o de medios impresos por actores económicos cercanos o plegados al Gobierno. Estas últimas operaciones han distinguido este período, al final del cual son casi inexistentes los espacios televisivos nacionales con una línea independiente y muy pocos los medios impresos de esta orientación que agónicamente sobreviven en la prensa diaria. Lo anterior está unido a un férreo control sobre los contenidos que nutre tal hegemonía. Esta fase también ha estado signada por una creciente criminalización de la oposición y de toda crítica a la gestión oficial.

En conexión con lo expresado, resultan alarmantes las actuaciones lesivas de derechos humanos cometidas para reprimir manifestaciones pacíficas o para obstaculizar el ejercicio de este derecho. A raíz de las protestas que se extendieron en el país desde el 12 de febrero de 2014, la respuesta oficial fue desplegar una represión brutal que arrojó un saldo lamentable de fallecidos, heridos y torturados. Ello estuvo aunado a investigaciones penales que desembocaron en detenciones injustificadas de manifestantes, ordenadas de modo casi automático por los jueces ante la solicitud del Ministerio Público y sin motivación individualizada ni elementos sólidos. Quienes eran liberados bajo la condición de la presentación periódica ante el tribunal quedaban abusivamente sujetos a la prohibición de declarar o de volver a manifestar. Los hechos aislados de violencia que ocurrieron durante las jornadas de protesta debían ser enfrentados y castigados conforme a la ley, pero no brindaban fundamento a acciones desmedidas de los órganos de seguridad o de los tribunales como las mencionadas, más aún si se considera que esos hechos estaban completamente al margen de las manifestaciones pacíficas que tenían lugar. La restricción arbitraria del derecho de manifestación estuvo enlazada con procesos judiciales abiertos contra alcaldes de oposición, en cuyos municipios se desarrollaban muchas de las protestas, lo cual se tradujo en una grave vulneración de las garantías más básicas del debido proceso, como veremos al comentar la jurisprudencia constitucional. Adicional-

mente, mediante sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, fue recortado el derecho de reunión y manifestación, pues la regulación democrática de comunicación previa a la autoridad, en vigor al menos desde 1964, fue reemplazada por un régimen de autorización previa obligatoria, como también explicaremos.

Estos acontecimientos han sucedido en momentos de notable reducción de la garantía internacional de los derechos humanos, ya que el 10 de septiembre de 2013 se venció el año de preaviso de la denuncia de Venezuela a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), con lo cual ya no es posible, respecto de hechos posteriores a esa fecha, solicitar medidas provisionales ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni someter a esta Corte casos de peticiones individuales tramitadas primero ante la Comisión Interamericana y que no hayan sido resueltas en dicha instancia, por la vía de un arreglo amigable o de informes que hayan recibido cabal cumplimiento. La imposibilidad de acudir a esa Corte es, además, el corolario de un largo camino de desacato del Estado venezolano a las decisiones de los órganos del sistema interamericano, por lo que nada permite pensar que sean observados los informes que pueda emitir en el futuro la Comisión Interamericana, con fundamento en la Carta de la OEA y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre o en convenciones específicas adoptadas dentro de este sistema, debidamente ratificadas por Venezuela.

## II. ALGUNAS SENTENCIAS RELEVANTES DEL PERÍODO

Habría varias sentencias dignas de análisis crítico en el lapso comprendido por este trabajo. Pero nos limitaremos a examinar dos precedentes inquietantes de la jurisprudencia constitucional que representan una franca violación de la Constitución, de los derechos humanos y de los principios democráticos.

### 1. El amparo constitucional como instrumento para la violación de derechos fundamentales

Pasamos a comentar, en primer lugar, dos casos (gemelos) conocidos por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y resueltos por ella mediante sentencias 245, de 9 de abril de 2014, y 263, de 10 de abril de 2014, las cuales representan una grave extralimitación de la jurisdicción constitucional, pues la Sala se arrogó la facultad de imponer sanciones de prisión hasta por 15 meses ante el desacato, por ella misma declarado, de cualquiera de sus decisiones adoptadas en materia de amparo constitucional. Tal creación jurisprudencial preten-

dió apoyarse en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que castiga el incumplimiento a un mandamiento de amparo con una pena de “prisión” de seis a quince meses.<sup>1</sup> Esa potestad sancionatoria fue extendida jurisprudencialmente a todos los jueces de amparo, sujetos a la obligación de consultar ante la Sala Constitucional las sanciones que impongan por desacato.

