

**JUSTICIA CONSTITUCIONAL
Y DERECHOS FUNDAMENTALES**
FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

2010

**JUSTICIA CONSTITUCIONAL
Y DERECHOS FUNDAMENTALES**
FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

2010

Editores

Víctor Bazán

Claudio Nash



Centro de Derechos Humanos
Facultad de Derecho
Universidad de Chile



Konrad
Adenauer
Stiftung

© 2011 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V.

Klingelhöferstrasse 23

D-10785 Berlín

República Federal de Alemania

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

Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER, OFICINA URUGUAY

Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804

11100, Montevideo, Uruguay

Tel.: (#598) 2902 0943/ -3974

Fax: (#598) 2908 6781

e-mail: ius.montevideo@kas.de

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER, OFICINA MÉXICO

Río Guadiana N° 3 - Col. Cuauhtémoc -

06500 México D.F., México

Tel.: (#52 55) 5566 4511/ -4599

Fax: (#52 55) 5566 4455

e-mail: christian.steiner@kas.de

Editora responsable

Gisela Elsner

Asistente de redacción

Manfred Steffen

Corrector

Alejandro Coto

Diseño y armado

Manosanta desarrollo editorial

Depósito legal 352 999/10 - Comisión del Papel

Edición amparada al Decreto 218/96

ISSN: 1688-826X

Impreso en Uruguay - Printed in Uruguay

por Manuel Carballa en junio de 2011

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

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

Sumario

Presentación	7
Prólogo	9
PRIMERA PARTE. La fuerza normativa de la Constitución	
La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales <i>César Landa</i>	17
Resenha: «La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales», de César Landa <i>Leonardo Martins</i>	43
La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales. Algunos apuntes al trabajo del Dr. César Landa <i>José Antonio Rivera S.</i>	57
SEGUNDA PARTE. Informes por países de jurisprudencia relevante en materia de justicia constitucional y derechos fundamentales	
Primer bloque: Características salientes de los sistemas de justicia constitucional en Colombia, Costa Rica y Guatemala, y sentencias relevantes 2009-2010	
La jurisdicción constitucional de la libertad en Colombia <i>Humberto Antonio Sierra Porto</i>	69
El acceso a la justicia constitucional en Costa Rica <i>Gilbert Armijo</i>	77
La jurisdicción constitucional en Guatemala. Defensa del orden constitucional y derechos humanos <i>Aylín Ordóñez Reyna</i>	91

Segundo bloque. Fallos significativos en materia de derechos fundamentales en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela, 2009-2010

La Corte Suprema argentina y algunos fallos relevantes en materia de derechos fundamentales en el período 2009-2010 <i>Víctor Bazán</i>	107
Justicia constitucional y derechos fundamentales en Bolivia. Algunos lamentables retrocesos <i>José Antonio Rivera S.</i>	123
Justiça constitucional dos direitos fundamentais no Brasil: Report 2009-2010 <i>Leonardo Martins</i>	135
Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile 2009-2010 <i>Claudio Nash R. y Paz Irrarrázabal G.</i>	149
Sentencias fundamentales del Tribunal Constitucional peruano <i>César Landa</i>	161
Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia uruguaya (2009-2010) <i>Martín Risso Ferrand</i>	171
La relativización de la garantía de los derechos fundamentales por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela <i>Jesús M. Casal</i>	181

Presentación

Una justicia constitucional fuerte, impregnada del reconocimiento de los derechos humanos como derechos inherentes al ser humano, y del deber que todos los órganos del Estado tienen en su protección y garantía, son fundamentos esenciales para el fortalecimiento de la vida democrática, la cultura de legalidad y el Estado de derecho en cualquier latitud.

En 2009, el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, conjuntamente con el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, creó el Grupo de Estudios sobre Justicia Constitucional y Derechos Humanos. Con reuniones periódicas que comprenden amplias jornadas de reflexión, los expertos provenientes de once países latinoamericanos buscan dar un seguimiento eficaz a la jurisprudencia de los órganos de control jurisdiccional de constitucionalidad, sean Tribunales o Salas Constitucionales, así como de Cortes Supremas.

De esta manera la relación entre teoría y práctica se favorece aun más por la actividad y experiencia de los miembros del grupo, que integra a académicos y profesores prestigiosos, y a verdaderos operadores del derecho constitucional y de los derechos fundamentales, ya sea a través del ejercicio de la abogacía, o de su carácter de magistrados de órganos de jurisdicción constitucional.

El volumen que el lector tiene en sus manos es producto del análisis y la compilación, con una mirada siempre práctica de los fallos más relevantes, que ofician el termómetro de la situación real de la jurisdicción constitucional en Latinoamérica. Si bien resultan casi innumerables los trabajos que se publican cada año sobre la labor de la justicia constitucional y de los derechos humanos en esta región, confiamos en que la particular composición de nuestro grupo de estudios contribuya a dar testimonio sobre las formas en las que evoluciona la justicia constitucional y la protección efectiva de los derechos humanos.

No se trata de llevar a cabo una fiscalización de la labor que realizan las Cortes y Tribunales en los distintos países, sino de provocar la reflexión conjunta y promover

un cambio conceptual del sistema jurídico, que tenga como consecuencia el fortalecimiento de los derechos de la persona y la protección de su dignidad.

Esperamos que esta obra sirva como referente para todos los que forman parte del eslabón de la cadena jurídica en cualquier latitud dentro y fuera del continente americano.

Gisela Elsner

Dr. Christian Steiner

Directores del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Fundación Konrad Adenauer

Prólogo

— I —

Esta obra representa la continuidad (ampliada) de la vertiente de publicación ideada por el Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, para plasmar los trabajos de las reuniones regionales anuales del Grupo de «Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales».

Entre los objetivos del Grupo figuran intentar seguir de cerca la evolución (o involución) de la jurisprudencia de los órganos máximos de la justicia constitucional de los países latinoamericanos; visualizar los problemas y los retos institucionales que afrontan; contribuir al análisis y la ponderación del nivel de protección constitucional e internacional de los derechos humanos en el área latinoamericana; y, por qué no, animarse a ofrecer nuevas líneas de discusión que potencialmente puedan coadyuvar al mejoramiento o la solución de los estándares protectorios de los derechos fundamentales, por supuesto, teniendo presentes las particularidades, idiosincrasia y necesidades de cada contexto jurídico específico.

En particular, el volumen que aquí presentamos reúne los aportes de los participantes de la muy provechosa II Reunión Regional de Trabajo, llevada a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay durante los días 20 a 22 de junio de 2010.

De dicha actividad participaron los juristas que desde el inicio del funcionamiento del Grupo lo integran: Víctor Bazán (Argentina), José Antonio Rivera S. (Bolivia), Leonardo Martins (Brasil), Claudio Nash y Paz Irrarrazabal (Chile), César Landa (Perú) y Martín Risso (Uruguay). Por su parte, a los colegas Humberto Antonio Sierra Porto (Colombia) y Jesús María Casal (Venezuela) les resultó imposible acudir a la reunión inaugural en Santiago de Chile y al primero de ellos también tomar parte del número inicial de esta colección bibliográfica.

Por lo demás, la «continuidad ampliada» a la que aludíamos al principio obedece a que en la II Reunión Regional se integraron como nuevos miembros del Grupo expertos de Costa Rica (Gilbert Armijo), Guatemala (Aylín Ordóñez Reyna) y México (Eduardo Ferrer Mac-Gregor).

— II —

La citada II Reunión Regional (Montevideo, 2010), que resultó intensa y enriquecedora, comprendió las siguientes actividades:

- Tal como se proyectara en la Reunión regional de Santiago de Chile, la primera fase de la labor interna del Grupo se circunscribió a un aspecto temático vital: «La fuerza normativa de la Constitución», como base de discusión. El trabajo central, titulado «La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales», estuvo a cargo de César Landa (Perú), y los comentarios a tal ensayo fueron desarrollados por Leonardo Martins (Brasil) y José Antonio Rivera S. (Bolivia), quienes de modo sucesivo presentaron oralmente sus disquisiciones. Posteriormente, diversos aspectos de la cuestión —ciertamente muy rica y poli-facética— fueron fructíferamente debatidos por los miembros del Grupo.
- Se presentaron las experiencias comparadas en torno a sentencias relevantes (de 2009-2010) en materia de justicia constitucional y derechos fundamentales, por los expertos de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, México, Perú, Uruguay y Venezuela. Las respectivas exposiciones fueron seguidas de preguntas, comentarios e interesantes discusiones en el seno del Grupo.
- Se seleccionó la temática matriz que se examinará y se planificaron las actividades que se realizarán en el marco de la III Reunión Regional del Grupo, que tendrá lugar próximamente en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Perú (Lima, 10 a 12 de julio de 2011). En la ocasión se decidió abordar como tema central: «El control de convencionalidad» y se estableció que el documento base de discusión será elaborado por Víctor Bazán (Argentina), y los comentarios a tal ensayo correrán por cuenta de Claudio Nash (Chile) y Aylín Ordóñez Reyna (Guatemala).
- Asimismo se realizó un seminario abierto al público y se generó un debate con profesores y alumnos en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, oportunidad en la que también se llevó a cabo el lanzamiento del libro correspondiente a la I Reunión Regional del Grupo (Santiago de Chile, 2009).
- En el marco de las actividades de apertura y proyección externa del Grupo se mantuvo una reunión en la Suprema Corte de Justicia del Uruguay, con su presidente, Dr. Jorge Chediak.

- Finalmente, se desarrollaron reuniones y debates con actores oficiales y representantes de ONG del Uruguay, entre ellos y en lo respectivamente correspondiente, de la Asociación de Magistrados, del Colegio de Abogados, del Comisionado de Cárceles y de Amnistía Internacional.

— III —

En función de la metodología de trabajo definida para la II Reunión Regional, el presente libro se dividirá en dos partes.

1. El primer segmento focalizará exclusivamente el tema «La fuerza normativa de la Constitución» y contendrá tres aportes:
 - a. el trabajo de César Landa titulado «La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales».
 - b. los comentarios de Leonardo Martins.
 - c. los comentarios a cargo de José Antonio Rivera S.
2. La segunda parte, titulada «Informes por países de jurisprudencia relevante en materia de Justicia constitucional y derechos fundamentales», estará a su vez escindida en dos bloques: el primero, destinado a los actuales integrantes del Grupo¹ que no tomaron parte del primer número de esta colección bibliográfica, quienes ofrecerán un panorama de la justicia constitucional en sus respectivos países y luego analizarán algunas sentencias salientes dictadas en el período 2009-2010 (Colombia, Costa Rica y Guatemala). A su tiempo, el segundo estará compuesto por las contribuciones de los miembros originarios del Grupo que intervinieron en el volumen inaugural de la serie, por lo que aquí solo se limitarán a abordar los fallos relevantes en materia de derechos fundamentales por los respectivos órganos de cierre de la justicia constitucional en sus correspondientes países (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela) en el segmento cronológico indicado. Todo ello, según el siguiente detalle:²

1 Si bien el Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México) participó de la II Reunión Regional (Montevideo, 2010), se excusó de enviar su texto escrito para el presente libro.

2 En la enunciación de trabajos se seguirá el orden alfabético de los nombres de los respectivos países.

Primer bloque: «Características salientes de los sistemas de justicia constitucional en Colombia, Costa Rica y Guatemala, y sentencias relevantes 2009-2010».

- a. «La jurisdicción constitucional de la libertad en Colombia», por Humberto Antonio Sierra Porto.
- b. «El acceso a la justicia constitucional en Costa Rica», por Gilbert Armijo.
- c. «La jurisdicción constitucional en Guatemala. Defensa del orden constitucional y derechos humanos», por Aylín Ordóñez Reyna.

Segundo bloque: «Fallos significativos en materia de derechos fundamentales en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela, 2009-2010».

- a. «La Corte Suprema argentina y algunos fallos relevantes en materia de derechos fundamentales en el período 2009-2010», por Víctor Bazán.
- b. «Justicia constitucional y derechos fundamentales en Bolivia. Algunos lamentables retrocesos», por José Antonio Rivera S.
- c. «Justiça constitucional dos direitos fundamentais no Brasil: Report 2009/10», por Leonardo Martins.
- d. «Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile 2009-2010», por Claudio Nash R. y Paz Irrarázabal G.
- e. «Sentencias fundamentales del Tribunal Constitucional peruano», por César Landa.
- f. «Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia uruguaya (2009-2010)», por Martín Risso Ferrand.
- g. «La relativización de la garantía de los derechos fundamentales por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela», por Jesús M. Casal.

— IV —

El segundo volumen de la serie, que aquí prologamos (y que se acompaña del CD con el texto completo de las sentencias tratadas), resulta de gran importancia, no solo por las cuestiones que se abordan y la plusvalía cuantitativa y cualitativa que supone sumar a tres prestigiosos colegas al equipo, sino porque representa una señal de que estamos dando un paso adelante en un proceso tan complejo como estimulante, que nos impone el reto de asegurar la continuidad operativa del grupo. La inminente III Reunión Regional que celebraremos en Lima es otro auspicioso indicio en tal sentido.

Nada de esto podría haber sido posible sin el consistente soporte del Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer (Oficina Regional Montevideo) y el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y desde luego, sin el concurso y el significativo aporte académico y humano de los expertos, que desinteresadamente hacen parte de este proyecto que de modo mancomunado estamos construyendo.

Naturalmente, nos convoca y une el convergente anhelo de contribuir —siquiera mínimamente— a la consolidación de la democracia, el fortalecimiento de la independencia de los órganos de justicia constitucional, la amplificación cualitativa del respeto y la realización de los derechos fundamentales, y la observancia de la Constitución en interrelación con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos; ingredientes, todos, de singular trascendencia para fertilizar el terreno sobre el que se asienta el Estado constitucional de derecho.

— V —

No podíamos cerrar este prefacio sin confesar que una especie de sabor agridulce nos invade. Es que a fines de abril pasado concluyó la misión de Gisela Elsner como directora del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica (Oficina Regional Montevideo) y representante de la Fundación Konrad Adenauer en el Uruguay, aunque continuará ligada a esta en Berlín.

Gisela Elsner ha sido gran impulsora y mentora de este Grupo, y en más de una ocasión ha verbalizado su esperanzado anhelo de que este pueda afianzarse y perdurar en el tiempo.

Extrañaremos su empuje, su sencillez y su profesionalismo, aunque creemos que la mejor manera de recordarla es continuar trabajando arduamente para que el Grupo se desarrolle. Por supuesto, en la Oficina Regional de Montevideo permanecen el incansable Manfred Steffen y su equipo, además del importante apoyo que acercará el director de la Oficina Regional de México, Dr. Christian Steiner, con lo cual pensamos que podremos dar útil continuidad a este proyecto, que hoy nos encuentra firmemente comprometidos.

Este volumen da elocuente testimonio de ello.

Víctor Bazán y Claudio Nash, editores

San Juan, República Argentina, y Santiago, Chile, mayo de 2011.

PRIMERA PARTE

La fuerza normativa de la Constitución

La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales

César Landa*

I. PRESENTACIÓN

La fuerza normativa de la Constitución es el instituto dinamizador del fortalecimiento de los derechos fundamentales y de la transformación jurídica de la Constitución en una norma exigible judicialmente de su cumplimiento.¹ Ello solo ha sido posible en el Estado democrático constitucional, en la medida que ha incorporado las lentas y progresivas transformaciones políticas, sociales y económicas de la comunidad, expresada en los viejos y nuevos derechos y libertades, mediante su razonable protección; en la medida que no hay derechos absolutos sino relativos, es decir, dentro del supremo orden jurídico-constitucional.

Por ello, si la Constitución no quiere quedar reducida a una pura especulación normativa, tiene que ser analizada desde una perspectiva de los derechos fundamentales, que es donde adquiere una dimensión objetiva y una eficacia real; lo cual plantea estudiar la naturaleza y el rol de la fuerza normativa de la Constitución, a través de las demandas de protección y reparación de los derechos constitucionales. Se pone en evidencia que la fuerza normativa también es un concepto catalizador de los alcances, límites y funciones de la supremacía jurídica de la norma constitucional.²

* Ex presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

1 Konrad HESSE: *Escritos Constitucionales*. Madrid: CEC, 1983, pp. 59-84.

2 Germán BIDART CAMPOS: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Ediar, 1995, p. 529.

II. INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA FUERZA NORMATIVA CONSTITUCIONAL

En la actualidad, «la apertura constitucional, como la sociedad abierta, en cuanto se consideran manifestaciones del espíritu democrático, implican la relación de ambas con la publicidad, el pluralismo, la alternancia en el poder y la tolerancia, valores fundantes de una democracia».³ En consecuencia, la noción de Constitución como proceso público integra al derecho y a la política. Por eso, sin perjuicio de las clasificaciones de Constitución y sus críticas, la fuerza normativa constitucional se vincula directamente con una noción de Constitución abierta y dinámica, entendida como el orden jurídico fundamental de la comunidad política; por cuanto la Constitución fija los valores y principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política,⁴ bases sobre las cuales se deben asumir las tareas de la tutela de los derechos fundamentales en el marco de la supremacía constitucional.

La historia constitucional en América Latina ha sido pródiga en la dación de textos constitucionales y en la incorporación nominal de derechos fundamentales y modernas instituciones democráticas, pero no en la creación de una conciencia constitucional en la ciudadanía, ni en el ejercicio del poder de sus gobernantes con plena lealtad constitucional. Podría señalarse que el desfase de la falta de vigencia de los textos constitucionales en la vida social se debe a que la expedición de las cartas políticas se fue dando al unísono de los cambios políticos y sociales de cada época, sin por ello crear el orden público y el progreso social que otorgue estabilidad y satisfaga los derechos ciudadanos.

Sin embargo, con el término de la guerra fría entre las superpotencias mundiales y la caída de las dictaduras militares y civiles en América Latina durante la segunda mitad del siglo xx, se incorpora en el constitucionalismo latinoamericano la defensa de la persona humana y el respeto de sus derechos fundamentales, como el eje que unifica al nuevo modelo de Estado democrático y constitucional; lo cual inicia un proceso caracterizado por que la Constitución se convierta en la norma suprema a la

3 Pablo LUCAS VERDÚ: *La Constitución abierta y sus «enemigos»*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid - Ediciones Beramar, 1993, p. 28; asimismo, se puede revisar el concepto de Constitución en su desarrollo histórico comparado, con especial énfasis en la historia constitucional alemana, en Dieter GRIMM: *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006, pp. 107-154.

4 Werner KÄGI: *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional*. Madrid: Dykinson, 2005, pp. 99 ss.

cual se deben subordinar los poderes públicos y privados, así como que se discuta la naturaleza e intensidad de la fuerza normativa constitucional (FNC).

Como la fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales se convierte en el motor que dinamiza a la sociedad y al Estado, también se crean tensiones democráticas y antidemocráticas acerca de su validez y vigencia. En este contexto histórico y conceptual adquiere pleno sentido que se identifique el carácter abierto —jurídico y político— de la Constitución, por cuanto de ello se podrán derivar las dimensiones y los límites de la fuerza normativa constitucional.

Como quiera que la fuerza normativa constitucional históricamente aparece como un instrumento de defensa de la Constitución, cabe señalar que la noción de Constitución que tiene sentido proteger es aquella que garantiza los derechos fundamentales a través de la justicia constitucional. Por cuanto «la Constitución no es un puro nombre, sino la expresión jurídica de un sistema de valores a los que se pretende dar un contenido histórico y político. Y es, en última instancia, desde este prisma valorativo, desde donde hay que interpretar y entender la justicia constitucional».⁵

No obstante, cabe señalar que en la doctrina comparada existe una amplia tipología de los conceptos de Constitución de la cual emerge un tipo de fuerza vinculante. Así, para Schmitt existen cuatro tipos de Constitución: a) *absoluta*, en cuanto ofrece una idea total de la unidad política del pueblo a través del Estado, ya sea ideal o verdadera; b) *relativa*, en vez de fijar un concepto unitario de Constitución como un todo, se define en función de sus características formales —escritas, rígidas, reforma agravada—; c) *positiva*, entendida como la decisión de la comunidad sobre el modo y la forma de su unidad política; y d) *ideal*, denominada así en razón de un determinado contenido político.⁶

Para otros clásicos modernos, como Canotilho, la Constitución tiene un sentido plurisignificativo: como concepto histórico-universal de todos los países, como fuente del derecho, como modo de ser de una comunidad, como fuente jurídica del pueblo, como ordenación sistemática y racional de una comunidad política a través de un documento escrito, como concepto ideal de Constitución y Estado constitucional.

Desde estos sentidos apuntala el autor el concepto de Constitución escrita con una estructura instrumental, formal, normativa y material; sin perjuicio de integrar a la Constitución material y las fuentes no constitucionales, y la Constitución material

5 Pedro DE VEGA GARCÍA: *Estudios político constitucionales*. México: UNAM, 1987, p. 285.

6 Carl SCHMITT: *Verfassungslehre*. Berlín: Dunker & Humblot, 1993; también existe versión en español: *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1982, pp. 29-62.

como conjunto de normas sustantivas insertas en el texto constitucional, todo lo cual le otorga una fuerza normativa plural.⁷

Por su parte, De Vergottini recuerda que el concepto de Constitución ha ido evolucionando desde una noción deontológica en tanto modelo ideal de la organización estatal, a una noción sociológica-fenomenológica como el modo de ser de un Estado, a una noción política entendida como la organización del Estado basada en determinados principios del derecho político y, finalmente, a una noción jurídica que es la esencia del ordenamiento estatal o, de modo más restrictivo, de la norma primaria sobre la base de la cual se funda todo el ordenamiento jurídico y su fuerza vinculante.⁸

En la concepción de García Pelayo la Constitución puede ser entendida de tres formas:⁹

- a. *Racional normativa*: Cuando la Constitución se funda en el principio de racionalidad humana del quehacer político, esta otorga orden y estabilidad a la sociedad y al Estado. Como la Constitución es un orden racional del poder, no cabe existencia jurídico-política fuera de la Constitución normativa. Esto supone que la soberanía política basada en la voluntad popular se transforme en una soberanía jurídica basada en la Constitución. Con este proceso de despersonalización de la soberanía popular, la soberanía emana de la Constitución y, en consecuencia, se convierte en la fuente del derecho. Pero solo existirá Constitución normativa si se garantizan los derechos fundamentales y el principio de división del poder, evitando así la arbitrariedad; lo que demanda que la Constitución sea objetiva y racional, es decir escrita y rígida pero finalmente interpretable o reformable.
- b. *Histórica tradicional*: Este concepto de Constitución se basa en el principio de legitimidad, entendido como la suma de la costumbre y la historia de un pueblo en un tiempo y en un espacio cultural. De modo que el pasado de una nación es la sangre que otorga vida a la Constitución del presente. Esta idea conservadora ve en el pasado la fuente de legitimidad de la Constitución, en la medida que solo los usos y costumbres valiosos para una comunidad permanecen a través del tiempo. La soberanía reside en la autoridad, ya sea parlamentaria o monárquica que está obligada a respetar el derecho común. Partiendo de estos

7 José GOMES CANOTILHO: *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1996, pp. 57-72.

8 Giuseppe DE VERGOTTINI: *Diritto costituzionale comparato*. Padua: CEDAM, 2004, pp. 115 ss.

9 Manuel GARCÍA-PELAYO: *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza, 2000, pp. 33-53.

criterios la Constitución no tiene que ser escrita, porque se reconoce el derecho consuetudinario a través de una serie de convenciones o reglas fundamentales, por eso en este constitucionalismo flexible no hay distinción entre una ley constitucional y una ley ordinaria.

- c. *Sociológica*: Esta concepción de Constitución se legitima en la realidad social, en tanto es expresión del ser y no del deber ser social. Por ello, la Constitución es realidad vigente y no manifestación del pasado o del deber ser futuro, sino de las estructuras sociales y económicas presentes. La Constitución es material y no formal, en consecuencia, está integrada por los reales factores u operadores del poder público y privado. En estos poderes concretos *de iure* y *de facto* se encuentra depositada la soberanía. De allí que la sociedad, y no el Estado, sea la fuente de los derechos, por lo que los hechos se convierten en fuente de derecho. Se produce así un antagonismo entre la Constitución válida y la Constitución real, o dicho en otras palabras, entre la legalidad constitucional y la legitimidad constitucional, antagonismo en el que no hay más solución que la reforma o la revolución.

Estos conceptos de Constitución, además de las clasificaciones tradicionales de Loewenstein: normativas, nominales y semánticas;¹⁰ Álzaga: originarias y derivadas, breves y extensas, rígidas y flexibles, codificadas y no codificadas, consuetudinarias y escritas, otorgadas, pactadas, emanadas de la voluntad popular, entre otras;¹¹ ponen en evidencia que la Constitución regula las relaciones entre el poder y el derecho, las mismas que se pueden enmarcar en las típicas formas del pensamiento jurídico. Así, para Schmitt «todo jurista, consciente o inconscientemente, asume en su trabajo un concepto de *derecho*, bien como una norma, o como una decisión, o como un orden y configuración concreto».¹²

En realidad, el pensamiento normativista —en su versión positivista y formal— ha sucumbido en el esfuerzo por someter la realidad a la literalidad de la norma constitucional. Mientras que el pensamiento historicista ha hecho presa a la Constitución

10 Karl LOEWENSTEIN: *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1979, pp. 216-222.

11 Oscar ÁLZAGA, Ignacio GUTIÉRREZ, Jorge RODRÍGUEZ: *Derecho político español. Según la Constitución de 1978. I. Constitución y Fuentes del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Tamón Areces, 1999, pp. 60-70.

12 Carl SCHMITT: *Über die Drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens*. Hamburgo: Hanserischer Verlagsanstalt, 1934, p. 7; existe traducción al español: *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Madrid: Tecnos, 1996.

de una moral colectiva que en el fondo es una *decisión* subjetiva de las elites tradicionales. Por ello, tanto el normativismo como el historicismo son expresión de un *decisionismo* constitucional; que no es lo mismo que la fuerza normativa constitucional. En ese sentido, si bien es necesario y deseable que todo Estado se rija por la Constitución, ese esfuerzo no puede quedar atrapado por la norma o la moral de la autoridad política o judicial transitoria.

Por el contrario, es necesario que la sociedad cree, incorpore y otorgue vida a la norma constitucional en la forma de derechos fundamentales, los mismos que deben ocupar un rol central en la noción de Constitución y en su fuerza normativa. Esto en la medida que la sociedad como cuerpo vital, abierto y plural en permanente desarrollo, siempre ofrece más posibilidades de enriquecimiento de la vida social, que los constituyentes hayan establecido en la Constitución.¹³ Lo cual no debe llevar a prescindir de la Constitución, sino a otorgarle su fuerza normativa sobre la base del sentido interpretativo posible, en función de una argumentación jurídica razonable y proporcional.

En efecto, frente a la crisis contemporánea de legitimidad del Estado constitucional se intentan articular, desde el racionalismo crítico, nuevas respuestas a la noción de Constitución ante los desafíos contemporáneos. Ello se procura a partir de reivindicar la dignidad de la persona como portadora de una razón crítica que se sobrepone, ética y técnicamente, a cualquiera de las tesis del objetivismo, como el historicismo.¹⁴ La interpretación de estos postulados se caracteriza por la defensa de los derechos fundamentales, en tanto resultado del estado actual de la evolución económica, social y política de la civilización. Proceso donde a partir del ensayo y error —*trial and error*— se da sentido a la historia y a la naturaleza, interpretándolas al servicio de la persona humana.¹⁵

En ese sentido, la Constitución se presenta como un proceso abierto, dinámico y conflictivo de la sociedad, como expresión de la cultura contemporánea.¹⁶

13 Peter HÄBERLE: «Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß. Ein Pluralismuskonzept», en su compendio: *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Berlín: Duncker & Humblot, 1978, pp. 121 ss.

14 Karl POPPER: *Das Elend des Historizismus*. Tubinga: Paul Siebeck, 1974, pp. 45 y 57 ss.; Bernard WILLMS: *Offensives Denken, Philosophie und Politik*. Westdeutscher Verlag, 1978, pp. 39 ss.; asimismo, revítese la perspectiva del racionalismo pragmático en Hermann LÜBBE: *Philosophie nach der Aufklärung*. Düsseldorf - Wien: Econ Verlag, 1980, pp. 159-195.

15 Karl POPPER: *Open society and its enemies*. Londres: Rotledge & Kegan Paul, 1995, pp. 489 ss. y 511 ss.; asimismo, Albert HANS: *Traktat über Kritische Vernunft*. Tubinga: Paul Siebeck, 1975, pp. 47 ss.

16 Peter HÄBERLE: *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Tecnos, 2000, pp. 36-38; Ralf DAHRENDORF: *The modern social conflict, an essay on the politic of liberty*. Berkeley: University of

Proceso en el que la fuerza normativa de los derechos fundamentales y su protección operan como un motor de la sociedad y del Estado, así como los valores propios de una sociedad pluralista y abierta integran las voluntades axiológicas individuales con los valores sociales e históricos que determinan el curso del desarrollo humano.

III. ELEMENTOS DE LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

Para identificar los elementos centrales de la fuerza normativa se deben observar las dos funciones del Estado democrático constitucional: garantizar la supremacía jurídica de la Constitución y proteger los derechos fundamentales de las personas, las mismas que a continuación se analizan.

1. Supremacía jurídica de la Constitución

La Constitución abierta, entendida como un sistema jurídico y político, permite operar a la fuerza normativa constitucional a través de la interpretación constante de la norma suprema, lo cual le otorga una capacidad expansiva y transformadora de los derechos fundamentales y los límites del poder en función de los consensos democráticos.¹⁷

En ese entendido, la fuerza normativa se encuentra vinculada al contenido de la jerarquía constitucional (*norma normarum y lex legis*) y a la naturaleza y estructura de las normas constitucionales (principios y reglas, normas y disposiciones) que les otorga una diferenciada fuerza normativa a la diversidad de las normas constitucionales, así como una diferenciada intensidad del control constitucional.

a. Contenido de la jerarquía constitucional

La jerarquía constitucional parte del supuesto de la existencia de un ordenamiento jurídico integrado por diversas normas ordenadas entre sí en función de su jerarquía material y formal. En nuestro sistema jurídico, la Constitución constituye

California Press, 1990, pp. 166-194; asimismo, Lewis COSER: *The functions of social conflicts*. Nueva York: Glencoe the Free Press, 1956, pp. 157 ss.

17 Pablo LUCAS VERDÚ: *La Constitución abierta y sus «enemigos»*, o. cit., p. 93; asimismo, Joseph AGUILÓ: *La Constitución del Estado constitucional*. Lima-Bogotá: Palestra-Temis, 2004, pp. 135 ss.

aquella norma suprema que goza de una supremacía material por dos elementos. Uno, por su origen, por cuanto la Constitución es emanación del poder constituyente, que en un sistema democrático es la fuente de legitimación del poder político y el orden jurídico. Dos, por su contenido, en la medida que la Constitución expresa jurídicamente los contenidos esenciales que integran a dicha comunidad, es decir los derechos fundamentales y la organización del poder político.¹⁸

Desde una perspectiva de la supremacía formal, la Constitución prevalece sobre la ley, esta sobre los reglamentos y así sucesivamente. Pese a este mandato, se pueden derivar dos consecuencias: una, que la Constitución es una *lex legis* —ley de leyes— en tanto se encuentra en el vértice de las demás normas, y prima en caso de conflicto sobre ellas; y *norma normarum* —norma fuente de normas—, en tanto constituye la norma matriz para la creación de las demás normas del sistema jurídico.¹⁹

Pero el reconocimiento teórico y práctico de la jerarquía constitucional ha sido producto de un largo proceso, porque hasta finales del siglo XIX la Constitución no había sido entendida sino como una norma política carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones regulatorias de la labor de los poderes públicos.²⁰ Sin embargo, a partir de las postrimerías de la segunda guerra mundial se inicia el proceso en virtud del cual la Constitución es la norma jurídica suprema del ordenamiento normativo nacional.

Esta transición solo ha sido posible a partir de dos procesos sucesivos. El primero de ellos tiene lugar cuando las llamadas garantías individuales y políticas —derechos públicos subjetivos— del Estado liberal se transforman en derechos fundamentales e incorporan valores, principios constitucionales y derechos socioeconómicos en el Estado social de derecho. Este hecho obligó, sobre todo a los jueces del Poder Judicial y posteriormente, en particular, a los del Tribunal Constitucional, a la aplicación directa de la Constitución, ya no solo dentro de lo jurídicamente debido, sino también dentro de lo constitucionalmente posible, respectivamente.²¹

18 Werner KÄGI: *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado...*, o. cit., pp. 99 ss.

19 Hans Kelsen: *Introducción a la teoría pura del derecho*. Lima: UNAM, 2001, pp. 44-47.

20 Riccardo GUASTINI: «Sobre el concepto de Constitución», en Miguel CARBONELL (ed.): *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta-UNAM, 2007, p. 23. Al respecto, también se ha señalado que «el hecho de que los textos constitucionales se vuelvan rígidos y la posibilidad de los tribunales constitucionales de sancionar las violaciones a la Carta fundamental, extiende —por así decirlo— la espiral de las fuentes, en cuyo vértice se encuentra la Constitución [...]» (Lucio PEGORARO y Angelo RINELLA: *Las fuentes en el derecho comparado*. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNMSM, Grijley, 2003, p. 119). Véase también Javier PÉREZ ROYO: *Las fuentes del derecho*. Madrid: Tecnos, 1985, p. 27.

21 Raúl CANOSA USERA: *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: CEC, 1988, pp. 302 ss.; asimismo, Enrique ALONSO GARCÍA: *La interpretación de la Constitución*. Madrid: CEC, 1984, pp. 277 ss;

Por su parte, el segundo proceso surge cuando la Constitución se legitima como norma democrática suprema con carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos, en la medida que tienen el deber de cumplirla y defenderla. Así, «a través de múltiples transformaciones que ha sufrido, la noción de Constitución ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden».²²

Así, la fuerza normativa de la Constitución fundada en el principio de la supremacía constitucional ha ido, por un lado, desplazando a la ley y a su principio de legalidad como la fuente suprema del derecho de la cual emana todo el ordenamiento jurídico y, por otro, vinculando directamente a los poderes públicos y privados. Lo cual no es solo un cambio de posición jerárquica de las normas, sino que lleva a replantear la manera de entender el derecho, la jurisprudencia, la propia jurisdicción y el rol de la judicatura.²³ En tal sentido, se ha señalado que «si la Constitución tiene eficacia directa no será solo norma sobre normas, sino norma aplicable; no será solo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más».²⁴

Ahora bien, cuando se alude a la jerarquía sucesiva o en cascada del ordenamiento jurídico no se piensa únicamente en la Constitución o en las leyes, tratados, ordenanzas, decretos o reglamentos de un determinado país; por el contrario, se piensa en algo mucho más dinámico y vital.²⁵ De ahí que algún sector de la doctrina haya criticado la noción de ordenamiento jurídico entendido únicamente como un conjunto de normas, puesto que considera que el ordenamiento jurídico en su conjunto no es sino «una entidad que se mueve en parte según las normas, pero que sobre todo dirige a las propias normas como si fueran las piezas de un tablero de ajedrez, normas que de este modo resultan más bien el objeto, e incluso el medio de su actividad, que no es un elemento de su estructura».²⁶

asimismo, Juan RUIZ MANERO: *Jurisdicción y normas*. Madrid: CEC, 1990, pp. 37 ss.

22 Hans Kelsen: «La Garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)», en *RDJ*, n.º XXXV (1928), reed. Vaduz: Topos Verlag, 1982, p. 204.

23 Luigi FERRAJOLI: «Pasado y futuro del Estado de derecho», en Miguel CARBONELL (ed.): *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, pp. 13 ss.; asimismo, Manuel ATIENZA: «Argumentación y Constitución», en Joseph AGUILÓ, Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO: *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel, 2007, pp. 113 ss.

24 Ignacio DE OTTO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1998, p. 76.

25 Luis DIEZ-PICAZO: *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona: Ariel, 1987, 2.ª ed., p. 162; asimismo, Victoria ITURRALDE SESMA: *El precedente en el common law*. Madrid: Civitas, 1995, p. 14.

26 Santi ROMANO: *El ordenamiento jurídico*, trad. de Sebastián y Lorenzo Martín-Retortillo. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963, p. 100.

Si el ordenamiento jurídico constitucional debe ser dinámico y vital —*living constitution*— el concepto de fuerza normativa de la Constitución se convierte en un concepto interpretativo por excelencia, en virtud del cual la justicia constitucional, para apreciar la inconstitucionalidad de una norma legal impugnada, además de las disposiciones constitucionales, incorpora las leyes de desarrollo constitucional y las relativas a los derechos fundamentales, máxime si por mandato constitucional, los derechos y libertades se interpretan de conformidad con los tratados sobre derechos humanos de los que se sea parte.

En ese entendido, la fuerza normativa del bloque de constitucionalidad —la Constitución y los tratados internacionales— no es algo que venga ya dado o acabado por la norma suprema, sino que se convierte en el producto de un proceso interpretativo que se basa en reglas y técnicas constitucionales y de interpretación y constitucionales.²⁷ Relación que no se puede entender a partir del clásico positivismo constitucional, sino del nuevo paradigma constitucional de los valores y principios que dan sentido de unidad al orden jurídico, tanto para proteger los derechos fundamentales como para garantizar la supremacía jurídica constitucional.²⁸ A partir de esta jerarquía material y formal de la Constitución surge una noción transformadora de la fuerza normativa —dinámica y vital— que retroalimenta a la Constitución, en tanto norma suprema del Derecho;²⁹ lo cual plantea a continuación la problemática de la naturaleza jurídica de las normas constitucionales.

b. Estructura de las normas constitucionales

Resulta legítimo plantear la interrogante acerca de si todas las normas de la Constitución son iguales en su naturaleza jurídica y, en consecuencia, si son igualmente vinculantes. Para atender esta interrogante desde una perspectiva clásica, se podría señalar que, como el actual concepto de Constitución se funda en la persona humana, la finalidad y la naturaleza de sus normas son iguales, en tanto no es el poder del Estado, sino la libertad de los ciudadanos el propósito de la norma suprema.³⁰

27 Marina GASCÓN ABELLÁN: *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Tecnos, 1993, pp. 107.

28 Ronald DWORKIN: *Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, pp. 1-38; asimismo, Javier DÍAZ REVORIO: *Valores superiores e interpretación constitucional*. México: Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, 2009, pp. 153-215.

29 Joseph AGUILÓ: *La Constitución del Estado constitucional*, o. cit., pp. 55-62.

30 Carl SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, o. cit., p. 138.

Sin embargo, la doctrina constitucional reconoce que habría que distinguir la estructura jurídico-constitucional de aquellas normas que: a) se refieren a la organización y el ejercicio de las funciones de los poderes públicos; b) tienen una formulación relativamente precisa, están en relación sistemática con el todo y en conexión mediata o inmediata con los valores políticos que le otorgan sentido; y c) cuya efectividad social está garantizada por su cumplimiento y por otras garantías.³¹

Pero, contemporáneamente, se ha señalado que en la estructura de la Constitución también habría que distinguir entre: a) normas de organización y normas de contenido y su valor; b) normas de organización y de procedimiento; y c) normas de contenido,³² o, en la medida que las dos grandes funciones de la Constitución son conferir competencias y disciplinar su ejercicio, la estructura normativa cabe estudiarla en función de la tipología de las normas, que distingue entre normas constitutivas y normas regulativas.³³

Por su parte, el constitucionalismo positivista ha diferenciado entre las normas constitucionales de naturaleza jurídica y las normas constitucionales de naturaleza programática, dado el carácter difuso de los límites y la indeterminación de algunas de las normas de estas últimas, que exigen un amplio margen de interpretación discrecional. Sin embargo, en el constitucionalismo post-positivista «hoy se admite por lo general que no se trata de fórmulas en blanco, carentes de contenido, sino de normas de las que pueden derivarse notables consecuencias jurídicas».³⁴ En este sentido, en función de distinguir la estructura de las normas constitucionales entre las normas-reglas y las normas-principios, cualesquiera que sean el contenido material o formal, estas gozan de una fuerza normativa con diferentes grados de intensidad.³⁵

Al respecto, Alexy ha señalado en primer lugar que las reglas y principios son normas jurídicas, con distintas formulaciones deónticas que pueden ser: normas mandato, normas de permisión y normas de prohibición; en consecuencia, la diferencia entre los principios y las reglas son distinciones entre dos tipos de normas que tiene incidencia directa en su fuerza normativa. Según él, «los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas normas con un nivel relativamente bajo de generalidad [...]. Los principios son *mandatos*

31 Manuel GARCÍA-PELAYO: *Derecho constitucional comparado*, o. cit., p. 116.

32 Ignacio DE OTTO: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, o. cit., pp. 28-33.

33 Juan RUIZ MANERO: «Una tipología de las normas constitucionales», en Joseph AGUILÓ, Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO: *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, o. cit., p. 64.