Hasta la fecha de esas sentencias, la jurisprudencia de la Sala Constitucional había establecido que la infracción y la sanción previstas en el artículo 31 de dicha ley tenían carácter penal, por lo que los jueces de amparo no eran competentes para la imposición de estas sanciones. En las dos sentencias citadas, a las que en lo sucesivo aludiremos como una sola por la identidad de su doctrina, la Sala Constitucional admitió que esa era la jurisprudencia imperante, aunque lo hizo muy tangencialmente, pese a lo categórico de los precedentes que mencionó.

Sin embargo, obviando lo terminante de la disposición legal y de estos precedentes, la Sala Constitucional no tuvo reparo en someter el artículo 31 de esa ley a una “interpretación garantista” en virtud de la cual la propia Sala Constitucional ostenta la atribución de imponer tal sanción, que no habría de ser vista como una pena, según dispone literalmente el precepto, sino como una sanción dictada con base en una “potestad sancionatoria de la jurisdicción constitucional”, a pesar de que ninguna ley contempla tal potestad, al menos en lo concerniente a sanciones privativas de la libertad. Intentó también introducir un criterio de interpretación evolutiva, ligado a la promulgación en el año 2010 de una nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y a la regulación allí contenida sobre la demanda de protección de intereses difusos y colectivos.

No obstante, esa regulación en nada cambia las cosas en relación con la posibilidad de interponer amparos para tutelar esos intereses, lo cual antes de esa ley era constitucionalmente admisible. Además, aun si en este ámbito se hubiera producido una alteración importante, de allí no se sigue que lo que estaba previsto como delito debiera pasar interpretativamente a ser una sanción judicial ordenatoria o una sanción de prisión que puede ser impuesta por la propia Sala Constitucional, u otro juez de amparo, al margen pues del proceso penal, en aras de la eficacia del mecanismo procesal. Luego, el pronunciamiento extendió la novedosa lectura del artículo 31 de la ley citada a todos los amparos, no solo a los que protejan intereses o derechos colectivos.

Por otra parte, la ausencia de un procedimiento en la legislación de amparo para la “valoración preliminar del posible incumplimiento de un mandamiento

---

1 “Quien incumpliere el mandamiento de amparo dictado por el juez, será castigado con prisión de seis (6) a quince (15) meses”.

de amparo”, que aduce la sentencia, no es un indicio de que el legislador hubiera pensado que el artículo 31 mencionado contemplaba una sanción que debía ser impuesta por el mismo juez de amparo, ni tampoco es una fundamentación válida para tal reconducción; todo lo contrario. El procedimiento para esa “valoración preliminar” no se establece porque no era necesario. La denuncia ante el Ministerio Público a causa del desacato de un mandamiento de amparo puede realizarla cualquier persona; la parte vencedora que no obtiene la ejecución del mandamiento, por ejemplo. O el juez de la causa que, como todo funcionario público, está obligado a denunciar los delitos de los que tenga conocimiento, sin que la ley debiera prever un procedimiento especial para una valoración preliminar.

El punto central de la argumentación de la Sala Constitucional está, sin embargo, en otro lugar. Según la Sala, el artículo 31 de la normativa legal sobre el amparo, hasta ahora calificado por todos, también por ella misma, como delito, ha devenido en inoperante desde un punto de vista criminológico y de política criminal, siendo esa disposición además “sustancial y desproporcionalmente limitada”. Luego, veremos el impacto de estas apreciaciones sobre el dócil legislador futuro. Para la Sala Constitucional es inaceptable que, ante un desacato constatado por ella, sea preciso:

[...] oficiar al Ministerio Público para que, si así lo estimare, instara ahora un proceso penal, para que un juez de primera instancia controle la acusación y, de haber superado esa etapa, un juez de juicio lo lleve a cabo y, de ser el caso, el juez de ejecución vele por el cumplimiento de la sanción que pudiera no materializarse por lo dilatado del proceso penal, que no es compatible con estos ilícitos, existiendo la posibilidad de que, por ejemplo, el Ministerio Público (pudiera archivar las actuaciones o solicitar el sobreseimiento a un juez de primera instancia que pudiera declararlo, por ejemplo, por prescripción de la acción o ausencia de desacato, a pesar de haberlo comprobado esta Sala), quedando absolutamente ilusorio el cumplimiento del mandato de amparo (que, además, en este caso fue dictado cautelarmente en protección de intereses colectivos), y, por tanto, el adecuado funcionamiento de la Administración de Justicia en su máxima instancia. (énfasis añadido)

En otras palabras, lo que se nos viene a decir es lo siguiente: el artículo 31 de la ley referida prevé un tipo penal, o al menos hasta ahora así lo ha entendido la propia Sala Constitucional mediante doctrina vinculante; sin embargo, en la práctica y desde una óptica criminológica o político-criminal, esa norma es casi inoperante y su alcance muy limitado. Además, en casos como el que se está examinado, en los que la Sala ya habría “comprobado” el desacato, sería inaceptable

que el órgano judicial o el interesado tuviera que dirigirse al Ministerio Público para que iniciara una investigación penal que pudiera, en virtud de la presunción de inocencia, no culminar en un proceso penal o, aun ocurriendo esto, no llegar a la fase de juicio o concluir con un sobreseimiento o con la declaración judicial de que no hubo desacato. En suma, para la Sala Constitucional, en tales circunstancias son muy pesadas las cargas del Estado de derecho, del principio de la legalidad penal, de la presunción de inocencia, de la seguridad jurídica, de la coherencia con sus propias decisiones y tantas otras garantías de la civilización jurídica.

Si lo que se hubiese planteado es que el juez de amparo debe tener alguna potestad ordenatoria para asegurar el cumplimiento de sus decisiones, que pudiera eventualmente comportar alguna afectación de la libertad personal, el asunto hubiera debido evaluarse en la Asamblea Nacional. Una regulación como la prevista en este sentido en Colombia en materia de acción de tutela, que permite al juez de la causa imponer sanciones disciplinarias prolongadas privativas de la libertad,<sup>2</sup> probablemente infringiría lo prescrito por nuestra Constitución, pero hubiera podido discutirse en el Parlamento sobre el margen que esta eventualmente deje para medidas restrictivas de la libertad adoptadas en el curso de un procedimiento de ejecución del mandamiento de amparo, y sobre la conveniencia de introducirlas.

Pero no interesa valorar aquí posibles opciones, ni examinar su constitucionalidad, sino subrayar que la Sala Constitucional, si pensaba que la Constitución no excluye que una sanción como la del artículo 31 de la ley mencionada esté en manos de los jueces de amparo, no podía sustituir al legislador ni a la ley como lo hizo, en una materia regida además por el principio de la legalidad sancionatoria. Además, bajo ningún concepto podía –ni puede– constitucionalmente erigirse en juez penal, dejando de lado por completo las garantías fundamentales de un proceso de esa naturaleza, regido por el principio acusatorio, e ignorando la propia construcción dogmática del derecho penal sustantivo, pues la Sala aplicó una suerte de responsabilidad penal objetiva en cabeza de los funcionarios condenados. Porque el traslado de la sanción privativa de libertad prevista en el artículo 31 de la ley citada, del ámbito del proceso y derecho penal al de las competencias de la propia Sala y al de un incierto poder sancionador ordenatorio o constitucional, vulnera las garantías más elementales del debido proceso, a lo cual ha de añadirse el cercenamiento de derechos sustantivos.<sup>3</sup> Ello comporta una violación flagrante de instrumentos internacionales de derechos humanos.