34 José Luis CASCAJO: *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid: CEC, 1988, p. 70.

35 Konrad HESSE: *Escritos Constitucionales*, o. cit., pp. 61 ss.

de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas [...]. En cambio, las *reglas* son normas que solo pueden ser cumplidas o no [...] contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible».³⁶

Pero si bien la fuerza normativa constitucional trabaja con estas estructuras de las normas constitucionales, es con la distinción entre norma y disposición que ha permitido cumplir eficazmente con sus tareas de control constitucional de las normas legales. Así, a partir de la interpretación de la naturaleza y la estructura de las normas constitucionales, se ha distinguido entre *disposición* —es decir, el enunciado lingüístico, texto o conjunto de palabras— y *norma* —esto es, el (los) sentido(s) interpretativo(s) que derivan de la disposición—. ³⁷ Así, los tribunales constitucionales materiales o formales, siguiendo la doctrina nacional o comparada utilizan una tipología de sentencias sobre la inconstitucionalidad de las leyes, a fin de colmar los vacíos normativos integrándolos a través de la jurisprudencia.³⁸

La doctrina suele clasificar dichas sentencias, dentro del control de la supremacía jurídica de la Constitución en: sentencias de especie y sentencias de principio. Las primeras surgen de la simple aplicación de las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto; siendo la labor del Tribunal meramente declarativa. Por el contrario, las sentencias de principio integran la jurisprudencia propiamente dicha, en la medida que interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, llenando los vacíos normativos del legislador y forjando verdaderos precedentes vinculantes a partir de casos concretos.³⁹ Sin embargo, la tarea de la fuerza normativa constitucional donde con mayor intensidad se ha desarrollado es en la tutela de los derechos fundamentales.

36 Robert ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: CEC, 1997, pp. 82 ss.; en particular, pp. 86-87.

37 Riccardo GUASTINI: *Le fonte del diritto e l'interpretazione*. Milán: Giuffrè, 1993. p. 18.

38 César LANDA: «Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional latinoamericana», ponencia en el seminario internacional «La justicia constitucional. Prolegómeno de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina», organizado por el Max-Planck-Institut, Heidelberg, 18-19 noviembre de 2009, 18 pp.

39 Theodor MAUNZ *et al.*: *Bundesverfassungsgerichtsgezetts*, Múnich: Verlag C.H. Beck, 2003, pp. 122 ss.; Klaus SCHLAICH: *Das Bundesverfassungsgericht*, Múnich: Verlag C.H. Beck, 1997, pp. 260 ss.

2. Protección de los derechos fundamentales

El desarrollo de la fuerza normativa de la Constitución tiene en los derechos fundamentales la expresión más clara que la utopía democrático liberal ha logrado institucionalizar en el Estado y en la sociedad: la garantía de la protección y el desarrollo de los derechos de toda persona. Proceso histórico que no ha sido ni es pacífico, ni uniforme en el mundo, debido a que «el cambio estructural de los derechos fundamentales, corresponde al cambio del concepto del Estado de derecho, en tanto aquellos conceptos se corresponden con el *rule of law* previamente establecido».⁴⁰

En efecto, la aparición de la fuerza normativa de los derechos fundamentales solo es concebible en el Estado democrático constitucional, lo que constituye una constante histórica y teórica contemporánea en todas las latitudes. Asimismo, marca un horizonte social y temporal, dados los profundos alcances de su poder transformador en asociación con los derechos humanos de cada sociedad, que el positivismo, definitivamente, no ha logrado comprender dadas las categorías normativas con que opera exclusivamente.

En ese sentido, la construcción holística de la fuerza normativa de la Constitución a partir de los derechos fundamentales debe reconocer las necesidades históricas de libertad y justicia de cada realidad nacional, necesidades que deben constituir la fuente de su eficacia para tutelar los derechos fundamentales, pero no de manera abstracta e intemporal; sino, como exigencias procesales concretas, tanto frente al propio Estado constitucional, como frente a otra persona privada o particular.⁴¹

a. Frente al Estado

La protección de los derechos fundamentales históricamente se ha basado en una mentalidad y una cultura individuales, propias de la primera hora del Estado liberal, que reemplazó a un orden social estamental, en tanto la persona no podía estar diluida en las organizaciones corporativas. Para tal efecto, el modelo liberal se afirmó en el iusnaturalismo racionalista que se expresó, revolucionariamente, en la eliminación de los privilegios estamentales, así como, en la

40 Gerhard LEIBHOLZ: *Verfassungsstaat und Verfassungsrecht*. Stuttgart: Verlag Kohlhammer, 1976, p. 16; asimismo, Willi GEIGER: «Die Wandlung der Grundrechte», en Max IMBODEN (ed.): *Gedanke und Gestalt des Demokratischen Rechtsstaates*. Wien: Verlag Herder, 1965, pp. 9-33.

41 Gustavo ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1995, pp. 75-92; asimismo, Alain TOURAINE: *Qu'est-ce que la démocratie?* París: Fayard, 1994, pp. 37 ss. y 57 ss.

declaración de un conjunto de derechos y libertades del hombre. En ese sentido, Francia se constituyó en el modelo del derecho moderno, basado en el individuo como sujeto de derechos y obligaciones, tal como quedó manifestado en Francia con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1789 y el Código Civil de Napoleón de 1804.

No obstante, dado que el esquema individualista de derechos no pudo ser incorporado progresivamente en la sociedad, debido a la inacción del Estado, se requirió partir de una ficción jurídico-política, donde el contrato o pacto social fuera el instrumento de articulación unánime de los hombres en una sociedad civil, para mejor asegurar los derechos y libertades innatos de todas las personas. Así, sobre la base del contrato social se establecerá, en adelante, el principio de la soberanía popular y del poder constituyente. Dichos principios otorgaron legitimidad no solo a la creación de una Constitución, sino que le imprimieron fuerza normativa a los instrumentos de protección o garantía de los derechos inalienables del hombre frente al Estado.⁴² En ese sentido, desde entonces la norma de apertura de las Constituciones democráticas expresa que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

De allí que se puede partir de una presunción de libertad del hombre frente al Estado —*principio de distribución*— y de una actuación limitada del Estado frente a la libertad —*principio de organización*—,⁴³ lo cual supone que las autoridades judiciales, policiales y administrativas, antes de limitar o restringir las libertades de una persona, requerirán de una ley o un mandato judicial para actuar, como demanda toda Constitución.⁴⁴ Desde una interpretación minimalista, estas disposiciones aparentemente son consecuentes con los postulados del liberalismo garantista, para el cual los derechos civiles no eran creados por el Estado, sino tan solo reconocidos por él. Ello implicaba que los derechos y libertades existían previamente al Estado y que este era solo un instrumento garantizador de los mismos, a través de la ley.

42 Marie-Françoise RIGAUX: *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*. Bruselas: Larcier, 1985, pp. 95 ss.; asimismo, Pedro DE VEGA: *En torno a la legitimidad constitucional. Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio. En sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*. México D. F., UNAM, 1988, pp. 811 ss.

43 Carl SCHMITT: *Verfassungslehre*, o. cit., pp. 125 ss.; asimismo, Sacaría GIACOMETTI: «Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit», *ZSR*, Band 74, Basilea, 1955, pp. 163 ss.

44 Carlos DE CABO: *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*. México D. F.: UNAM, 1997, pp. 305 ss.

En esa lógica liberal los derechos fundamentales eran derechos de libertad del individuo frente al Estado, es decir, se concebía a los derechos y libertades como derechos de defensa —*Abwehrrechte*—. Se ponía el acento en el *status negativus* de la libertad, frente y contra el Estado. En esta concepción clásica de los derechos fundamentales no se permitía forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo lo previsto formalmente por la ley.

En ese entendido, la libertad estaba garantizada sin condición material alguna, es decir, no estaba sometida al cumplimiento de determinados objetivos o funciones del poder, porque la autonomía de la voluntad no era objeto de regulación normativa, en la medida que era compatible con el marco general, abstracto y formal de la ley. Por lo cual, se dieron garantías tales como: nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíba; asimismo, la proscripción de expedir leyes especiales por la diferencia entre las personas salvo por la naturaleza de las cosas; o la prohibición de la retroactividad de la ley, entre otras.⁴⁵ En ese supuesto, se puede decir que la defensa de la libertad humana se convirtió en el fin supremo de la sociedad y el Estado, actuando a través de la ley y su fuerza activa y pasiva, como principio delimitador de los derechos fundamentales, así como soporte del modelo constitucional liberal.

En virtud de ello, los derechos fundamentales producían efectos privados de defensa de la persona y efectos públicos de contención de la autoridad. No obstante, en caso de colisión no se resolvía con el *in dubio pro libertate*. Es que la libertad estaba en la práctica sometida al principio de legalidad, antes que al de constitucionalidad. Un aspecto relevante de esta concepción liberal de los derechos fundamentales, en cuanto derechos subjetivos, era la vinculación negativa del legislador a estos, entendida como un mandato estatal de dejar hacer en el sentido anotado, descartando el sentido positivo de asegurar la realización de la libertad mediante obligaciones de hacer del Estado.⁴⁶

De ello se desprende el límite negativo de la ley sobre la libertad, descuidando los presupuestos sociales y valorativos que promovieron la realización de las revoluciones liberales que dieron nacimiento al Estado liberal de derecho, en la medida que «los derechos fundamentales garantizan la protección del estado real de la

45 Georges BURDEAU: *Les libertés publiques*. París: LGDJ, 1972, pp. 129 ss.; asimismo, Jean RIVERO: *Les libertés publiques*, I. París: Presses Universitaires de France, 1981, pp. 145-152.

46 Manuel MEDINA: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: Civitas, 1997, pp. 9 ss.

libertad socialmente ya existente o en formación».⁴⁷ Esto fue posible a partir, por un lado, de la transformación de la concepción liberal de los derechos y libertades a una concepción institucional de los derechos fundamentales; y, por el otro lado, por la incorporación de la fórmula del Estado democrático y social de derecho, que introduce nuevos institutos como la fuerza normativa constitucional.

En ese sentido, entender a los derechos fundamentales como derechos subjetivos individuales resulta ser insuficiente en la actualidad, pues esta visión formal no responde a la eficacia integradora de la fuerza normativa de toda la Constitución, que se funda en la búsqueda de la materialización de los derechos en la realidad social. De ahí que la teoría de la institución provea el marco teórico de una renovada y compleja comprensión de los derechos fundamentales, acorde con los cambios políticos, económicos y tecnológicos del Estado democrático constitucional.⁴⁸

Por ello se debe partir de entender que los derechos fundamentales tienen un doble carácter jurídico: como derecho subjetivo de la persona y como derecho objetivo o fundamento valorativo del orden constitucional. De modo que «los derechos individuales son a la vez instituciones jurídicas objetivas y derechos subjetivos».⁴⁹ La fuerza normativa irradia el carácter vinculante de la faz subjetiva del derecho fundamental, a la vez que lo refuerza o delimita en su faz objetiva. Ahora bien, es precisamente mediante la actuación estatal, aunque también de los particulares, que los derechos pueden ser desconocidos, desvirtuados o vaciados de contenido, ya sea por acción o por omisión.

Pero como las Constituciones contemporáneas tienen un entresijo de derechos y garantías, Schmitt trazó una línea divisoria entre los derechos de libertad de las personas y la garantía institucional de ciertas instituciones constitucionales, como la autonomía local o universitaria, a fin de reforzar la protección de las libertades y de las instituciones de manos de los eventuales excesos del legislador. Por ello,

47 Hans IPSEN: «Über das Grundgesetz. Nach 25 Jahren», *DöV*, n.º 27, 1974, p. 295.

48 IVOR JENNINGS: «Die Theorie der Institution», en Roman SCHNUR (ed.): *Institution und Recht*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, pp. 99-117; asimismo, NIKLAS LUHMANN: «Institutionalisierung. Funktion und Mechanismus im sozialen System der Gesellschaft», en Helmut SCHELSKY (ed.): *Zur Theorie der Institution*. Universitätsverlag, 1973, pp. 27 ss.; y Helmut SCHELSKY: *Gedächtnissymposion*. Münster: Duncker & Humblot, '1985, Recht und Institution' (edición de la Universidad de Münster), Berlín: 1985, pp. 19 ss. y 71 ss.

49 Maurice HAURIUO: *Précis de Droit Constitutionnel*. París: Sirey, 1923, reimpres. París: CNRS, 1965, pp. 612, 618 ss.; asimismo, revísese ERICH KAUFMANN: *Das Wesen des Völkerrechts und die 'clausula rebus sic stantibus'*, Tubinga: Neudruck der Ausgabe, 1911, reprint, Aalen: Scientia Verlag, 1964, pp. 128 ss.; y Peter HÄBERLE: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Lima: PUCP-MDC Fondo Editorial, 1997, pp. 163 ss.

«la garantía institucional no es un derecho fundamental en sentido auténtico, pero significa una protección constitucional contra la supresión legislativa, según es característica de la garantía institucional».⁵⁰

Por otro lado, cabe precisar que los derechos fundamentales, en tanto gozan de un carácter objetivo, sin perjuicio de su carácter subjetivo, requieren de la fuerza constitucional positiva y no negativa del Estado para la protección y el desarrollo de la libertad y la igualdad, configurándose así una nueva relación entre los derechos fundamentales y la legislación.⁵¹ Debemos resaltar que es Häberle quien desarrolla la categoría de los límites del legislador con relación a los derechos fundamentales. Elabora esta categoría reformulando la tesis de la reserva de ley propia del Estado liberal, que dejaba librado a la competencia discrecional del legislador el desarrollo legal de los derechos establecidos en la Constitución.

El profesor de Bayreuth postula la tesis central acerca de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, como fórmula sintética que encierra el concepto de valor que se encuentra en cada derecho fundamental.⁵² Se puede decir, entonces, que a la luz de la fuerza normativa institucional de los derechos fundamentales, es posible identificar o construir el contenido esencial de estos. Ello a partir de la idea de la libertad como instituto, es decir, como una práctica que se realiza y desarrolla en una sociedad abierta y pluralista. Libertad que, por otro lado, encuentra en la fuerza normativa los elementos que inciden, directa o indirectamente, en la formación, el proceso y el resultado de la norma constitucional.⁵³

En tal sentido, «el contenido y los límites de los derechos fundamentales deben determinarse partiendo de la totalidad del sistema constitucional de los valores al que hace en su esencia, referencia todo derecho fundamental».⁵⁴ Por ello, se puede hablar de una teoría absoluta y una teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales. La teoría absoluta se basa en el valor mínimo e intangible con que cuenta un derecho fundamental para no dejar de ser tal y, en cuanto tal,

50 Carl SCHMITT: *Verfassungslehre*, o. cit., p. 170; asimismo, consúltese Edgard SCHMIDT-JORTZIG: *Die Einrichtungs-garantien der Verfassung. Dogmatischer Gehalt und Sicherungskraft einer umstrittenen Figur*, 1979, pp. 63 ss.; y Luciano PAREJO: *Garantía Institucional y Autonomías Locales*, Madrid: IEAL, 1981, pp. 23 ss.

51 Konrad HESSE: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Madrid: Verlag Müller, C. F., 1990, pp. 127 ss.

52 Peter HÄBERLE: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, o. cit., pp. 116 ss.; asimismo, Juan GAVARA: *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: CEC, 1994, pp. 99 ss.

53 Peter SALADIN: *Grundrechte im Wandel*. Berna: Verlag Stämpfli & Cie ag, 1975, pp. 296 ss.

54 Peter HÄBERLE: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, o. cit., p. 109.

se relaciona jerárquicamente con los demás derechos. La teoría relativa busca delimitar el contenido esencial de un derecho fundamental en relación con los demás valores y bienes constitucionales, por cuanto los derechos encuentran su esencia y límites en relación con otros derechos fundamentales.⁵⁵

En esta tarea de integración, propia del desarrollo dinámico de los derechos fundamentales, se trata de ponderar diversos bienes jurídicos en conflicto, ya sea cuando una ley de desarrollo constitucional limita un derecho fundamental o, cuando estos derechos entran en conflicto entre sí; tarea que solo es posible realizar en el marco de la totalidad de los valores y bienes jurídicos constitucionales.⁵⁶ Este proceso de integración se realiza a través del test de la razonabilidad o proporcionalidad, que se ha potenciado al máximo en la doctrina y la jurisprudencia comparadas.⁵⁷

Así, se puede hacer uso del principio de proporcionalidad de los derechos fundamentales, que supone integrar la libertad y la autoridad, sin afectar el núcleo duro de los derechos fundamentales, mediante el principio de armonización y proporcionalidad.⁵⁸ Dicho test se caracteriza por: a) examinar directamente si una norma o un derecho contiene razones o motivos que sean adecuados o conformes a los valores constitucionales para limitar uno u otro derecho; b) verificar si existe una relación de necesidad de medios-fines, que sea objetiva y lógica, entre la restricción de un derecho y la norma legal o el otro derecho; y c) examinar si la medida restrictiva es idónea y proporcional a los fines que persigue la norma o el otro derecho.⁵⁹

55 Antonio LÓPEZ PINA (ed.): *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid: Civitas, 1992; ponencia de Peter HÄBERLE sobre «El legislador de los derechos fundamentales», pp. 120 ss.

56 Friedrich MÜLLER: *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältniss von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*. Berlín: Duncker & Humblot, 1966, pp. 207 ss.; asimismo, Peter HÄBERLE: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, o. cit., pp. 95 ss. y 127 ss.

57 Carlos BERNAL PULIDO: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2005, p. 873; Gloria LOPERA: *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: CEPC, 2006, p. 661; Juan CIANCIARDO: *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires: Depalma, 2004, p. 163; asimismo, Javier BRANES: «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», en *Cuadernos de Derecho Público*, 5, septiembre-diciembre [«El principio de proporcionalidad»], Madrid: INAP, 1998.

58 Peter LERCHE: *Übermass und Verfassungsrecht*. Colonia: Carl Heymanns Verlag, 1961, pp. 125 ss.; Ulrich SCHEUNER: «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», *VVDStRL*, 20, Berlín: 1963, pp. 125-126; asimismo, Josef ISENSEE: «Bundesverfassungsgericht. Quo vadis?», *IZ*, 22, 1996, p. 1090.

59 Enrique ALONSO GARCÍA: *La interpretación de la Constitución*, o. cit., pp. 203-253.

El desarrollo práctico del sistema de los derechos fundamentales supone el reconocimiento de un *status activus processualis*, que permite al ciudadano acceder a la tutela jurisdiccional de los tribunales.⁶⁰ En consecuencia, a través de los procesos constitucionales, la fuerza normativa de los derechos fundamentales se hace vinculante a todos los poderes públicos y también a las relaciones entre los particulares, en tanto le otorga eficacia para asegurar el orden constitucional, lo cual alcanza a las cláusulas sociales y económicas del Estado constitucional.⁶¹ Sin embargo, «la Constitución no puede resolver por sí sola la cuestión social, sino solamente aparecer como marco de una determinada realidad y de un programa social *res publica semper reformanda*».⁶²

Esto significa que el ejercicio de los derechos fundamentales solo adquiere visos de realidad como libertades sociales, cuando el bien común, como objetivo humano, reclama de la acción del Estado medidas concretas. En ese sentido, «los derechos fundamentales no son, únicamente, algo dado, organizado, institucional, y de tal modo objetivados como estatus; sino que ellos, en cuanto institutos, justamente a consecuencia del obrar humano, devienen en realidad vital, y como tal se entiende el derecho como género».⁶³

Por ello, la Constitución, y ya no la ley, se presenta como una garantía de protección de la libertad en tanto limitación a la intervención del legislador, asimismo, la fuerza normativa constitucional es también una garantía de la promoción y la realización de la libertad instituida. Esto permite superar la clásica noción de reserva de ley del Estado liberal minimalista y asumir un concepto activo de delimitación de los derechos a través de la Constitución y, en defecto de esta, de la jurisprudencia constitucional que le imprime la fuerza normativa constitucional.

Este concepto de la fuerza normativa constitucional también puede conformar y determinar el contenido esencial de un derecho fundamental, cuando la Constitución no lo haya previsto jurídicamente, pero dicha delimitación a su vez debe realizarse respetando la última barrera del contenido institucional de la libertad,

60 Peter HÄBERLE: «Leistungsrecht im sozialen Rechtsstaat», *VVDStRL*, 30, 1972, pp. 82 ss.

61 Peter HÄBERLE: *Grundrechte im Leistungsstaat*. Berlín: Walter de Gruyter, 1972, pp. 90 ss.; igualmente, del mismo autor: «Menschenwürde und Soziale Rechte in verfassungsstaatlichen Verfassungen», en *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlín: Duncker & Humblot, 1992, pp. 352-359.

62 Jörg Paul MÜLLER: *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, Basilea-Fránfort: Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1981, p. 167; asimismo, Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE: *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 72 ss.

63 Peter HÄBERLE: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, o. cit., p. 199; Reinhold ZIPPELIUS: *Rechts und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft*. Berlín: Duncker & Humblot, 1994, pp. 67 ss.

constituyéndose en un límite a los límites de los derechos fundamentales.⁶⁴ De aquí la importancia de que la jurisprudencia establezca una teoría de la fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales al analizar los límites inmanentes, directos o indirectos, que hagan inmune el contenido esencial de los derechos fundamentales a la acción legislativa de las mayorías parlamentarias transitorias. Ello, en la medida que los derechos se encuentran vinculados a la sociedad.⁶⁵

En consecuencia, la fuerza normativa de la Constitución en el sentido institucional planteado está orientada, concretamente, a la realización del objetivo de los derechos fundamentales como instituto, es decir que la libertad tiende a penetrar en la realidad que se halla detrás del concepto jurídico de los derechos fundamentales. Por esta razón, «los derechos fundamentales son institutos, solo (sic) cuando pueden ser *efectivamente* reivindicados por los titulares —cambiar el hecho por la norma—, es decir cuando son *regla*».⁶⁶ Si bien eso es factible a partir de la fuerza normativa constitucional, la protección de los derechos fundamentales entre particulares presenta distintos desafíos y límites contemporáneos.

b. Entre particulares

La fuerza normativa de la Constitución tiene como una de sus funciones esenciales proteger los derechos fundamentales contra el Estado, como también frente a los particulares. Ello en la medida que si bien el constitucionalismo liberal surge como un sistema de protección de derechos y libertades solo frente al poder del Estado, en la actualidad el poder no reside únicamente en el Estado democrático y social de derecho, sino también en los poderes privados que provienen básicamente de las instituciones empresariales y sociales en la actual sociedad corporativa.⁶⁷

En consecuencia, la tesis originaria del Estado liberal en punto a que las relaciones jurídicas entre los particulares se rigen por el derecho privado, fundadas básicamente

64 Peter LERCHE: *Übermass und Verfassungsrecht*, o. cit., pp. 98-134; Peter HÄBERLE: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, o. cit., pp. 108 ss.; y Marcel BOLZ: *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, pp. 218-228.

65 Hartmut JÄCKEL: *Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung. Eine rechtsdogmatische Studie zu Artikel 19 Abs., 2 GG*, Berlín: Duncker & Humblot, 1967, pp. 29-40; asimismo, Manuel MEDINA: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, o. cit., pp. 48 ss.

66 Peter HÄBERLE: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, o. cit., p. 211.

67 Norberto BOBBIO: *Il futuro della democrazia*. Turín: Einaudi, 1991, pp. 85 ss.; asimismo, Pedro DE VEGA: «Neoliberalismo y Estado», en *Pensamiento Constitucional*, año IV, n.º 4, Lima: PUCP-MDC, 1997, pp. 35-36.

en el principio de autonomía de la voluntad de las partes y en la libertad contractual, no es plenamente válida. En efecto, antes las relaciones jurídicas entre particulares quedaban sujetas a los códigos sustantivos y procesales, en tanto se regulaban como derechos subjetivos, pero, cuando surge la impronta de la cuestión social a finales del siglo XIX y luego la doctrina de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, con su impronta de la fuerza normativa, la Constitución se convierte en norma jurídica que vincula también a los negocios jurídicos entre particulares.⁶⁸

A diferencia del Estado liberal, el Estado constitucional —en su fórmula democrática y social— no es neutral e imparcial en el nivel económico, sino que de manera activa otorga un sustento jurídico material a todos los derechos fundamentales, no solo civiles y políticos, sino también económicos y sociales, interviniendo en el mercado para equilibrar las fuerzas y corregir sus excesos, reservándose actuar principalmente en los sectores económicos de servicios públicos, sociales e infraestructura; protegiendo, sobre todo a los sectores más desaventajados y marginados de los beneficios del mercado, a partir de la fuerza normativa de la Constitución.

Como ha señalado Hesse: «Aquí radica la diferencia esencial entre el significado actual de la autonomía privada y el del siglo XIX; aquel ofrecía una libertad solo formal, porque partía de una igualdad solo formal que solo parcialmente se correspondía con la realidad social; en consecuencia, podía conducir a la falta de libertad efectiva. Una libertad real general nunca puede ser producida por la sola autonomía privada».⁶⁹ Ello es así desde que en el Estado constitucional la Carta Magna no es solo una norma suprema que tiene fuerza normativa para los poderes públicos y en su relación con los ciudadanos, sino también para y entre los particulares por más autonomía de la voluntad y libertad contractual que tengan, en la medida que no hay islas fuera de la fuerza normativa de los mandatos constitucionales, ni exentas en consecuencia de control jurisdiccional.

De allí que las Constituciones señalen que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad constituyen el fin supremo de la sociedad y del Estado; establezcan que es deber de todos los poderes públicos y ciudadanos respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico nacional, además de que las Constituciones reconozcan la capacidad de cualquier ciudadano de interponer una acción de amparo contra cualquier autoridad o funcionario que vulnere o amenace por acción u omisión los derechos fundamentales, aun cuando la

68 Nicolás PÁJARO MORENO: *Autonomía privada y constitucionalización del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 115.

69 Konrad HESSE: *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995, p. 79.

potestad de incoar un proceso de amparo contra un particular sea residual y limitada en algunos países.⁷⁰

En efecto, «la constitucionalización del derecho constituye no solo una exigencia de la unidad del sistema y de respeto de la jerarquía de las fuentes, sino también la vía práctica para evitar el riesgo de la degeneración del Estado por el derecho formal. La ley fundamental no garantiza, en los hechos, solamente la forma y el procedimiento de la actuación estatal, sino que comprende también al mismo tiempo elementos normativos sustanciales».⁷¹

No obstante, que la Constitución sea una *lex legis* —suprema ley— y una *norma normarun* —norma fuente de otras normas— no se deriva que su fuerza normativa haya devenido en fundamento absoluto de todo el derecho, por cuanto, el origen de las relaciones entre particulares nace de un derecho anterior al Estado: la autonomía de la voluntad; pero, que su ejercicio en sociedad requiere de su regulación, no solo legal sino sobre todo de su regulación constitucional, dada su supremacía normativa. Por ello, en tanto los derechos fundamentales expresan un orden objetivo de valores a partir del principio-derecho de dignidad humana consagrado en la Constitución, como apuntó Nipperdey y luego con matices Dürig y Schawe, el TC alemán señaló en su sentencia del caso Lüth-Urteil (*BerfGE* 7, 198), del 15 de enero de 1958, que la norma suprema «influye *evidentemente* también sobre el derecho civil; ninguna disposición jurídico-civil debe estar en contradicción con él y todas ellas deben interpretarse conforme a su espíritu».⁷²

Con este reconocimiento se dio inicio a la doctrina jurisprudencial de la fuerza normativa o más conocida como la eficacia horizontal de los derechos fundamentales frente a particulares —*Der Drittwirkung der Grundrechte*—; la misma que tuvo opositores y críticos dada la constitucionalización del derecho privado. Así, detractores como Forsthoff denunciaban que la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares iba a producir la disolución de la Constitución en su sentido jurídico, por un orden de valores abstractos, o Rogel, quien advertía de los riesgos que dicha doctrina podía significar para la libertad contractual y

70 César LANDA: «El proceso de amparo en América Latina: ¿Un noble sueño o una pesadilla?», conferencia brindada en el X Curso de Postgrado en Derecho Constitucional y Procesos de Amparo, Toledo, Universidad de Castilla-La Mancha, 16-23 de enero de 2010, 16 pp.; asimismo, Héctor FIX ZAMUDIO, Eduardo FERRER MAC-GREGOR (coords.): *El derecho de amparo en el mundo*. México D. F.: Porrúa, 2006, 1264 pp.

71 Pietro PERLINGIERI: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 193.

72 Jesús GARCÍA TORRES y Antonio JIMÉNEZ BLANCO: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid: Civitas, 1986, pp. 19 ss. y en particular p. 29.

la seguridad jurídica; llevándolos a postular una concepción de derechos fundamentales como derechos de defensa frente al Estado.⁷³ Sin embargo, un crítico como Hesse si bien reconoce que la Constitución es el orden jurídico supremo de la comunidad, no por ello admitirá que en base a su fuerza normativa regula todo, sino solo los aspectos más importantes o especiales de la vida social y estatal, dejando el resto a la configuración particularmente del legislador.⁷⁴

Por su parte, la doctrina jurisprudencial comparada va a precisar los alcances de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, en función de la naturaleza del derecho en cuestión, sobre todo si nos referimos a los derechos económicos, sociales y medioambientales. Así, en la medida que en la sociedad y el mercado existen relaciones asimétricas entre particulares —por ejemplo entre el empresario y el obrero, entre una corporación multinacional y un usuario o consumidor, o un medio de comunicación y un espectador—, se puede señalar que ha fracasado la igualdad formal ante la ley que formuló el positivismo de antaño. De donde se puede colegir que la libertad ya no es solo afectada por el Estado sino también por particulares, en el propio seno de la sociedad.

En la jurisprudencia constitucional comparada se puede señalar que la mayor cantidad de causas que llegan son los procesos constitucionales de amparo, que son también incoados contra particulares. Así, en la jurisprudencia constitucional del Perú los procesos de amparo de pensionistas son contra el sistema privado de pensiones, aunque también contra la seguridad social estatal; en tanto que en materia laboral se plantean dichos procesos constitucionales contra los empleadores privados, aunque también contra el Estado en su calidad de empleador.

Ante los dilemas de la intensidad de la protección constitucional de los derechos fundamentales afectados en las relaciones jurídico-privadas, se podría señalar que en la doctrina comparada se han asumido dos respuestas.⁷⁵ Por un lado, la eficacia de los derechos fundamentales irradia todo el orden jurídico público y privado, de modo que la fuerza normativa se despliega directa e inmediatamente sobre las relaciones jurídicas entre los particulares —*unmittelbare Drittwirkung*—. Por otro lado, los derechos fundamentales irradian su eficacia jurídica vinculante, pero de manera mediata e indirecta, a través de normas intermedias o de la jurisdicción

73 André Rufino DO VALE: *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Fabris, 2004, pp. 112-118.

74 Konrad HESSE: *Derecho constitucional y derecho privado*, o. cit., p. 83.

75 Ignacio DE OTTO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, o. cit., p. 76.

que se encargan de poner en vigencia los mandatos constitucionales, a través de las cláusulas y los principios generales del derecho —*mittelbare Drittwirkung*.⁷⁶

El *efecto mediato* en la protección de las libertades a través de la ley, en el fondo expresa el clásico esquema de libertades civiles del Estado liberal, aunque sin la concepción de derechos como derechos públicos subjetivos; mientras que el *efecto inmediato* de los derechos fundamentales exigibles judicialmente a terceros sin el requisito de una norma intermedia para su vigencia, pone de realce la fuerza normativa constitucional, lo cual es propio del Estado democrático y social de derecho, donde la dignidad y la igualdad —reales y no formales— como valor y como derecho ocupan un rol delimitador de los demás derechos fundamentales, a través de principios como el deber de protección del Estado y el debido proceso sustantivo.⁷⁷

La eficacia frente a terceros tiene naturalmente límites, dada la diversa estructura normativa de los derechos fundamentales y las disposiciones del derecho privado, así como de la antinomia entre estos. Como señala Alexy, el problema se plantea en saber cómo y en qué medida ejercen esta influencia.⁷⁸ Así, la Constitución peruana plantea antinomias que se presentan entre el principio de la autonomía privada según el cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no mande, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, y el principio de la irrenunciabilidad de los derechos del trabajo cuando dispone que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Si bien en dicho ordenamiento constitucional se incorporan sin mayor dificultad los efectos horizontales de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional peruano ha consagrado incidentalmente en materia laboral en los casos *Telefónica*⁷⁹ y *Llanos Huasco*,⁸⁰ así como, en materia de derechos fundamentales medioambientales en los casos *Nextel*,⁸¹ la fuerza normativa constitucional, a través de la tesis de sus efectos inmediatos y directos frente a particulares, aunque reconoce que en esa tarea de ponderación deben tomarse en cuenta los grados de

76 Pedro DE VEGA: «La eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la *Drittwirkung der Grundrechte*», en *Derecho*, n.º 46, Lima: PUCP, 1992, pp. 362 ss.

77 Juan María BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid: CECp, 1997, pp. 283 ss. y 325 ss.

78 Robert ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, o. cit., pp. 510-529.

79 STC, exp. n.º 1124-2001-AA-TC, del 11 de julio de 2002.

80 STC, exp. n.º 976-2001-AA/TC, del 13 de marzo de 2003.

81 STC, exp. n.º 4223-2006-PA/TC, del 2 de junio de 2007; y STC, exp. n.º 2268-2007-PA/TC, del 10 de diciembre de 2007.

intensidad de la protección, sin llegar a precisarlos. De donde se puede señalar que será la jurisprudencia la que en última instancia vaya delimitando cada vez más la solución a dichas antinomias, a través de la ponderación del interés general y el interés particular en las relaciones *inter privados*.⁸²

IV. PERSPECTIVAS DE LA FUERZA NORMATIVA CONSTITUCIONAL

La fuerza normativa constitucional ha encontrado en la tutela de los derechos fundamentales y en la garantía de la supremacía jurídica de la Constitución el fundamento tanto de su institucionalización como de su funcionamiento. Ello ha sido posible gracias sobre todo a la protección jurisdiccional de los derechos, a través de la jurisdicción constitucional tanto en sede judicial ordinaria como en sede de los tribunales constitucionales.

Si bien se puede señalar que la fuerza normativa constitucional puede medirse a través de los grados de desarrollo de la justicia constitucional; también es cierto que no todo avance de la jurisdicción constitucional es símbolo del fortalecimiento del Estado democrático constitucional, en la medida que la fuerza normativa no es una cuestión de eficacia meramente funcional o formal de la Constitución, sino un instrumento en pro de la democratización de la sociedad y del Estado, por cuanto no existe derecho sin democracia, como tampoco existe democracia sin derecho.⁸³

Entonces, si bien las perspectivas de la fuerza normativa constitucional material avanzan en la línea de controlar los excesos del poder en aras de proteger los derechos fundamentales, esto ha originado cuestionamientos y debates en torno al activismo judicial versus la autolimitación judicial. Pero cabe señalar que la fuerza normativa constitucional se identifica antes con dicho activismo que con la autolimitación; pero, habría que remarcar: de un activismo judicial ponderado, es decir limitado. Por ello, la eficacia y la fuerza normativa no constituyen en sí mismas un valor institucional absoluto; por cuanto, la *sobreconstitucionalización* del sistema jurídico y político, de la mano de tribunales, jueces venales o dependientes del

82 Mijail MENDOZA: «La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares», en *Pensamiento Constitucional*, año XI, n.º 11, Lima: PUCP, 2005, pp. 248-250. Se puede revisar el caso colombiano en Alexei Julio ESTRADA: «La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano», en Miguel CARBONELL (coord.): «Derechos fundamentales y el Estado». *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México D.F.: UNAM, 2002, pp. 267-296.

83 Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE: *Escritos sobre derechos fundamentales*, o. cit., pp. 60-63.

poder gubernamental de turno o de los poderes privados, es tan perniciosa para el Estado democrático constitucional como el de una dictadura que desconoce el derecho como la regla de convivencia para todos.

En consecuencia, la cuestión de la perspectiva de la fuerza normativa constitucional sigue siendo un asunto político y jurídico. Político, en tanto que el desarrollo de la fuerza normativa constitucional está vinculado al fortalecimiento del modelo de Estado democrático y constitucional, es decir que los ciudadanos y las fuerzas vivas de la sociedad asuman que la defensa de sus derechos fundamentales pasa por tener voluntad de Constitución —*wille der Verfassung*—, por constituir el menos imperfecto de los sistemas políticos. Aunque siempre hay que estar alertas a las llamadas autoritarias que apelando a la necesidad y la urgencia del pueblo plantean gobiernos dictatoriales por ser más eficaces que los democráticos para satisfacer las necesidades de bienestar del pueblo —*salus populi suprema lex*—; lo cual es falso en la medida que convierte a la persona humana en objeto y no sujeto del poder ni del derecho, así como también termina sirviendo a las minorías usando el nombre de las mayorías.

La fuerza normativa constitucional también es una cuestión jurídica en la medida que su eficacia requiere de técnicas de interpretación y argumentación jurídica constitucionales para la defensa de los fines esenciales de la Carta Magna —derechos fundamentales y límites a los excesos del poder—; para lo cual, la profundización del test de ponderación o razonabilidad constituye en la hora actual la mejor técnica que permite racionalizar y limitar la fuerza normativa constitucional, en aras de proteger a la persona humana y garantizar sus derechos fundamentales, dentro del marco jurídico de la Constitución. Sin embargo, como toda técnica no es neutral frente a las ideologías jurídico-constitucionales imperantes.

Por eso, finalmente, no hay que ser ingenuos, pues tras las banderas de los derechos humanos se pueden encontrar las apuestas populistas o conservadoras que instrumentalizan la dogmática o técnicas de la interpretación constitucional para soslayar o encubrir violaciones a los derechos humanos. En esta medida, la fuerza normativa solo es compatible con una teoría constitucional y democrática del derecho y del poder, que tutele los derechos fundamentales y se constituya como un límite al poder.

Resenha: «La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales», de César Landa

Leonardo Martins*

I. OBJETO DO ARTIGO, TESES E SÍNTESE DOS ARGUMENTOS DO AUTOR

A força normativa de uma Constituição em face das normas que definem os direitos fundamentais desempenha para o autor o papel de «instituto dinamizador del fortalecimiento de los derechos fundamentales y de la transformación jurídica de la Constitución en una norma exigible judicialmente de su cumplimiento» (p. 17). Partindo de um conceito jurídico e político aberto de Constituição, sua força normativa haveria de ser engendrada por todos os operadores do direito e até mesmo pela sociedade civil.

Neste sentido, a força normativa enquanto instituto jurídico dinamizaria Estado e sociedade, apesar de inevitáveis tensões democráticas e antidemocráticas em torno de sua validade e vigência em prol da realização dos direitos fundamentais como ordem jurídica objetiva pautada em valores, princípios ou instituições que, como tais, fatalmente se chocam entre si, mas que podem ser harmonizados pela técnica da ponderação que respeite o núcleo ou «conteúdo essencial» do direito.

O instrumento de defesa da ordem constitucional historicamente constituído e chamado força normativa se opõe ou, pelo menos segundo a clara opinião do autor, é distinto do decisionismo normativista positivista ou histórico pautado na tradição. Por trás da ingenuidade de se pensar que a norma se reduziria ao seu

* 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-doutorados pelo Hans-Bredow-Institut para a Pesquisa da Comunicação Social da Univ. de Hamburg e pelo Erich Pommer Institut - Economia e Direito da Comunicação Social da Univ. de Potsdam (*fellow* da Fundação Alexander von Humboldt); Professor da Univ. Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor visitante da Humboldt-Universität zu Berlin e diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais (IBEC).

texto está «una *decisión* subjetiva de las elites tradicionales» (p. 22) e, com isso, o conservadorismo típico de constituições nominalistas ou semânticas.