---

2 Se prevé un arresto coercitivo de hasta un máximo de seis meses de duración.

3 Véase Brewer-Carías, Allan R., *La condena y el encarcelamiento de alcaldes por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, usurpando competencias de la jurisdicción penal*,

Es cínico que en la sentencia se diga que no se quebranta la exigencia de doble instancia prevista en estos instrumentos internacionales porque la sanción no tiene carácter penal, pues si acaso formalmente lo perdió fue en virtud de la misma decisión judicial y sustancialmente lo sigue teniendo en cuanto a sus efectos. Aunque las violaciones del orden procesal fueron diversas y más graves, como se apuntó.

La Sala Constitucional creó una “potestad sancionatoria de la jurisdicción constitucional”, aplicable ante el “ilícito judicial constitucional de desacato” que ella misma acuñó. Este ilícito quiere tener la forma o procedimiento de las sanciones disciplinarias judiciales ahora llamadas ordenatorias, pero en realidad tiene el contenido e implicaciones de la sanción penal, sin que se respeten las garantías que la preceden y acompañan. Nótese que la Sala se expresa en razonamientos dirigidos a demostrar que el artículo 31 de la ley indicada no prevé una sanción penal sino una de naturaleza distinta, que cabe inferir sería –a juicio de la Sala– afín a la de las sanciones ordenatorias. Pero la sigue tratando como prisión en cuanto a sus efectos inmediatos para el condenado, o sancionado, ya que lo somete a “prisión” y, en consecuencia, a la inhabilitación que con carácter accesorio contempla el Código Penal. Así lo dispone el fallo: “Siendo que la sanción que aquí se impone es la de prisión, corresponde emitir pronunciamiento respecto de las accesorias de ley, [...] por imperativo legal de absoluto orden público, la referida sanción principal que corresponde a los sancionados de autos, implica necesariamente la inhabilitación política durante el tiempo, en este caso, de ejecución de la sanción”.

En resumen, con artificio de alquimista, la Sala le quita el carácter delictivo a la conducta y a la sanción establecidas en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales para no tener que remitir los casos de desacato que dice haber comprobado al Ministerio Público, con miras a un proceso penal; pero se lo deja en lo que atañe al efecto de la inmediata inhabilitación, por ser este un asunto “de absoluto orden público”, al estar involucrados “los principios constitucionales de reserva legal y legalidad de las sanciones”, los mismos que ya había desconocido.

Para colmar este repertorio de desafueros, lo que terminó pasando fue que el legislador, despojado ya por la decisión judicial de su campo natural de acción para la evaluación y decisión normativa, se “limitó” a incluir en la reciente refor-

---

*mediante un procedimiento “sumario” contrario a la Constitución, para despojarlos de su investidura electiva*, Nueva York, 21 de marzo de 2014. Disponible en: <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer-Car%C3%ADAs.%20Sobre%20la%20sentencia%20de%20la%20Sala%20Constitucional%20encarcelando%20Alcaldes.%2021-3-2014.pdf>.

ma de la legislación sobre el amparo el “ilícito constitucional” y el procedimiento creados por la sentencia de la Sala Constitucional, con el agravante de que la privación de libertad, ahora sí denominada arresto, puede extenderse hasta por 20 meses, sin que el mismo tenga, por cierto, carácter coercitivo en sentido estricto o técnico, según el proyecto sancionado, pendiente de promulgación al escribir estas líneas, pues nada se dice sobre su cesación al momento del cumplimiento, si es que este puede realizarse estando en prisión, perdón, bajo arresto.

## **2. La virtual suspensión del derecho de manifestación: un estado de excepción de hecho**

Las sentencias antes citadas se inscribieron en el marco de las protestas vividas en el país desde el 12 de marzo de 2014. Las acciones de amparo interpuestas contra los alcaldes de oposición pretendían forzarlos a controlar las manifestaciones que tenían lugar en sus municipios, pese a que las policías municipales no cuentan con el equipamiento indicado para hacerlo. Como estas no cesaron, se dictó la condena penal encubierta antes reseñada. Tales condenas perseguían además un efecto inhibitorio sobre quienes manifestaban en otros municipios de oposición y un aleccionamiento para los respectivos alcaldes. Pero esto no era suficiente para ahogar las protestas en desarrollo y se acudió al ardid, ya usado por el oficialismo, de solicitar a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia una interpretación vinculante de la Constitución que dejara a esas movilizaciones, mayoritariamente pacíficas, sin respaldo jurídico. Así, un alcalde ligado al partido de gobierno interpuso el recurso correspondiente y la Sala Constitucional, presurosamente, lo resolvió y privó al artículo 68 de la Constitución, que consagra el derecho de manifestación, de su contenido real.