Nada obstante o reconhecimento de uma ordem objetiva de valores constitucionais, a crise contemporânea de legitimidade do Estado constitucional enseja a busca de «nuevas respuestas a la noción de Constitución» (p. 22). A dignidade da pessoa humana se sobreporia, tanto do ponto de vista ético quanto técnico, a qualquer tese do objetivismo, como o historicismo tão fundamentalmente atacado por Karl Popper. Neste ponto entra em cena a teoria culturalista de Constituição, amplamente defendida por Häberle, com a qual encerra o tópico que foi, com muita precisão, em face da linha teórica a ser seguida, intitulado «institucionalización de la fuerza normativa constitucional».

No segundo capítulo, o autor parte para a identificação e problematização dos elementos constitutivos da força normativa constitucional: supremacia e proteção dos direitos fundamentais, caracterizadas como as duas funções do Estado constitucional por excelência. A supremacia seria atualizada por intermédio de uma *interpretación constante da Constitución aberta*. Para uma correta delimitação da supremacia da Constituição como *norma normarum e/ou lex legis*, o autor analisa o próprio conceito de hierarquia normativa para, logo após, descrever o caráter peculiar da estrutura das normas constitucionais quando comparadas às demais normas.

No primeiro caso da hierarquia constitucional (pp. 23-26), localiza a superioridade hierárquica, vale dizer, a supremacia formal da Constituição, na expressão do poder constituinte originário que, no sistema democrático, representaria a fonte de legitimação do poder político e da ordem jurídica e material no conteúdo das normas constitucionais que expressariam os valores mais importantes, tanto em face da organização do Estado quanto da outorga dos direitos fundamentais. O reconhecimento teórico e prático da hierarquia, hoje óbvio, representou um longo processo, uma vez que «la Constitución no había sido entendida sino como una norma política carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones regulatorias de la labor de los poderes públicos». Este caráter meramente programático ou mesmo nominalista das normas constitucionais só pôde ser deixado definitivamente para trás após o fim da Segunda Guerra com a atuação do Poder Judiciário, com ênfase na atuação dos tribunais constitucionais nos países que adotaram o controle normativo concentrado. A transição histórica coincide com a crise do Estado liberal que concebia os direitos fundamentais tão somente como liberdades negativas direcionadas contra o Estado (*Abwehrrechte*) e que, na prática, reduzia a tutela dos direitos fundamentais ao princípio da reserva de lei ou à necessária observância pelo Estado

(diga-se Poder Executivo). Em contraposição a esta concepção individualista da liberdade, a força normativa só poderia ser desenvolvida como uma tomada de influência recíproca das normas hierarquicamente distintas, incluindo os tratados internacionais reconhecidos pela ordem interna que comporiam o chamado bloco de constitucionalidade.

O segundo aspecto relevante para a supremacia (pp. 26-28) seria a estrutura peculiar das normas constitucionais, que as distinguiria das normas infraconstitucionais. Com lastro em Carl Schmitt, o autor abre esse tópico levantando a necessidade de se identificar uma estrutura normativa que possa caracterizar a norma constitucional como norma jurídica dotada de força vinculante.

Após algumas classificações, a maioria delas com nuances que não serão aqui referidas, o autor distingue entre normas de organização e normas de conteúdo. É o que faz, tendo em vista o objetivo de superar o que chama de constitucionalismo positivista, cuja distinção normativa entre normas jurídicas e normas programáticas (sob as quais se subsumem principalmente os direitos sociais, econômicos e culturais) acarretaria notória desvalorização destas últimas, que perderiam qualquer força normativa. Trata-se aqui da adoção de uma dogmática jurídica compatível com a opção justeórica do autor pela teoria institucionalista dos direitos fundamentais a la Häberle. Com coerência, o autor parece optar também pela diferenciação estrutural-qualitativa de normas enquanto regras e princípios, tal qual propugnada por Alexy a partir da tradição anglo-saxônica sistematizada por Dworkin com a identificação das normas de direitos fundamentais como princípios ou «mandamentos de otimização relativos às suas possibilidades fáticas e jurídicas».

Assim, a transição para o segundo – e para o autor notoriamente mais central – elemento da força normativa, i.e., a proteção dos direitos fundamentais, – se deu de modo lógico. O desenvolvimento da proteção dos direitos fundamentais sem dúvida é o indício mais eloquente da crescente força normativa da Constituição que o mundo ocidental experimentou nas últimas décadas. A experiência histórica de vários países denotou a necessidade de se proteger os direitos fundamentais «no de manera abstracta e intemporal; sino, como exigencias procesales concretas, tanto frente al propio Estado constitucional como frente a otra persona privada o particular» (p. 29).

Em face do Estado (pp. 29-36), o autor revisita a evolução dos direitos fundamentais como direitos de *status negativus* ou *libertatis* para direitos de *status positivus*, e destes para a configuração de uma ordem jurídica objetiva, repleta de deveres de proteção destinados a todos os órgãos estatais. Ao descrever o caminho desta evolução, o autor vai apresentando as insuficiências da teoria liberal individualista dos direitos fundamentais.

Em face de particulares (pp. 36-41), sob forte influência da doutrina e jurisprudência constitucional alemã, o autor defende a necessidade de se reconhecer o vínculo dos particulares, tendo em vista que a ameaça para a liberdade individual e para os valores jurídico-objetivos parte cada vez mais de grandes corporações cujo poder social seria semelhante ao Estado liberal. O Estado constitucional contemporâneo deve reagir adequadamente a tais ameaças, caso queira que o instituto da força normativa da Constituição continue em permanente desenvolvimento.

Em sede de conclusão (pp. 41-42), o autor apresenta seu prognóstico sobre a força normativa sob a epígrafe das «perspectivas» da força normativa. O desenvolvimento futuro da força normativa só será possível se o Estado democrático e constitucional também se desenvolver. Neste contexto, o papel dos cidadãos e das «forças vivas da sociedade» deve ser precipuamente assumir a defesa dos direitos fundamentais, no que residiria a especial vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). O autor lembra que «la fuerza normativa constitucional material avanza en la línea de controlar los excesos del poder». Papel proeminente teria, segundo o autor, o Judiciário, e no embate entre ativismo judicial e autolimitação judicial, a força normativa «se identifica antes con dicho activismo». Faz, entretanto, a importante ressalva: «pero habría que remarcar, de un activismo judicial ponderado, es decir limitado». O ativismo judicial «ponderado» reivindicado pelo autor teria o condão de identificar movimentos políticos conservadores e hipócritas que poderiam se valer do amplo e difuso discurso em torno dos direitos humanos («banderas») para dissimular a intenção oposta de violar despercebidamente os próprios direitos humanos.

II. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO: DE HESSE À «DESPEDIDA DA DOGMÁTICA JURÍDICA» (SCHLINK) NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO

Partindo do conceito de força normativa da Constituição como viabilidade jurídica de um texto constitucional concretizar-se, tendo em vista a produção de normas de decisão, por si capazes de nortear os fatos políticos impondo rédeas ao processo da vontade de poder (*Wille zur Macht*), típico do sistema político, e, ao mesmo tempo, disciplinando a relação entre o Estado e todos os indivíduos submetidos ao seu poder, apresenta-se, aqui, alternativa aos fundamentos justeóricos institucionalistas e principiológicos que parecem ter inspirado a explanação do autor. Busca-se identificar, na contraposição entre a força normativa da Constituição já definida e

a por Jellinek cunhada «*normative Kraft des Faktischen*» (força normativa dos fatos políticos), os contornos da efetiva vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*), apontando seus pressupostos.

Em nenhum outro país a problemática da força normativa de uma Constituição restou tão premente quanto na Alemanha do pós-guerra (e pós-República de Weimar!). A conhecida aula inaugural de Konrad Hesse, publicada em 1959, revela o ponto central da problemática: *Como impedir que a Constituição não seja puro reflexo das forças sociais (Lassalle) ou fruto de uma vontade política unilateral e decisionista (C. Schmitt) e sim capaz de colocar rédeas ao processo político, em prol de todos os submetidos à ordem política estatal?*

A resposta parece ao mesmo tempo simples quanto capciosa, implicando riscos à democracia: O órgão ou os órgãos constitucionais responsáveis pelo controle normativo vinculante devem, ao defender a ordem constitucional vigente, enquanto «guardiões» da Constituição, propiciar o desenvolvimento de sua força normativa no ambicioso sentido exposto. As teorias institucionalistas (sobretudo de Häberle) e principiológicas (de Dworkin no sistema anglo-saxão e de Alexy no sistema germânico continental-europeu) acabam por ocultar – com suas respectivas defesas de um conceito culturalista ou aberto de Constituição e de uma otimização principiológica – que a decisão vinculante cabe, em última instância, a um órgão supremo do Poder Judiciário ou a uma corte constitucional considerada órgão constitucional. As nuances problemáticas das duas correntes serão abaixo sucintamente expostas. Neste momento cabe anotar que o *modus operandi* da solução de conflitos, decorrente das duas teorias, é a ponderação entre valores, interesses, institutos ou princípios jurídicos, tal qual perpetrada pelo competente órgão judicial. Porém, com base em que critério se procede a tal ponderação que pretende desenvolver a força normativa da Constituição? Em que medida a retórica da «sociedade aberta dos intérpretes da Constituição» se sustenta em face do reconhecimento da competência recursal ou originária de um tribunal que em termos de controle normativo tem a última palavra? Será que basta a submissão das decisões ao crivo e estudo das comunidades jurídicas e políticas em geral, vale dizer, à sociedade civil esclarecida? Precipuamente em face dos dados educacionais formais dos países latino-americanos que revelam, com exceções pontuais, uma «incômoda verdade», será que tal concepção desenvolvida por constitucionalistas alemães e anglo-saxões com colaborações de doutrinadores europeus e latino-americanos pode ser importada sem ressalvas para contribuir com a força normativa das Constituições dos Estados latino-americanos?

O papel preponderante do Judiciário e das cortes constitucionais nos países que adotaram o sistema concentrado de controle normativo não é negado, porém vem sendo relativizado com teorias que preconizam uma abertura hermenêutica do texto constitucional que habilitaria os intérpretes da sociedade aberta a defendê-la (Häberle).

Essa proteção difusa parece, entretanto, ir ao encontro dos adeptos de um maior ativismo judicial em prol da construção de um legítimo Estado constitucional com alcance de todas as ambiciosas metas de constituições contemporâneas, como a promoção do bem de todos – com ênfase nas minorias –, a proteção ambiental, a consideração pelas gerações futuras etc.. A missão da corte constitucional seria catalisar os difusos anseios de todos os intérpretes, sedimentando-os em decisões alcunhadas em geral de progressistas.

Na perspectiva de autores ligados às mais variadas vertentes do que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo, as muitas mazelas da democracia representativa seriam corrigidas desta forma. Não obstante as muitas notórias boas pretensões democráticas, há problemas que, nos limites desta resenha, só poderão ser indicados para futura discussão.

1. Problemas da teoria institucionalista dos direitos fundamentais

A teoria institucionalista dos direitos fundamentais, cujo maior representante contemporâneo na esteira de Rudolf Smend¹ ainda é Peter Häberle, não tem – a despeito de sua entusiasmada recepção por autores latino-americanos – o condão de descrever por si o que acontece na práxis judicial; também não tem como ser prospectiva em face de uma dogmática jurídica que contribua para com a força normativa das normas de direito fundamental.

Em primeiro lugar, a objetivação de todos os direitos fundamentais como instituições que, partindo de um núcleo ou conteúdo essencial, se desenvolveriam até interseccionar-se com outras instituições, confere ao operador a tarefa de identificar as limitações intrínsecas às instituições (*grundrechtsimmanente Schranken*).

1 Cf., por exemplo, o historicamente muito relevante *essay* de Rudolf SMEND («Das Recht der freien Meinungsäußerung», *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, n.º 4, 1928, pp. 44/73) sobre a interpretação da lei geral, no sentido do Art. 5 II GG, como limite da liberdade de expressão do pensamento do Art. 5 I 1 GG, não seguida pelo TCF alemão, que, ao institucionalizar totalmente a liberdade de expressão, praticamente ignora o seu conteúdo como liberdade negativa (*status negativus*) contra intervenções estatais.

As dimensões jurídico-subjetivas dos direitos, entre as quais se encontra a função de resistência (ou defesa) às intervenções estatais, restam totalmente ignoradas. A consequência é uma postura de entusiasmo pela ponderação ou sopesamento entre os valores institucionais conflitantes (*Abwägungsenthusiasmus*)² e a negação do princípio de distribuição (Schmitt) segundo o qual o Estado deve justificar suas ações ou omissões e não o exercício da liberdade ser a priori avaliado.

Em segundo lugar, sob o aspecto metodológico, a orientação teórica institucionalista apresenta – como Schlink certa vez bem fundamentou – déficits claros e intransponíveis.³ Ocorre até mesmo um abuso de certos conceitos, como o da mutação constitucional, que é tratada como mutação de parâmetro (desconsideração de decisões do constituinte que seriam incompatíveis com a evolução da hermenêutica constitucional). No Brasil, essa orientação teórica levou, entre outros, Gilmar Mendes⁴ a defender a tese de que o art. 52, X da Constituição Federal Brasileira, que confere ao Senado Federal a competência para suspender a eficácia de norma declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, é irrelevante por ter sofrido mutação constitucional, uma vez que essa competência deveria pertencer ao STF, segundo o citado autor, em razão do reconhecimento da suposta mutação constitucional ocorrida. Todavia, o risco, para o Estado constitucional, do reconhecimento de tais mutações que impliquem transferência de competência constitucional de um órgão para outro, é óbvio.

2. Problemas das teorias principiológicas

Há uma diversidade conceitual e teórica muito grande em torno dos princípios.⁵ A teoria principiológica contemporânea que mais logrou adeptos, especialmente no Brasil, é sem dúvida a teoria normativa de Alexy, segundo a qual, as normas

2 Essa crítica já ecoa desde a publicação da notável tese de doutorado de Bernhard SCHLINK: *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1976, pp. 128 e ss.

3 Bernhard SCHLINK: «Peter Häberle: Verfassungslehre als Kulturwissenschaft», *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 109, 1984, pp. 143/148. Claramente crítico em face dos problemas metodológicos da teoria também: Bodo PIROTH: «Kultur als juristisches Spiel ohne Grenzen. Zu vier kulturverfassungsrechtlichen Schriften Peter Häberle aus den Jahren 1979 bis 1982», *Der Staat*, vol. 22, 1983, pp. 394 e ss.

4 Até há pouco tempo era o presidente do STF. Cf. Gilmar Ferreira MENDES: «O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional», *Revista de Informação Legislativa*, Ano 41, n.º 162 abr./jun. 2004, pp. 149 e ss. Também disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_162/R162-12.pdf, último acesso em 01/06/2010.

5 Cf. a respeito a aprofundada análise de Humberto Bergmann ÁVILA: *Teoria dos princípios*, São Paulo, Malheiros, 2003.

de direito fundamental enquanto princípios são aplicadas como «mandamentos de otimização».

Como o próprio Alexy admitiu, tal teoria normativa representa uma tentativa de racionalizar a velha teoria axiológica dos direitos fundamentais, segundo a qual a *Grundgesetz* teria incorporado um sistema hierarquizado de valores.⁶ Tal tese foi veementemente impugnada, entre outros, por Carl Schmitt que chegou a alcunhar os valores de «tiranos», uma vez que não admitem relativização e compromisso com valores contrapostos.⁷ A tentativa de racionalização dos valores, transformados em princípios formais, não poderia, segundo Ralf Poscher, refutar pelo menos quatro incontornáveis objeções.⁸ Dentre elas, destaque-se seu reduzido potencial de efetivo controle de uma decisão de corte suprema ou constitucional. No lugar de uma dogmática geral dos direitos fundamentais, Alexy criou um «altamente complexo procedimento de ponderação entre princípios formais colidentes em cada caso concreto, sobre o qual só pode ser dito que ele exige a consideração de todas as circunstâncias relevantes. Na prática, portanto, ela [a teoria dos princípios] se reduziria à afirmação do positivismo judicial constitucional (*Bundesverfassungsgerichtspositivistische Affirmation*)».⁹

3. A «cruzada» das cortes constitucionais e sua crítica

Não resta dúvida de que uma corte constitucional, ou todo juiz, que tiver essa competência deve exercer seu poder de revisão a fim de realizar o controle normativo vinculante, que pode ter efeito cassatório e contra-majoritário, ou de reconhecimento de omissões legislativas. Alcinhar essa atuação como «ativismo judicial» só seria correto se sob ativismo se compreendesse uma gradação da

6 Cf. Robert ALEXY: «Grundrechte als subjektive Rechte und objektive Normen», *Der Staat*, vol. 29, 1990, p. 55. Segundo ele, a teoria principiológica «pode ser vista como uma teoria axiológica que se livrou de hipóteses inconsistentes».

7 Carl SCHMITT: «Die Tyrannei der Werte», in SCHMITT, Carl et al.: *Die Tyrannei der Werte*, Hamburg, Lutherisches Verlagshaus, 1979, pp. 11/43.

8 Cf. Ralf POSCHER: *Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, pp. 75 e ss.; e mais recentemente, com ainda maior acuidade, Ralf POSCHER: «Einsichte, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie», in Jan-R. SIECKMANN (org.): *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2007, pp. 59 e ss. Em língua portuguesa a crítica foi exarada também por Leonardo MARTINS: «Da distinção entre regras e princípios e seus problemas epistemológicos, metodológicos e teórico-jurídicos», in George Salomão LEITE (org.): *Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*, São Paulo, Método, 2008, pp. 327 e ss.

9 Horst DREIER (org.): *Grundgesetz-Kommentar*, 2ª ed. Tº I (arts. 1/19), Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 87.

atividade de um tribunal, verificando-se o exagero, e não uma extrapolação de competências constitucionalmente firmadas. Há um claro risco – comum a todos os países democráticos – de os órgãos judiciais competentes para a realização do controle, na busca de defender a Constituição contra deliberações majoritárias do Legislativo ou omissões inconstitucionais deste Poder, eventualmente desrespeitarem a própria Constituição. É um dilema. Partindo do princípio da unidade da Constituição e ausência de hierarquia entre as normas constitucionais, parece que o único instrumento de um órgão judicial cioso de contribuir para com a força normativa da Constituição, e não para com a formação de uma aristocracia judicial, seja a autocontenção (*self-restraint*).

Um dos principais órgãos judiciais precursores do debate sobre o ativismo, e que alcançou uma espécie de «status de modelo internacional» em face de sua bem sucedida história, é o Tribunal Constitucional Federal alemão. A história de sucesso desse tribunal não tem como ser descrita nos limites da presente explanação. Importa aqui tão-somente lembrar que a preocupação de se pautar no direito constitucional vigente, não substituindo a expressão da vontade soberana implícita na *Grundgesetz*, foi uma constante.¹⁰

Seguramente até meados da década de noventa o TCF alemão criou uma jurisprudência tão consistente e coerente em torno dos direitos fundamentais que levou a doutrina constitucional a ser demasiado reativa em face da jurisprudência e não prospectiva no sentido de buscar seus próprios parâmetros e só então dialogar com a jurisprudência da corte constitucional. A crítica de Schlink, já formulada em 1989, restou bastante clara no título de seu conhecido artigo.¹¹ Teria ocorrido uma tomada de «poder» constitucional-científico pela corte em face da ciência do direito constitucional. O TCF teria, por assim dizer, «destronado» a ciência jurídico-constitucional. Nada obstante esta eloquente crítica, o tribunal alcançou, de fato, proeminência, sendo suas decisões fontes de pesquisa jurídica, tanto para os estudantes de direito alemães desde o primeiro semestre letivo, quanto para todos os operadores nos seus âmbitos de atuação.

10 *Vide*, no entanto, sobre a mais nova jurisprudência, a crítica de Bernhard SCHLINK: «Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel», in *Juristenzeitung (JZ)* 2007, pp. 157 e ss.; e abaixo referida.

11 Cf. Bernhard SCHLINK: «Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit», *Der Staat*, vol. 28, 1989, pp. 161 e ss.