Este precepto dispone que todo ciudadano es titular del derecho a manifestar pacíficamente y sin armas, el cual puede ejercerse “sin otros requisitos que los que establezca la ley”. La regulación vigente en la materia desde 1964 –pues la reforma que la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones sufrió en 2010 no alteró este aspecto de la normativa– establece que:

Artículo 43. Los organizadores de reuniones públicas o manifestaciones, deberán participarlo con veinticuatro horas de anticipación cuando menos, por escrito duplicado, en horas hábiles, a la primera autoridad civil de la jurisdicción con indicación del lugar o itinerario escogido, día, hora y objeto general que se persiga.

Las autoridades en el mismo acto del recibo de la participación deberán estampar en el ejemplar que entregan a los organizadores, la aceptación del sitio o itinerario y hora.



Esta norma adopta el régimen de comunicación previa a la autoridad como único requisito para la convocatoria y realización de una manifestación pacífica, y de manera clarísima atribuye al funcionario competente una facultad de simple recepción de la “participación”. El artículo siguiente de la ley mencionada<sup>4</sup> le permite, en la situación que contempla, disponer, “de acuerdo con los organizadores”, que se modifique la ruta originalmente fijada.

Ninguna mención existe a un trámite autorizador ni a una potestad de la autoridad para autorizar o no la manifestación. Ello se explica porque dicha ley fue dictada poco después de que Venezuela retomara la senda democrática, tras la dictadura de Pérez Jiménez, y uno de los pasos fundamentales en este proceso de redemocratización fue consagrar el régimen de simple comunicación previa, como ha ocurrido en otros países al salir de sistemas autoritarios.

Sin embargo, la Sala Constitucional, en la Sentencia 276, de 24 de abril de 2014, al conocer del recurso de interpretación del artículo 68 de la Constitución, hizo decir a la ley lo que en modo alguno afirma, contrariando toda la práctica democrática acumulada en la materia al menos desde 1964. Lo hizo además sin siquiera aducir, lo que hubiera sido igualmente erróneo, que la ley requería una nueva interpretación a la luz de la Constitución de 1999. La Sala Constitucional simplemente declaró que, según la ley citada, era imprescindible una autorización para manifestar, transformando así el régimen de participación en uno de carácter autorizador, sin dar ninguna explicación sobre cómo cabía interpretar que las normas referidas sustentaban tal conclusión. En otras palabras, la sentencia reescribió la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, en el punto que se está comentando. De esta forma, vulneró obviamente la reserva legal que rige para la limitación de los derechos constitucionales y usurpó competencias legislativas, aunque lo más grave es que desconoció la esencia del derecho de manifestación, al supeditarlo a requisitos tan severos e irracionales que hacen al derecho inoperante.

La Sala estimó que la autorización es indispensable para el disfrute del derecho:

La autorización emanada de la primera autoridad civil de la jurisdicción de acuerdo a los términos de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Ma-

---

4 “Artículo 44. Cuando hubieren razones fundadas para temer que la celebración simultánea de reuniones públicas o manifestaciones en la misma localidad pueda provocar trastornos del orden público, la autoridad ante quien deba hacerse la participación que establece el artículo anterior podrá disponer, de acuerdo con los organizadores, que aquellos actos se celebren en sitios suficientemente distantes o en horas distantes. En este caso tendrán preferencia para la elección del sitio y la hora quienes hayan hecho la participación con anterioridad”.

nifestaciones, constituye un requisito de carácter legal, cuyo incumplimiento limita de forma absoluta el derecho a la manifestación pacífica, impidiendo así la realización de cualquier tipo de reunión o manifestación. Por lo tanto, cualquier concentración, manifestación o reunión pública que no cuente con el aval previo de la autorización por parte de la respectiva autoridad competente para ello, podrá dar lugar a que los cuerpos policiales y de seguridad en el control del orden público a los fines de asegurar el derecho al libre tránsito y otros derechos constitucionales (como por ejemplo, el derecho al acceso a un instituto de salud, derecho a la vida e integridad física), actúen dispersando dichas concentraciones con el uso de los mecanismos más adecuados para ello, en el marco de lo dispuesto en la Constitución y el orden jurídico.