Schlink voltou a se manifestar sobre o poder do TCF há relativamente pouco tempo,¹² apontando, de maneira ainda mais eloquente que há duas décadas, a «despedida» da dogmática jurídica na jurisprudência do TCF. Segundo Schlink, o TCF se despediu completamente de sua tradição de construção dogmática para incorrer em ponderações típicas da tradição anglo-saxã, como ocorre na jurisprudência da *US-Supreme Court*. A consequência seria o comprometimento da racionalidade jurídica específica baseada no rígido parâmetro do direito posto, que, no âmbito do direito constitucional, se limita à consideração das consequências de intervenções estatais na liberdade e na abstenção em fixar critérios e avaliações próprios (descolados do parâmetro constitucional).¹³

A conclusão de Schlink, aqui partilhada sem reservas, é que a racionalidade jurídica estaria se aproximando cada vez mais da racionalidade do discurso e da decisão políticos, perdendo, por isso, sua relevante função social até ficar totalmente diluída. O final do processo pode ser o comprometimento da dignidade da ciência jurídica, se esta não aproveitar a oportunidade, dada pelo próprio casuísmo do TCF, de se tornar finalmente independente do «positivismo judicial» até então vigente. Schlink vê, destarte, na mutação da jurisprudência do TCF, ao menos um risco e uma chance para a ciência jurídico-constitucional, que também está sofrendo uma mutação.

III. PROPOSIÇÃO DE DEBATE COM CÉSAR LANDA: DIREITOS FUNDAMENTAIS ENQUANTO DIREITOS DE RESISTÊNCIA (*ABWEHRRECHTE*). UM RETROCESSO?

A força normativa das normas de direitos fundamentais prescinde das teorias legitimadoras de um ativismo judicial exacerbado.

César Landa menciona em seu texto um princípio já caracterizado acima e que representa o ponto de partida de uma teoria dos direitos fundamentais, que, segundo nosso entendimento, mais contribui para a criação de uma dogmática jurídica plenamente compatível com o ideal de dar força normativa às normas definidoras de direitos fundamentais: o «princípio de distribuição» concebido por Schmitt (p. 34).

12 Cf. Bernhard SCHLINK: «Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungswissenschaft im Wandel», cit., pp. 157 e ss.

13 *Ibid.*, pp. 160 e ss. Cf. também as preocupações metodológicas e científico-constitucionais do citado autor já exaradas em Bernhard SCHLINK: «Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungswissenschaft», *Der Staat*, vol. 19, 1980, pp. 73 e ss.

Segundo tal princípio, o ônus de justificar ação ou omissão é do Estado e não dos titulares dos direitos fundamentais.

O salutar reconhecimento de um caráter jurídico-objetivo dos direitos fundamentais não se opõe a esse princípio, pois tal caráter se atualiza justamente em face do Poder Judiciário. É este, enquanto órgão estatal, quem está obrigado a aplicar o direito infraconstitucional, decidindo muitas vezes lides entre particulares, obrigatoriamente à luz dos direitos fundamentais. O que isso concretamente significa, pode ser demonstrado junto ao conhecido e paradigmático caso *Lüth*.¹⁴

No caso *Lüth*, apesar de o TCF ter firmado discursivamente o conceito de uma «*objektive Wertrangordnung der Grundrechte*» (ordem hierárquica axiológica objetiva) que se irradiaria por todo o ordenamento jurídico, alcançando lides cíveis por intermédio de cláusulas abertas ou conceitos jurídicos indeterminados do direito privado (as assim chamadas «*Einbruchstellen*»), foi sobre a interpretação do direito privado feita pelos tribunais instanciais e não sobre as condutas dos particulares em si envolvidos na lide que recaiu o controle específico de constitucionalidade. Pode-se mesmo afirmar sem risco de erro que, para a eficácia de irradiação (*Ausstrahlungswirkung*) ou eficácia horizontal (perante particulares: *Drittwirkung*), a conduta dos particulares foi totalmente irrelevante.

Neste sentido, Harlan, um célebre diretor de cinema durante o Terceiro Reich e que colaborou com Goebbels, assim como as pessoas jurídicas responsáveis pela produção e distribuição de um novo filme apresentado no primeiro festival de cinema alemão do pós-guerra, não estavam vinculados em sentido técnico-jurídico ao direito fundamental de *Lüth*, mas tiveram que suportar a sucumbência processual em face da necessidade de o Estado-Juiz reconhecer que a conclamação ao boicote até então considerada atentatória contra os bons costumes («*sittenwidrig*» no sentido do § 826 BGB) no caso era abrangida pela área de proteção da liberdade de expressão (Art. 5 I 1 GG). Foram a interpretação e a aplicação judiciais da cláusula geral do § 826 BGB que deveriam levar em conta o *Ausstrahlungswirkung*. Não se

14 *BVerfGE* 7, 198. Excertos da decisão, além de uma síntese do caso e diversas anotações, podem ser vistos em Leonardo MARTINS (organização e introdução, coletânea original de J. Schwabe): *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, Montevidéu, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, pp. 381 e ss. Uma análise mais aprofundada da decisão *Lüth* em face do vínculo do Judiciário ao direito fundamental da liberdade de expressão do pensamento, pode ser encontrada em Leonardo MARTINS: «Do vínculo do poder judiciário aos direitos fundamentais e suas implicações práticas», *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, Ano 5, n.º 2, 2004, pp. 103 e ss., e também em Dimitri DIMOULIS e Leonardo MARTINS: *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, pp. 236 e ss., 248 e ss.

tratava de impor a tutela judicial direta da liberdade de expressão de *Lüth* em face dos interesses econômicos e dos direitos de personalidade de Harlan pelos autores da ação cominatória.

Isso por si derruba dois fundamentos da teoria da eficácia horizontal direta.

Primeiro, que ela seja decorrência necessária da crise do Estado liberal e «advento» dos direitos sociais. Com efeito, no caso *Lüth* não se discutia a validade ou vigência de nenhum direito social ou qualquer outro prestacional. *Lüth* voltava-se contra uma intervenção estatal judicial no exercício de seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento.

Segundo, o destinatário direto das normas de direito fundamental somente podem ser os órgãos estatais; a eficácia direta relativizaria tanto o papel da Constituição como parâmetro para o direito privado quanto a autonomia deste, que é pautada na discricionariedade política e legitimada pelo princípio democrático da vinculação de todos às decisões majoritárias do parlamento, salvo as que ultrapassarem os limites formais e materiais impostos pela Constituição.

Trata-se, então, de buscar a concretização do vínculo específico do Judiciário aos direitos fundamentais.¹⁵ Este não pode ser limitado ao mandamento de negar aplicabilidade a normas inconstitucionais. Ao contrário, alcança também a específica função estatal jurisdicional: a interpretação de todo o direito, incluindo o civil, que desde *Lüth* deve ocorrer à luz dos direitos fundamentais. Essa interpretação «orientada pelos direitos fundamentais» é um subcaso da «interpretação conforme a Constituição».¹⁶ Aquela pauta o exercício da função judicial, enquanto que esta, o exercício da função legislativa. A jurisprudência subsequente em torno da eficácia horizontal foi pautada neste padrão teórico e argumentativo, apresentando uma dogmática consistente do vínculo do poder judiciário aos direitos fundamentais.¹⁷

15 Vide a respeito, com aprofundamento, Leonardo MARTINS: «Do vínculo do poder judiciário aos direitos fundamentais e suas implicações práticas», cit., pp. 101 e ss.

16 Assim, originalmente Bodo PIEROTH e Bernhard SCHLINK: *Grundrechte. Staatsrecht II*, 24ª ed., Heidelberg, Müller, 2008, p. 23. Cf. também Leonardo MARTINS: «Do vínculo do poder judiciário aos direitos fundamentais e suas implicações práticas», cit., pp. 102 e s.

17 Cf., exemplificativamente, por muitas: *BVerfGE* 90, 27 (*Parabolantenne*), tradução na íntegra, introdução e análises em Leonardo MARTINS: *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, cit., pp. 427 e ss.; antes, porém, já analisada no contexto da presente exposição em Martins, 2004: 105-109; *BVerfGE* 89, 214 (*Bürgerschaft*), analisada em Leonardo MARTINS: «Do vínculo do poder judiciário aos direitos fundamentais e suas implicações práticas», cit., pp. 109/113; e, finalmente, *BVerfGE* 93, 266 (excertos, introdução e análises em Leonardo MARTINS: *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, cit., pp. 414 e ss.).

A partir da década de setenta, o TCF criou mais uma figura amplamente debatida na doutrina: o dever estatal de tutela dos direitos fundamentais em face de agressões provenientes de particulares (*grundrechtliche Schutzpflichten*). Porém, em ambos os casos as respectivas dimensões objetivas dos direitos fundamentais só encerram força normativa quando resubjetivados,¹⁸ i.e., quando viabilizarem a tutela de comportamentos dos titulares dos direitos e situações jurídicas a eles pertinentes; caso contrário, pode significar até mesmo usurpação do poder constituinte por cortes constitucionais.

Por fim, cabe, então, perguntar: o raciocínio pelas categorias da intervenção estatal e seus limites (*Eingriffs- Schrankendenken*) representa um retrocesso político-científico no sentido de representar um mero porta-voz justeórico e jurídico-dogmático do chamado neoliberalismo com sua pregação insistente de um Estado mínimo?

A resposta é negativa. *Eingriffs- und Schrankendenken*, ao contrário, implica respeito ao princípio constitucional organizacional da clara separação entre as funções legislativa e jurisdicional, além de fazer jus ao princípio democrático, freando o advento do *Jurisdiktionsstaat* que, no vernáculo, pode muito bem ser traduzido por Estado (Aristocrático) Judicial. Pelo menos enquanto o poder constituinte não confiar os destinos de uma comunidade política ao chamado Terceiro Poder, o Estado Judicial mais enfraquecerá do que contribuirá para a força normativa da Constituição.

18 Cf. neste sentido Bodo PIEROTH e Bernhard SCHLINK: *Grundrechte. Staatsrecht II*, cit., p. 26; e, também, adotando procedimento metodológico similar, Dimitri DIMOULIS e Leonardo MARTINS: *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, cit., pp. 118 e s.

La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales.

Algunos apuntes al trabajo del Dr. César Landa

José Antonio Rivera S.*

I. UNA INTRODUCCIÓN NECESARIA

Si bien es cierto que a partir de la restauración de los regímenes democráticos y la adopción del modelo de Estado democrático constitucional, en reemplazo del Estado de derecho legislado, en América Latina se ha generado un proceso para lograr la plena vigencia y aplicación de la fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales, y se han logrado importantísimos avances, no es menos cierto que ese proceso no fue ni es pacífico. Al contrario, genera tensiones antidemocráticas que se ven reflejadas en conductas gubernamentales asumidas en algunos Estados, que provocan un peligroso retroceso en el proceso.

En el contexto referido resulta de vital importancia generar espacios de reflexión y debate en torno a los derechos fundamentales en América Latina, para identificar los avances y retrocesos en torno a su promoción, resguardo, defensa y protección.

Para la reunión anual sobre el tema, que se realiza con la organización del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile y de la Fundación Konrad Adenauer, se ha definido como eje temático la fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales, a cuyo efecto ha elaborado un trabajo de análisis el destacado jurista y profesor peruano Dr. César Landa, y se me ha conferido el honor de comentar el referido trabajo, para contribuir con algunos insumos básicos para el debate y la reflexión en torno al tema.

Cumpliendo con el encargo, presento el siguiente comentario al trabajo referido.

* Ex magistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia. Docente de Derecho Constitucional en la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba y en la Universidad Andina Simón Bolívar.

II. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA FUERZA NORMATIVA CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA

El análisis de la fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales, realizado por César Landa, se abre con una referencia ineludible a dos temas de vital importancia para la adecuada comprensión de la temática abordada. Los temas son los referidos a la conciencia constitucional en la ciudadanía y la lealtad constitucional de los gobernantes en el ejercicio del poder, en América Latina.

Estos temas tienen vital importancia para la institucionalización de la fuerza normativa en América Latina, si se toma en cuenta que, como refiere César Landa, la fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales se convierte en el motor que dinamiza a la sociedad y al Estado, pero a la vez su validez y su vigencia generan tensiones democráticas y antidemocráticas; esto último porque existe una relación estrecha entre la democracia y la vigencia plena de los derechos fundamentales.

Precisamente en esta región es donde se manifiestan con mayor intensidad las tensiones en torno a la validez y la vigencia de la fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales. Tensiones antidemocráticas generadas durante gran parte del siglo xx, a partir de un ejercicio autocrático del poder político del Estado, y tensiones democráticas generadas en los períodos democráticos reinantes en la región, especialmente a partir de las décadas del setenta y ochenta del siglo xx, en que se restablecieron los regímenes democráticos en la mayoría de los Estados, luego de dar fin a los gobiernos dictatoriales.

Las tensiones referidas se generaron y aún se generan debido a varios factores, entre los que se pueden identificar como principales dos: el primero, la ausencia de una verdadera cultura democrática, que incide en la falta de lealtad constitucional de los gobernantes en el ejercicio del poder; y el segundo, la ausencia de una conciencia constitucional, que incide negativamente en el comportamiento social en torno a la validez y la vigencia de la fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales.

1. La ausencia de una verdadera cultura democrática

Para comprender a cabalidad este factor, es importante recordar que los Estados de América Latina tienen una estructura social heterogénea; son, por lo tanto, sociedades multiétnicas y pluriculturales. Ello, debido a sus orígenes y a los procesos de colonización que sufrieron, no solo la española sino las que se produjeron de una

civilización por otra en la época precolombina. Sin embargo, los sistemas constitucionales que adoptaron estos Estados al nacer a la vida republicana no expresaron esa estructura social heterogénea; al contrario, los grupos de poder que se apoderaron de los procesos constituyentes fundadores y reformadores, pretendieron construir una sociedad homogénea, por lo que adoptaron una posición de exclusión y marginación del sistema constitucional ante importantes sectores sociales como los pueblos indígenas originarios, provocando, de un lado, que estos sectores sociales protagonicen una constante lucha en busca de su reivindicación e integración material al sistema constitucional de su respectivo Estado, con reconocimiento, respeto y resguardo de sus derechos humanos; y, de otro, las duras y violentas represiones a esas acciones de reivindicación por los detentadores del poder político.

La situación referida, más el ejercicio del poder político caracterizado por el autoritarismo, la verticalidad y el abuso de poder, y la constante disputa del poder político estatal por los grupos de poder económico, dieron lugar a una casi permanente inestabilidad institucional en los Estados de América Latina, que se reflejó en los constantes golpes de Estado, rebeliones, sediciones o alzamientos armados para deponer a los gobiernos democráticamente constituidos, cancelando el régimen democrático para instaurar un régimen *de facto* o de hecho; regímenes autocráticos (totalitarios o dictatoriales) que, además de acceder al poder con desconocimiento de los mecanismos y procedimientos previstos por la Constitución, ejercieron el poder político con absoluto desconocimiento de la Ley Fundamental y la permanente violación de los derechos humanos; no subordinaron sus actos y decisiones a la Constitución, al contrario la desconocieron o, en su caso, procedieron a modificarla para legitimarse en el ejercicio del poder político.¹ De manera que los sistemas constitucionales adoptados por los Estados de América Latina no tuvieron una vigencia real y material, sino una existencia esporádica en la vida institucional de los Estados.

En el contexto descrito, la construcción de la sociedad en los Estados de América Latina no fue plenamente democrática; por lo tanto, no fue posible generar y desarrollar una verdadera cultura democrática y de respeto a la norma básica

1 Al respecto, resulta ilustrativo referir, a manera de ejemplo, el decreto supremo n.º 11947, de 9 de noviembre de 1974, que fue expedido por el régimen de facto de Bolivia presidido por el Gral. Hugo Banzer Suárez entre agosto de 1971 y julio de 1978; mediante dicho decreto supremo se subordinó la Constitución a sus normas ilegales e inconstitucionales. El art. 3º disponía textualmente lo siguiente: «Declárase vigente la Constitución Política del Estado de 1967 en todo aquello que no se oponga al presente Estatuto de gobierno, a los de carácter institucional y a los Decretos Leyes que en función de los superiores intereses de la Patria adopte el Gobierno Nacional».

prevista por la Constitución. En consecuencia, debido a que la construcción social y política fue autocrática, no fue posible generar una cultura genuinamente democrática. De manera que, en relación con la vigencia plena y el goce efectivo de los derechos fundamentales, no se generó ni desarrolló una cultura de respeto, resguardo y protección en los gobernantes, ni en la propia sociedad civil; pues como advierte César Landa, los gobernantes no ejercieron el poder político con plena lealtad constitucional.

La falta de una verdadera cultura democrática en América Latina se ha constituido en una de las causas principales para que la vigencia de la fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales se materialice en la mayoría de los Estados recién a partir de la década de los ochenta, con honradas excepciones.

Habrà de recordar que el proceso de positivación y judicialización de los derechos humanos por los Estados latinoamericanos fue muy lento, pues desde su nacimiento a la vida republicana y durante el siglo XIX, los Estados optaron por las meras proclamas formales de los derechos fundamentales individuales en los textos constitucionales, sin la previsión de las garantías jurisdiccionales. Durante la primera mitad del siglo XX, si bien se avanzó de manera significativa en la positivación de los derechos económicos, sociales y culturales, no se tuvo el mismo ritmo en la judicialización y la adopción de las medidas legislativas y administrativas para garantizar el goce pleno y la vigencia efectiva de dichos derechos fundamentales, especialmente los derechos económicos, sociales y culturales, pues en muchos Estados se consagraron estos derechos en la Constitución, pero no se adoptaron las medidas necesarias para garantizar su vigencia material. En otros Estados se positivaron los derechos pero no se previeron mecanismos efectivos de preservación y protección. Si bien es cierto que durante la segunda mitad del siglo XX los Estados avanzaron en la positivación de los derechos fundamentales y previeron garantías jurisdiccionales para su protección, no es menos cierto que entre las décadas del sesenta y el setenta la instauración de las dictaduras militares impidió la vigencia plena de la fuerza normativa constitucional de los derechos humanos, ya que estos regímenes *de facto* ejercieron el poder sin subordinarse a la Constitución y violando sistemáticamente los derechos fundamentales.

La restauración de los regímenes democráticos en reemplazo de los regímenes *de facto* ha restablecido la vigencia material de la Constitución y, con ello, se ha dado lugar a la validez y la vigencia de la fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales. En este período se ha generado un importante proceso caracterizado por la ampliación del catálogo de los derechos funda-

mentales en la Constitución, la integración del derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno, la judicialización intensa de los derechos fundamentales a partir de la adopción en algunos Estados del modelo europeo o *kelseniano* de control de constitucionalidad; y, en otros, a pesar de mantener el modelo americano, los órganos de control otorgan tutela efectiva a los derechos fundamentales, a partir de una interpretación constitucional proactiva. Como afirma César Landa en el trabajo comentado, es con el término de la guerra fría entre las superpotencias mundiales y la caída de las dictaduras militares y civiles en América Latina durante la segunda mitad del siglo xx que se incorpora en el constitucionalismo latinoamericano la defensa de la persona humana y el respeto de sus derechos fundamentales, como el eje que unifica al nuevo modelo de Estado democrático y constitucional.