Advirtió igualmente sobre las consecuencias de incumplir las obligaciones resultantes de esta insólita lectura de las disposiciones legales:

Ante la desobediencia de la decisión tomada por la primera autoridad civil de la jurisdicción, bien por el hecho de haberse efectuado la manifestación o reunión pública a pesar de haber sido negada expresamente o por haber modificado las condiciones de tiempo, modo y lugar que fueron autorizadas previamente, la referida autoridad deberá remitir al Ministerio Público, a la mayor brevedad posible toda la información atinente a las personas que presentaron la solicitud de manifestación pacífica, ello a los fines de que determine su responsabilidad penal por la comisión del delito de desobediencia a la autoridad previsto en el artículo 483 del Código Penal, además de la responsabilidad penal y jurídica que pudiera tener por las conductas al margen del Derecho, desplegadas durante o con relación a esas manifestaciones o reuniones públicas.

Salta a la vista la desmesura de estos criterios jurisprudenciales, lo cual se hace aún más grave al concordarlos con lo establecido en la ley reinterpretada, que no fue concebida para exigir una autorización. El régimen autorizatorio en materia de reuniones pacíficas en lugares públicos, que lesiona los estándares internacionales,<sup>5</sup> dificulta sobremanera el ejercicio del derecho, pues obliga a esperar la decisión de la autoridad para saber si es posible celebrar la manifestación, y la falta de pronunciamiento, si rige una regla de silencio negativo, solo permite recurrir contra la denegación tácita, generando esto una dilación

---

5 Véase, entre otras fuentes, Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, *Informe del Relator especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai*, 21 de mayo de 2012, Consejo de Derechos Humanos, 20º período de sesiones, A/HRC/20/27.

adicional ante la cual la convocatoria prevista puede perder su objeto. Además, con alguna frecuencia, la instancia facultada para otorgar la autorización habrá de estar relacionada con las denuncias o reclamos que motivan la solicitud correspondiente, lo que menoscaba la imparcialidad y confiabilidad en su tramitación.

En el caso venezolano, la instauración mediante sentencia del régimen autorizador acarrea efectos devastadores sobre el derecho, porque las normas de la ley vigente responden al modelo democrático de la comunicación previa, por lo que no fijan un plazo dentro del cual la autorización deba ser concedida o negada, quedando esto ahora abierto a distintas interpretaciones sobre la extensión de los plazos que a tal fin deberían aplicarse.

Por otro lado, aun si se adopta ese régimen, en sí mismo violatorio del derecho como se dijo, no puede sostenerse que la ausencia de autorización equivalga a la inexistencia del derecho a manifestar pacíficamente, como se deduce de la afirmación según la cual el incumplimiento del requisito de obtener la autorización restringe aquel de manera “absoluta”. Ha de quedar a salvo, como se reconoce internacionalmente, la posibilidad de que se susciten manifestaciones espontáneas, ante hechos repentinos frente a los cuales la ciudadanía reaccione de manera inmediata. Además, es preciso atender a lo que exija el principio de proporcionalidad, que puede atemperar el rigor del requisito de autorización, dadas ciertas circunstancias como la demora en emitirla. Este principio es violado igualmente cuando la sentencia dispone, al menos tendencialmente, que la falta de autorización justifica la disolución de la reunión, ya que ello puede resultar excesivo en la situación concreta. Tampoco es admisible, por otra parte, que los organizadores de una manifestación que se efectúe a pesar de la denegación de la autorización sean presuntamente responsables del delito de desobediencia a la autoridad, de manera casi automática, por cuanto el rechazo de la solicitud de manifestar puede haber sido arbitrario, y el juez penal debe conservar la facultad de descartar la responsabilidad penal cuando la denegación haya sido injustificada, sobre lo cual nada dijo la Sala Constitucional. También es grave aludir a la posibilidad de que se les haga responsables penalmente por hechos de terceros.