Cabe advertir que, a pesar de los avances logrados, la falta de una verdadera cultura democrática aún pone en riesgo la plena vigencia de la fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales, ya que aun en los regímenes democráticos surgen tensiones antidemocráticas que desconocen esa fuerza normativa, pues existen gobernantes democráticos que incurren en omisiones indebidas, al no adoptar las medidas legislativas y administrativas necesarias para garantizar la plena vigencia y el goce pleno de los derechos fundamentales, especialmente de los derechos económicos, sociales y culturales. Otros gobernantes, demostrando un menosprecio por los valores y principios democráticos, despliegan acciones y adoptan decisiones indebidas que violan sistemáticamente los derechos fundamentales, especialmente los derechos civiles y políticos de los sectores sociales, de líderes cívicos y políticos que no comparten su visión política.²

2 Al respecto resultan muy ilustrativas las determinaciones adoptadas por el Gobierno del Estado Pluricultural de Bolivia, que para evitar un control de constitucionalidad ha desarticulado el Tribunal Constitucional forzando la renuncia de los magistrados a finales de 2007, y no ha realizado las designaciones en el Congreso Nacional a pesar de tener la mayoría; si bien ahora se ha restablecido el Tribunal con designaciones interinas realizadas por el presidente del Estado, la ley habilitante ha delimitado su trabajo a la liquidación de las causas ingresadas entre el año 2007 hasta el 6 de febrero de 2009, de manera que sobre los actos, determinaciones asumidas desde el 7 de febrero a la fecha no existe control de constitucionalidad. En ese contexto, el presidente del Estado ha expedido varios decretos supremos inconstitucionales, entre ellos el n.º 0138, por el que ha concentrado la competencia de los jueces y tribunales en materia penal en la ciudad de La Paz para juzgar a las personas que incurran en delitos de terrorismo, alzamiento armado y sedición, disponiendo la incautación de bienes a la sola presentación de la denuncia. Ese decreto supremo desconoce los estándares mínimos Internacionales. También se han expedido las leyes n.ºs 004 y 007, las que desconocen los estándares mínimos internacionales sobre protección de los derechos humanos, entre ellos, el derecho al principio de legalidad penal, el derecho a las garantías judiciales.

2. La ausencia de una conciencia constitucional en la ciudadanía

Un segundo factor de vital importancia que incide negativamente en la vigencia plena de la fuerza normativa de los derechos fundamentales, conforme ha identificado César Landa, es la ausencia de una conciencia constitucional en la ciudadanía de América Latina.

Efectivamente, los Estados latinoamericanos no han sido capaces de generar una conciencia constitucional en la ciudadanía; ello debido, entre otras, a tres razones: la falta de una construcción social democrática; la imposición de gobiernos autocráticos desplazando a los regímenes democráticos, y la no vigencia material y permanente de las Constituciones.

La vigencia de la Constitución no fue la regla sino la excepción en muchos Estados latinoamericanos; los gobiernos de turno la invocaron cuando respondía a sus intereses y la desconocieron cuando se contraponía a su vocación autoritaria o totalitaria y, en su caso, la reformaron para adecuarla a la medida de sus intereses y requerimientos. Los regímenes *de facto* gobernaron mediante decretos en franca y abierta contraposición a la Constitución; de manera que la Constitución no tuvo una vigencia material sino solamente formal, por lo que no cumplió el papel se constituirse en la norma básica que fije las reglas de convivencia pacífica y construcción democrática de la sociedad.

En ese contexto político, la sociedad civil no tuvo conocimiento de la Constitución y de las normas básicas fijadas para limitar el ejercicio del poder político, menos de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales en ella consagradas. Por lo tanto, no ha tomado conciencia del importantísimo papel que desempeña la Constitución en la construcción de una sociedad democrática, en el resguardo y protección de sus derechos fundamentales. Una de las consecuencias de la falta de una conciencia constitucional de la ciudadanía es que las personas permiten la violación de sus derechos fundamentales porque no conocen que sus derechos y libertades ciudadanas están consagrados en la Constitución, como una fuente de garantía para su plena vigencia y ejercicio efectivo.

III. EL PAPEL DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

En el trabajo comentado, César Landa advierte que la «noción de Constitución que tiene sentido proteger es aquella que garantiza los derechos fundamentales a través de la justicia constitucional»; ello implica que la jurisdicción constitucional

desempeña un papel importante para lograr la plena vigencia de la fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales, máxime si se considera que, como señala el autor del trabajo comentado, la construcción holística de la fuerza normativa de la Constitución a partir de los derechos fundamentales debe reconocer las necesidades históricas de libertad y justicia de cada realidad nacional, necesidades que deben constituir la fuente de su eficacia para tutelar los derechos fundamentales, pero no de manera abstracta e intemporal, sino como exigencias procesales concretas, tanto frente al propio Estado constitucional, como frente a otra persona privada o particular.

En el trabajo comentado subyace la conclusión de que la jurisdicción constitucional desempeña un papel importante en dos ámbitos: el primero, la interpretación constitucional; y el segundo, la protección efectiva de los derechos fundamentales.

1. La interpretación constitucional

Para comprender la importancia de la interpretación constitucional para la vigencia plena de la fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales, es importante recordar que el tránsito del Estado soberano a la soberanía de la Constitución, que supone el paso del Estado legislado de derecho al Estado constitucional de derecho, se opera sobre la base de los procesos de legitimación de la Constitución como norma jurídica suprema con carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos, y la transformación de los derechos públicos subjetivos del Estado liberal en derechos fundamentales que incorporan valores, principios constitucionales y derechos sociales, económicos y culturales.

En el contexto referido, como afirma César Landa en el trabajo comentado, adquiere pleno sentido que se identifique el carácter abierto —jurídico y político— de la Constitución. Se podría señalar que surge la necesidad de dar concreción normativa a los derechos fundamentales contenidos en los enunciados políticos, y de otorgar un significado normativo a los enunciados dispositivos contenidos en las cláusulas abiertas, indeterminadas e indefinidas de la Constitución.

Si se toma en cuenta que la interpretación constitucional tiene por objeto dotar de operatividad jurídica a la Constitución, de manera tal que a través de la labor hermenéutica se optimicen y maximicen las normas constitucionales, atribuyendo un significado normativo a sus enunciados dispositivos, entonces la interpretación constitucional se constituye en medio idóneo para lograr la concreción de la fuerza normativa de la Constitución y la aplicación de la fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales.

La jurisdicción constitucional, a partir de las postrimerías de la segunda guerra mundial, por encargo del constituyente, ha asumido la función de máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución, en este último ámbito con fuerza vinculante.

En ejercicio de la función de interpretación constitucional, la jurisdicción constitucional puede y debe contribuir a la materialización de la fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales, ya que al resolver los procesos constitucionales, sean de naturaleza tutelar o del control normativo, debe interpretar proactivamente las normas de la Constitución para lograr, como menciona César Landa, que la fuerza normativa de los derechos fundamentales se haga vinculante a todos los poderes públicos y también a las relaciones entre los particulares.

Empero, como advierte César Landa, en esa labor interpretativa la jurisdicción constitucional no deberá entender a los derechos fundamentales como derechos subjetivos individuales, ya que ello resulta ser insuficiente en la actualidad, pues esta visión formal no responde a la eficacia integradora de la fuerza normativa de toda la Constitución, que se funda en la búsqueda de la materialización de los derechos en la realidad social. Entonces, la interpretación deberá ser efectuada contrastando la norma constitucional con la realidad social y económica imperante en el momento en que se aplicará la norma, y de conformidad con el sistema de valores supremos y los principios fundamentales.

Para lograr la concreción de la fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales, la jurisdicción constitucional debe y tiene que desarrollar una interpretación creativa y práctica, aplicando los principios universales en materia de interpretación de las normas internacionales o nacionales sobre derechos humanos, tales como: a) el principio de la dignidad humana; b) el principio de la buena fe; c) el principio *pro homine*; d) el principio de favorabilidad; e) principio de la fuerza expansiva de los derechos humanos; f) el principio de la interacción; g) el principio de promoción; h) el principio de universalidad de los derechos humanos; e i) el principio de la indivisibilidad de los derechos humanos.

De tal manera que, por vía de interpretación constitucional, de un lado, tiene que otorgar una fuerza expansiva a los derechos fundamentales, ampliando sus elementos esenciales, y ampliar el catálogo de los derechos fundamentales previsto por la Constitución aplicando la interpretación integradora e identificando las normas implícitas; y de otro, debe identificar o construir el contenido esencial de los derechos fundamentales, para fijar los límites a la labor legislativa del Estado que impone restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales, o para resolver los conflictos o antinomias entre los derechos fundamentales o de estos con los valores supremos o principios fundamentales.

2. La protección efectiva de los derechos fundamentales

Sobre el papel que debe desempeñar la jurisdicción constitucional en la protección de los derechos fundamentales, para concretizar la fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales, César Landa ubica dicha labor en dos ámbitos: el estatal, vale decir la protección contra el poder político del Estado; y el privado, es decir, la protección contra el poder particular.

En el trabajo de César Landa subyace como planteamiento que una forma de proteger los derechos fundamentales frente al poder político del Estado es preservar el Estado democrático constitucional, ya que la aparición de la fuerza normativa de los derechos fundamentales solo es concebible en el Estado democrático constitucional. En ese contexto cabe señalar que la jurisdicción constitucional debe y tiene que desempeñar el papel de resguardar los principios democráticos, vigilando que se desarrolle un adecuado funcionamiento de la representación política, sobre la base del pluralismo; cuidando que se mantengan abiertos y expeditos los canales de participación ciudadana, como vías de transformación social pacífica y democrática; vigilando que se facilite la representación efectiva de las minorías, respetando el derecho al disenso; preservando celosamente el respeto del principio de la separación de funciones o la distribución horizontal y territorial del ejercicio del poder político; protegiendo efectivamente los derechos fundamentales y las libertades ciudadanas. En síntesis, debe resguardar los principios democráticos para garantizar un gobierno limitado, que respete y proteja los derechos fundamentales.

Un tema importante que se plantea en el trabajo comentado, para que la jurisdicción constitucional tome en cuenta al desarrollar la labor de protección de los derechos fundamentales, es que estos tienen un doble carácter jurídico: como derecho subjetivo de la persona y como derecho objetivo o fundamento valorativo del orden constitucional. Por lo tanto, César Landa sostiene que los derechos fundamentales, en tanto gozan de un carácter objetivo, sin perjuicio de su carácter subjetivo, requieren de la fuerza constitucional positiva y no negativa del Estado para la protección y el desarrollo de la libertad y la igualdad; se configura así una nueva relación entre los derechos fundamentales y la legislación.

Partiendo de las premisas planteadas en el trabajo comentado, la jurisdicción constitucional debe tomar en cuenta que la protección de los derechos fundamentales no debe reducirse a exigir del Estado el cumplimiento de las obligaciones negativas, sino también, y fundamentalmente, a disponer el cumplimiento de las obligaciones positivas, para garantizar el goce pleno y ejercicio efectivo de

los derechos económicos, sociales y culturales. Ello implica que la jurisdicción constitucional deberá expedir mandatos precisos e imperativos para que el Estado adopte medidas legislativas y administrativas para, de un lado, desarrollar las normas constitucionales, y de otro, crear las condiciones necesarias y básicas para posibilitar que las personas puedan gozar plenamente y ejercer efectivamente sus derechos fundamentales.

SEGUNDA PARTE

**Informes por países de jurisprudencia
relevante en materia de justicia constitucional
y derechos fundamentales**

PRIMER BLOQUE

**CARACTERÍSTICAS SALIENTES
DE LOS SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
EN COLOMBIA, COSTA RICA Y GUATEMALA,
Y SENTENCIAS RELEVANTES
2009-2010**

La jurisdicción constitucional de la libertad en Colombia

Humberto Antonio Sierra Porto*

I. CONTEXTO DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Colombia tiene una larga tradición en materia de control judicial constitucional, la cual se remonta al siglo XIX; en concreto, a la Constitución de 1858 de la Confederación Granadina, la que le otorgaba a la Corte Suprema de Justicia, en su artículo 50, competencia para suspender la ejecución de los actos de las legislaturas de los Estados, en cuanto contrariasen la Carta Política o las leyes de la Confederación. De manera semejante, la Constitución de los Estados Unidos de Colombia (1863) disponía que la Corte Suprema de Justicia, a pedimento del procurador general o de cualquier ciudadano, podía suspender la ejecución de los actos legislativos de las Asambleas Estatales, en cuanto fuesen contrarios a la Constitución o las leyes de la Unión. Otro paso importante fue dado por la Constitución de 1886, al atribuirle en su artículo 90 a la misma autoridad judicial, de manera exclusiva, competencia para declarar la inconstitucionalidad de proyectos de ley, es decir, se creó una modalidad de control judicial previo de constitucionalidad.

Un notorio avance en la materia tuvo lugar mediante la adopción del acto legislativo 3 de 1910, reforma que estableció el control por vía de acción pública de constitucionalidad, así como aquel por vía de excepción de inconstitucionalidad. Desde entonces se configura el modelo colombiano de control constitucional, el cual, por una parte, es un control difuso porque en el curso de cualquier proceso judicial un juez o tribunal puede inaplicar, en un caso concreto y con efecto *inter partes*, una disposición legal o reglamentaria contraria a la Constitución, pero por otra parte un órgano judicial —hasta 1991, la Corte Suprema de Justicia— ejerce

* Magistrado de la Corte Constitucional colombiana. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia.

el control abstracto de las normas con fuerza y rango de ley y profiere sentencias con efectos *erga omnes*.

Si bien la Constitución de 1991 dispuso la creación de una Corte Constitucional, eso no significa que se estableciera en Colombia un sistema de control de constitucionalidad concentrado, que siga plenamente los lineamientos del modelo europeo, en el que las decisiones sobre la constitucionalidad de las normas radican en un único órgano. Lo anterior, por cuanto la Constitución preservó la competencia del Consejo de Estado, máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para pronunciarse acerca de los decretos dictados por el Gobierno nacional cuya competencia no sea asignada a la Corte Constitucional. Además, sigue imperando doctrinal y jurisprudencialmente la interpretación en el sentido de que el artículo cuarto del actual ordenamiento superior —precepto que establece la supremacía normativa de la Constitución— consagra un control difuso en cabeza de todos los jueces, mediante la figura de la excepción de inconstitucionalidad.

En cuanto a las competencias actuales de la Corte Constitucional colombiana se tiene que, por vía de acción pública de inconstitucionalidad, se pueden impugnar ante ella: i) los actos reformativos de la Constitución; ii) las leyes, tanto por su contenido material como por vicios en el procedimiento de su formación; iii) los decretos leyes expedidos por el Gobierno nacional con fundamento en facultades extraordinarias; y iv) el decreto con fuerza de ley mediante el cual el Gobierno pone en vigencia el Plan de Inversiones Públicas. Todas estas competencias se ejercen previa presentación de una demanda ciudadana, cuyo ejercicio es considerado un derecho político, razón por la cual no pueden ejercerla personas jurídicas, extranjeros o quienes hayan sido condenados por delitos cuya pena comporte la interdicción de sus derechos y funciones públicas. Además, en principio, la acción no tiene término de caducidad, salvo cuando se demande un acto por vicios de forma, caso en el cual solo podrá interponerse dentro del año siguiente a la publicación del acto respectivo.

Aunado a lo anterior, la Carta Política de 1991 prevé diversos controles judiciales previos de constitucionalidad, todos en cabeza de la Corte Constitucional, los cuales se ejercen sobre: i) los proyectos de ley estatutaria; ii) los tratados internacionales y las leyes que los aprueban; y iii) las leyes convocatorias a un referendo o asamblea constituyente para la reforma de la Constitución, antes del pronunciamiento popular y solo por vicios de procedimiento en su formación. De igual manera, se lleva a cabo un control automático, formal y material sobre los decretos mediante los cuales se declara un estado de excepción, así como sobre aquellos adoptados al amparo de este.

Una tercera modalidad de control de constitucionalidad, que hunde sus raíces en la Constitución de 1853, es aquella llevada a cabo cuando el Gobierno nacional objeta un proyecto de ley, por considerarlo contrario al Texto Fundamental, controversia intraorgánica que termina siendo resuelta por el juez constitucional.

Una cuarta vertiente del control de constitucionalidad, una de las más emblemáticas en materia de defensa de los derechos fundamentales, es aquella ejercida por todos los jueces mediante la presentación de acciones de tutela (amparo constitucional), decisiones que, finalmente, son sometidas a un mecanismo de control eventual a cargo de la Corte Constitucional. Sin lugar a dudas, los más importantes progresos que ha conocido la jurisdicción constitucional en Colombia en los últimos años han tenido lugar con ocasión de la resolución de acciones de tutela, elevadas por miles de ciudadanos contra autoridades públicas y particulares. En efecto, merced a los fallos de amparo se han protegido especialmente los derechos fundamentales de poblaciones secularmente discriminadas: desplazados por el conflicto armado, discapacitados, niños abandonados, enfermos de sida, mujeres embarazadas, sindicalistas, adultos mayores, minorías étnicas y parejas del mismo sexo.

Finalmente, la Constitución de 1991 en su artículo 30 prevé el mecanismo del hábeas corpus, el cual podrá ser interpuesto, en todo tiempo, por aquel que se considere indebidamente privado de su libertad personal.

II. LAS SENTENCIAS Y SU RELEVANCIA

1. Sentencia C-141 de 2010

En la sentencia C-141 de 2010, mediante la cual la Corte Constitucional declaró inexecutable la ley 1354 de 2009, «por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional», se analizaron, más allá de importantes tópicos en materia de sistema democrático, estructura del Estado y equilibrio de poderes públicos en Colombia, temas relacionados con violaciones a derechos políticos, tales como: i) igualdad de oportunidades en las competencias electorales; ii) libre expresión de la voluntad del elector; y iii) acceso a cargos públicos de elección popular.

El problema jurídico central que examinó la Corte en su sentencia consistió en determinar si una ley mediante la cual se convocaba al pueblo a un referendo reformativo de la Constitución, encaminado a modificar las reglas existentes

en materia de reelección presidencial, se ajustaba al texto de la Constitución de 1991. A partir de allí el juez constitucional adelantó tres grandes análisis, a saber: i) examen acerca de la manera como se conformó, financió y actuó el Comité de Promotores de la iniciativa de reforma constitucional; ii) análisis del trámite que surtió el proyecto de ley en el Congreso de la República; y iii) existencia de vicios materiales o de sustitución de la Constitución.

Así pues, en relación con la etapa de iniciativa popular, la Corte Constitucional, luego de examinar un amplio caudal probatorio, constató que se habían presentado graves irregularidades en lo atinente a la financiación del mecanismo de participación popular, vicios que configuraban vulneraciones a derechos políticos, en especial a aquel de igualdad de oportunidades en las competencias electorales. De igual manera, en lo que atañe al trámite del proyecto de ley en el Congreso de la República, el juez constitucional detectó la presencia de otros vicios, relacionados principalmente con el cambio de la pregunta que sería presentada a los electores, así como fenómenos de transfuguismo político. Finalmente, en materia de vicios de competencia, el juez constitucional consideró que la ley mediante la cual se convocaba al pueblo a un referendo constitucional configuraba un quebrantamiento del espíritu de la Carta Política de 1991, en especial en lo atinente a la alternancia en el ejercicio del poder político, el derecho a la igualdad entre los ciudadanos que desearan aspirar a ocupar la Presidencia de la República y, en últimas, en lo referente a la preservación del principio de equilibrio y separación entre las ramas del poder público.

La importancia de la sentencia C-141 de 2010 es enorme por cuanto estaba de por medio el futuro mismo y la preservación de un sistema democrático y pluralista en Colombia, presupuesto para el ejercicio de todos los derechos fundamentales. Así mismo, configura un precedente importante en derecho comparado, por cuanto si bien existen numerosos estudios atinentes a los problemas que comporta la financiación de las campañas electorales, no ocurre lo mismo en materia de mecanismos de participación ciudadana, como es el caso de un referendo constitucional.

Aunado a lo anterior, no puede perderse de vista que este fallo judicial evidenció la independencia e imparcialidad de la Corte Constitucional frente al Ejecutivo, lo cual es aún más emblemático si se tiene en cuenta que, a semejanza de aquello que acontece en muchos países de la región, en Colombia siempre ha existido un régimen presidencial fuerte, en desmedro de las demás ramas del poder público.

2. Sentencia C-804 de 2006

Mediante sentencia C-804 de 2006, la Corte Constitucional declaró inexecutable, es decir, sin efectos jurídicos, el artículo 33 del Código Civil, salvo el aparte que reza: «la palabra persona en su sentido general se aplicará a individuos de la especie humana sin distinción de sexo». Como se puede apreciar, en el centro de la decisión judicial se encuentra la garantía del derecho a la igualdad de sexos, amparado constitucionalmente, así como en diversos instrumentos internacionales vinculantes para el Estado colombiano.

En cuanto al problema jurídico concreto, se tiene que el demandante sostenía que el término *hombre*, así como la expresión «y otras semejantes que» contenidas en el inciso primero del artículo 33 del Código Civil, al igual que las expresiones «por el contrario» y «no se aplicarán a otro sexo» —cursivas añadidas—, del segundo inciso del mismo precepto, vulneraban el principio de dignidad humana (artículo 1.º constitucional), el principio de igualdad (artículo 13 constitucional) y el derecho de la mujer a no ser discriminada (artículo 43 constitucional).