En virtud de lo expuesto, el ejercicio del derecho de manifestación pacífica ha quedado severamente condicionado, hasta el punto de hacerlo inoperante. La consecuencia práctica de la decisión judicial es que los estudiantes u otros sectores sociales que organicen reuniones en lugares públicos para protestar contra medidas gubernamentales no pueden hacerlo en entidades municipales dirigidas por alcaldes del oficialismo, uno de los cuales, que tiene jurisdicción en la capital de la República, ha señalado públicamente que no otorgará autorizaciones para manifestaciones convocadas por grupos de oposición.

Lo dicho equivale a una suspensión del derecho de manifestación pacífica, que puede subsumirse en la categoría de los estados de excepción de hecho, contrarios al derecho internacional de los derechos humanos. Ello tiene además graves implicaciones para la institucionalidad democrática, dada la conexión del derecho de reunión pacífica en lugares públicos con la libertad de expresión y su significación para la formación de la opinión pública y el control sobre las autoridades. Nada más alejado del concepto de sociedad democrática plasmado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás instrumentos internacionales generales de derechos humanos, que imponer mediante sentencia, alterando lo dispuesto de manera prístina en la ley, un régimen autorizatorio para el ejercicio del derecho de manifestación pacífica, rodeado de requerimientos y amenazas sancionatorios que, amén del obstáculo que un régimen de esa naturaleza en sí mismo supone, hacen nugatorio el derecho. Más aún si se considera el contexto de la adopción de la decisión judicial y la función legitimadora de la administración políticamente discrecional de ese derecho que ha cumplido.

### III. CONCLUSIÓN

Las sentencias examinadas guardan coherencia con el contexto más arriba esbozado. La falta de independencia judicial y la pérdida del sentido sustantivo de las instituciones del Estado de derecho han conducido a su instrumentalización desde el poder gubernamental y a su uso para consolidar la dominación política. Se aprecia un cierto punto de inflexión en los últimos dos años en cuanto a las formas de violación de la Constitución, pues aunque estas eran ya muy graves en años previos, se hacía un cierto esfuerzo para justificarlas jurídicamente y dejar a salvo determinados principios. Pero ahora se han cruzado nuevas fronteras, al desconocerse completamente el principio de la legalidad penal, las garantías del proceso acusatorio, los criterios rectores de la responsabilidad penal, y el respeto por la jurisdicción constitucional de las decisiones del legislador que no merecen ni reciben cuestionamiento alguno desde la óptica de su compatibilidad con la Constitución. Lo mismo cabe afirmar de las maniobras que empleó el oficialismo en la Asamblea Nacional para conseguir el voto que necesitaba con el objeto de forzar la aprobación de una ley habilitante, así como de la exclusión sumaria de una Diputada de oposición del Parlamento, rápidamente avalada por la Sala Constitucional al resolver un recurso de interpretación del cual ella ni siquiera fue notificada y en el que no tuvo la oportunidad de ser oída, como tampoco la había tenido en la Cámara. Todo esto ocurre en medio de la reducción de las garantías internacionales de los derechos humanos derivada de la denuncia de la CADH.

## BIBLIOGRAFÍA

BREWER-CARÍAS, Allan R., *La condena y el encarcelamiento de alcaldes por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, usurpando competencias de la jurisdicción penal, mediante un procedimiento “sumario” contrario a la Constitución, para despojarlos de su investidura electiva*, Nueva York, 21 de marzo de 2014. Disponible en: <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-ficb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer-Car%C3%ADas.%2oSobre%2ola%2osentencia%2ode%2ola%2oSala%2oConstitucional%2oencarcelando%2oAlcaldes.%2o21-3-2014.pdf>.

Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, *Informe del Relator especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai*, 21 de mayo de 2012, Consejo de Derechos Humanos, 20º período de sesiones, A/HRC/20/27.