Según el actor, el lenguaje utilizado en la definición presente en el artículo 33 utilizaba el vocablo *hombre* en su uso equivalente a género masculino para hacer referencia tanto a varones como a mujeres, lo que implicaba ubicar a la mujer en una situación de dependencia y subordinación. A su juicio, el lenguaje tiene un enorme potencial simbólico de comunicación, así como un poder reproductor y transformador, que debe ponerse en armonía con el marco de libertad e igualdad material dentro del contexto del Estado democrático, participativo y pluralista que ofrece la Constitución. De allí que el ciudadano estimaba que las expresiones demandadas desconocían el principio de la dignidad humana e implicaban una discriminación injustificada del género femenino.

Para solucionar el problema jurídico, la Corte Constitucional actuó de la siguiente manera: i) analizó la evolución del papel que ha jugado la mujer en la sociedad, así como la lucha por el reconocimiento de sus derechos; ii) examinó las características del lenguaje jurídico, en especial, su poder instrumental y simbólico, su ausencia de neutralidad y su carácter transformador de la cultura y de la sociedad; iii) estudió el sentido y el alcance de la expresión *hombre* utilizada en la definición contenida en el artículo 33 del Código Civil, a la luz de las ideas y valores predominantes en el momento en que se adoptó, esto es, a fines del siglo XIX; y iv) verificó si la definición contenida en el párrafo primero y en el párrafo segundo del artículo 33 del Código Civil armonizaba con lo dispuesto en los artículos 1.º, 13, 40

y 43 de la Constitución y con lo establecido en los convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos aprobados por Colombia.

Así pues, la Corte constató que, secularmente, las mujeres han batallado para reclamar lo que a partir de un concepto mínimo de humanidad han merecido pero que históricamente les ha sido negado, esto es, el reconocimiento de su dignidad humana y de su estatus de personas y ciudadanas; la igualdad formal y material de trato; el goce de aquellos derechos que hacen factible su capacidad de concebir y emprender de manera activa los proyectos que sean de su interés; la capacidad de administrar sus propios bienes; el derecho a recibir una instrucción y una educación adecuadas a sus necesidades; la posibilidad de participar de manera activa en la configuración, en el ejercicio y en el control del poder político. En suma, la manera de hacer factible su aparición visible, concreta, consciente, autónoma y libre en la vida familiar, social, económica, política, cultural y jurídica de conformidad con su propia mirada.

Constató igualmente la Corte que, siendo el lenguaje uno de los principales instrumentos de comunicación, y reflejando los hábitos, concepciones y valores imperantes en un medio social determinado, las situaciones de inclusión o exclusión también se proyectaban en el lenguaje jurídico. Precisamente, según el juez constitucional, uno de los fines de las definiciones legales consiste en fijar fronteras y, en tal sentido, determinar quiénes se encuentran dentro de los límites establecidos por las definiciones y quiénes permanecen por fuera de estas. Así, los criterios que se utilizan para marcar la inclusión o la exclusión reflejan el contexto valorativo e ideológico en que ellos se adoptan. De allí que no es extraño que la situación de invisibilidad, subordinación y discriminación a la cual por largos años se vieron y se han visto sometidas las mujeres, se proyectara también en el modo en que se fijaron los criterios de inclusión y exclusión mediante el lenguaje jurídico, generando —de paso— una cultura de tipo patriarcal que se proyectó en el lenguaje y en la cultura jurídica.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional decidió excluir del decimonónico Código Civil colombiano todas aquellas interpretaciones de la palabra *hombre*, que comportasen un tratamiento discriminatorio en relación con las mujeres. En otras palabras, no se trató de dejar sin efectos jurídicos cualquier alusión al vocablo *hombre*, sino aquellas lecturas del texto normativo que comportasen supuestos de discriminación por el sexo.

En tal sentido, la importancia de la sentencia C-804 de 2006 estriba no solo en amparar el derecho fundamental a la igualdad entre sexos, sino en poner de presente la importancia del lenguaje jurídico, en tanto que elemento cultural no

neutral, sino comprometido con determinados fines. A decir verdad, el citado fallo judicial se inscribe en una serie de pronunciamientos de la Corte relacionados con situaciones consideradas discriminatorias e inaceptables, a la luz de la Constitución de 1991, presentes en un texto jurídico clásico como lo es el Código Civil.

3. Sentencia T-511 de 2010

La Corte Constitucional, mediante sentencia T-511 de 2010, amparó el derecho fundamental de acceso a la información de Zonia Betancourt Rojas y Gabriela Fúquene Betancourt, vulnerado por la Policía Nacional, al haberse negado a dar información precisa acerca de unos uniformados presuntamente comprometidos con un caso de desaparición forzada de un familiar de las accionantes, sucedida en un sector deprimido de la capital de la República.

Los hechos del caso se remontan al 22 de abril de 2008 cuando, según registro fotográfico captado por las cámaras de un conjunto cerrado, circularon varias patrullas de la Policía Nacional a la misma hora y lugar por donde se hallaba la persona que resultó desaparecida y cuyo cadáver más tarde fue encontrado con signos de tortura a las afueras de Ibagué.

Dado que el asunto se encuentra en conocimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las peticionarias solicitaron a la Dirección Nacional de la Policía que les informara acerca de: i) las patrullas que se encontraban en el lugar de los hechos; ii) la labor que aquellas estaban desempeñando; y iii) los miembros de la fuerza pública que intervinieron en tales labores.

La Policía Metropolitana de Bogotá sostuvo que no había vulnerado los derechos fundamentales invocados, pues había dado respuesta oportunamente a las solicitudes presentadas por las demandantes y les había informado: i) que los hechos narrados en su petición son investigados por la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación y de la Procuraduría General de la Nación; y ii) que las fotografías con base en las cuales pretendían la identificación de los agentes que se encontraban en el sector del barrio El Tunal el día de la desaparición del Sr. Rivera Fuquene no eran claras, lo que hacía imposible identificar a las unidades que patrullaban la zona.

A su vez, los jueces de instancia denegaron el amparo solicitado, pues a su juicio se había dado respuesta a las peticiones presentadas y la información solicitada se encontraba sometida a reserva sumarial, razón por la cual las accionantes podían acudir a la Fiscalía General de la Nación para obtener los elementos probatorios que requerían para adelantar la investigación en el nivel internacional.

La Corte Constitucional, por el contrario, estimó que a las peticionarias se les había vulnerado su derecho de acceso a información precisa, contenido en el artículo 74 superior, así como en diversos instrumentos internacionales y normas *soft law*, tales como: i) la Convención Americana sobre Derechos Humanos; ii) la Declaración de Chapultepec; iii) la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; iv) los Principios de Johannesburgo; y v) los Principios de Lima. Al respecto, el juez constitucional precisó que los mencionados textos constituyen criterios relevantes para interpretar los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

En este orden de ideas, la Corte decidió ordenarle a la Policía Nacional que les brindara a las peticionarias toda la información solicitada.

La importancia de la sentencia T-511 de 2010 estriba en que: i) evidencia una articulación entre la justicia constitucional colombiana y el sistema americano de protección de los derechos humanos; ii) muestra que, cada vez más, los jueces internos interpretan y armonizan los derechos interno e internacional; y iii) revela la importancia que presentan los instrumentos de control de constitucionalidad al momento de hacer efectivos los derechos subjetivos reconocidos en el ámbito internacional.

III. CONCLUSIÓN

Las tres sentencias analizadas evidencian la existencia de un proceso de ósmosis entre el derecho interno y el internacional, en materia de protección de los derechos humanos. A decir verdad, el fenómeno de la globalización ha hecho que se tiendan constantes puentes entre los jueces constitucionales del mundo, así como un diálogo permanente entre estos y la justicia internacional, proceso que apunta a un mismo fin: fortalecer la protección judicial de la dignidad humana.

El acceso a la justicia constitucional en Costa Rica

Gilbert Armijo*

I. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN COSTA RICA

El tema de la justicia constitucional es uno de los más polémicos del derecho público, debido a que la teoría y la práctica están en constante conflicto. En Costa Rica, desde 1990 tenemos un nuevo modelo de jurisdicción constitucional, que se alejó del modelo clásico imperante en América Latina, donde las Cortes Supremas y algunos tribunales ordinarios conocían la materia. Quizá por esa razón el modelo de justicia constitucional no responde a la división clásica del modelo continental o del modelo norteamericano. En nuestro caso, las personas involucradas en la creación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (en lo sucesivo LJC), pretendieron dar respuesta a nuestras propias disfunciones, a la vez que intentaron responder a la necesidad de que el ciudadano pudiera realmente ejercer un verdadero control sobre los detentadores del poder o lo que García de Enterría describiría acertadamente como la lucha contra las inmunidades del poder.

En mi criterio, esta constituyó la mayor transformación y se instauró tras eliminar casi todos los requisitos formales que le impedían acceder a la justicia constitucional. En nuestro medio se dice que incluso es posible que un niño presente un recurso de amparo en el papel de envolver el pan. No se necesita patrocinio letrado, ni cumplir con ninguna formalidad clásica de la legitimación; basta con decir por qué cree que sus derechos humanos o fundamentales están siendo violados e indicar quién es el recurrido. Será el juez en su sentencia a quien le tocará señalar cuál es el derecho constitucional o humano que lo tutela o no.

Lo expuesto implica toda una innovación pues a través de la reforma constitucional y legislativa se potencia una mayor apertura en cuanto a la legitimación

* Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

para accionar. Como consecuencia, se retoma la orientación que establece que esta jurisdicción es solo instrumental, para garantizar la supremacía y la efectividad de la Constitución. Esta forma de conceptuar la legitimación activa permite construir una teoría diferente, más informal y menos rigurosa. También conlleva una mayor amplitud para reconocerle al ciudadano el derecho a la acción ante la posible vulneración de sus derechos constitucionales. Este es uno de los aspectos que nos diferencia de otros modelos, para los cuales aceptar lo que se propone es, por lo menos, excesivo.

La jurisdicción constitucional es ejercida por una Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Está integrada por siete magistrados, los cuales son nombrados por la Asamblea Legislativa mediante concurso público y votación calificada, por un período de ocho años, al final del cual el magistrado decide si desea continuar o no en el cargo, y si se somete a la reelección solo puede ser destituido mediante una votación agravada, lo que de hecho le permite una gran estabilidad e independencia en el cargo. Desde la vigencia de la actual Constitución de 1949 hasta la fecha, ningún magistrado ha dejado de ser reelecto.

En cuanto al control constitucional, este es concentrado, las decisiones de la Sala no tienen ulterior recurso, salvo la adición y la aclaración, y sus decisiones son vinculantes *erga omnes* salvo para sí misma, lo que le permite en determinados momentos revisar sus propios criterios. Las principales vías de acceso al control constitucional son: la acción de inconstitucionalidad, las consultas preceptivas y facultativas, el amparo y el hábeas corpus.

En atención a la necesaria concreción del presente trabajo, expondremos una breve pincelada sobre el recurso de amparo. La LJC establece que le corresponde a la Sala Constitucional tutelar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política y la normativa internacional sobre derechos humanos ratificada por Costa Rica, que tienen un valor jurídico equiparable a las normas constitucionales. Son susceptibles de control constitucional de amparo: los actos administrativos, los actos legislativos, los actos de gobierno, las leyes autoaplicativas, contra sujetos privados, etcétera. Procede el recurso contra acciones u omisiones, aunque la interpretación de los artículos 60, 35 y 61 de la LJC ha dado lugar a dudas sobre los alcances del control constitucional cuando estemos en presencia de simples amenazas, perturbaciones y restricciones de un derecho fundamental.¹

1 Para un estudio detallado del asunto en Costa Rica, véase Rubén HERNÁNDEZ VALLE: *Derecho procesal constitucional*. San José: Juricentro, 1995, p. 255.

En todos estos casos, quien invoca la legitimación activa debe manifestar en qué consiste el acto lesivo.

El costarricense utiliza ampliamente este recurso. La Sala Constitucional tiene una vasta legitimación popular, al grado de que el pueblo ha acuñado un concepto propio para referirse al poder que siente se le ha conferido para ejercer sus derechos y suele amenazar a los funcionarios públicos con «meterles un sala cuartazo», que es sinónimo de control de los actos de arbitrariedad del Estado. Sin embargo, lo que ha sido bueno para el pueblo se interpreta desde el Estado como «ingobernabilidad», criterio acuñado por los funcionarios del Estado para referirse a un excesivo, en su criterio, control de constitucionalidad de sus actos, que les impide desempeñarse como quisieran en la labor del gobierno.

II. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL MUNDO POLÍTICO

La Sala ha potenciado el criterio de que nadie está sobre la Constitución y que esta es una norma jurídica de acatamiento obligatorio para todos los poderes del Estado; no escapan el presidente, ni los diputados de la Asamblea Legislativa. Como reacción al control constitucional, desde la Asamblea Legislativa cada vez más se aboga por reformar la LJC. Se afirma para respaldar esta tesis que «las fronteras entre derecho y política, derecho positivo y activismo judicial» pueden ser difusas, y todo dependerá de la posición que se asuma con relación a la interpretación de la Constitución el caer en un activismo judicial o no.

El tema de los conflictos entre el Poder Legislativo y la Sala Constitucional no están exentos de tesis extremas y en el foro nacional se escuchan tres posiciones: a) la primera afirma, parodiando al Prof. Dr. Eduardo Ortiz, que ante la disyuntiva prefiere «el gobierno de los jueces, a la justicia de los políticos»; b) la segunda propugna por la autocontención y la prudencia política de los jueces constitucionales; y c) la tercera advierte que si la «Sala IV» no tiene esa prudencia política, ello llevará a los políticos a liberarse del control constitucional.²

En diferentes momentos de nuestra historia algunos legisladores han manifestado en el plenario legislativo la necesidad de reformar la LJC. Se señala que es necesario recortar las competencias de la Sala Constitucional. Sin embargo, en más

2 Sobre las disfunciones del control político por los políticos es ejemplarizante el fenómeno peruano en la época de Fujimori. Véase Domingo GARCÍA BELAUNDE: «De los políticos: líbranos señor...», en *La Constitución en el péndulo*. Arequipa: Unas, 1996, p. 200.

de veinte años de vigencia de la ley de creación, nunca ha sido posible contar con el consenso necesario para que ello ocurra.

Las quejas que lo justificarían tienen diferentes matices y revisten diversos tonos, pero en general suelen debatirse aspectos como los que se exponen: ¿la Sala IV carece de límites? ¿No es acaso un poder político que pueda abusar? Las respuestas suelen reincidir sobre la necesidad de establecer un control interorgánico que evite los posibles abusos. Sin embargo, desde 1990 las quejas se han escuchado con mayor o menor vehemencia; no obstante, fue en el año 2002 cuando las tensas relaciones entre algunos diputados y la Sala llegaron a su clímax, al presentarse una acción de inconstitucionalidad en contra de la reforma al artículo 132 inciso 1 de la Constitución Política, que prohibía la reelección presidencial.

Este es un asunto que nunca dejó de ser fiscalizado por los políticos del país. Por una parte, una coalición de la socialdemocracia (que representa al partido Liberación Nacional) se oponía a que la acción fuera declarada con lugar a favor de su correligionario de partido Oscar Arias Sánchez.

La Sala, después de escuchar a las partes, concluyó que el legislador ordinario —que estuvo a cargo de la mencionada reforma— está facultado para modificar la Constitución originaria en tanto se le otorguen mayores derechos al ciudadano, pero no cuando se pretenda cercenar derechos establecidos por el Constituyente. Admitir lo contrario sería permitirle al legislador vaciar el contenido esencial de los derechos fundamentales.³ Sostiene el fallo que este tipo de reformas constitucionales solo las puede llevar a cabo una constituyente convocada al efecto y previa consulta al pueblo. En consecuencia, se declara con lugar la acción y se anula la reforma. La Sala dimensiona el fallo, se mantiene el texto original que había sido modificado, permitiéndoles a los ex-presidentes ser reelectos aunque no de manera consecutiva, tal como lo previó el constituyente de 1949.⁴

Una vez resuelto el caso, un diputado electo por la socialdemocracia (fue uno de los litigantes más aguerridos y se opuso con todos los argumentos posibles), inició una serie de declaraciones tendientes a restarle legitimidad constitucional al

3 Iguales pasiones desató el voto sobre la reelección en Colombia. Véase Matthias HERDEGEN: «Reforma constitucional: criterios de justiciabilidad», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, t. II, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, p. 134.

4 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, resolución n.º 2003-02771, de las once horas con cuarenta minutos del 4 de abril de 2003. Acción de Inconstitucionalidad que impugna la reforma constitucional del artículo 132 inciso 1, de la Constitución Política de 1949, realizada mediante ley n.º 4349 del 11 de julio de 1969, por estimar que tiene vicios formales y materiales, al prohibir la reelección presidencial.

tribunal, llamó a la desobediencia de la sentencia y, una vez que tomó posesión del cargo, solicitó que se nombrara una Comisión de Investigación del Poder Judicial para tratar, entre otros temas, «*la mora judicial*».⁵

Una vez constituida la Comisión, abre las puertas para que toda persona o abogado inconforme con la Sala pueda declarar en su contra. Escaso tiempo antes de que la Comisión de Investigación fracase, pues no obtiene los votos necesarios para un dictamen de mayoría,⁶ procede a interponer una denuncia por prevaricato en contra de los magistrados por declarar con lugar la acción. El asunto pasa a conocimiento del Ministerio Público, y el fiscal general Francisco Dall'Anesse Ruiz solicita la desestimación del asunto porque la conducta acusada no constituía delito alguno. La Sala de Casación integrada por magistrados suplentes acoge la solicitud y ordena desestimar la denuncia penal y la querrela interpuesta por el delito acusado.⁷

Al no prosperar ninguna de las acciones, el foro legislativo se convirtió en el principal centro de presión de la Sala Constitucional. Así por ejemplo, al vencerse el plazo para el que habían sido nombrados los magistrados presidentes de la Sala Constitucional y de la Corte Suprema (que también integra la Sala), fueron sometidos a una serie de cuestionamientos, en cuanto a la eficiencia de la prestación del servicio y tuvieron cierta dificultad para alcanzar los votos necesarios para la reelección.

Al mismo tiempo, se aprobó una modificación presupuestaria para eliminar los gastos de representación de los magistrados de la Corte Suprema, y se llevó a cabo una reforma legal para que todos aquellos empleados estatales que tuvieran un sueldo equivalente a un miembro de la Corte, por ese año, no tendrían derecho a

5 Las críticas a las sentencias judiciales se ha vuelto un factor importante en las relaciones entre la política y los órganos superiores de decisión jurisdiccional, tanto en Alemania como en Latinoamérica, de acuerdo con Bernsdorff e Isasi-Cortázar. En Alemania es famosa la sentencia del crucifijo. El primer Senado de la Corte Constitucional Federal alemana resolvió que la ley del estado de Baviera, que obligaba a tener un crucifijo en las clases, lesionaba el derecho fundamental a la libertad negativa de creencias. Las críticas fueron diversas, desde el llamado a boicotear la sentencia, fundados en el derecho a la resistencia, hasta el cuestionamiento legal del fallo (cf. Norbert BERNSDORFF y Ramón ISASI-CORTÁZAR: «Admisibilidad y límites de la crítica por titulares de cargos públicos a las decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán y de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer, 1999, pp. 451.-52.

6 Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, *Comisión Especial*, acta n.º 111, martes 25 de abril de 2006, p. 25.

7 Sala Tercera de la Corte Suprema, n.º 2005-00115, de las catorce horas con treinta minutos del 23 de febrero de 2005. A solicitud del Ministerio Público se desestima la denuncia por prevaricato en contra de los magistrados que votaron la acción de inconstitucionalidad donde se conoció el asunto de la reelección presidencial.

los aumentos anuales, lo que de hecho significó a perpetuidad una disminución del salario para estos funcionarios.

Lo expuesto refleja una de las posibles reacciones ante la fiscalización constitucional. En otros países se destituye a los jueces que votan de esta manera, lo que ha llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a intervenir para restablecer las garantías que protegen la independencia del juez constitucional.

III. EL ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES

1. ¿Pueden los tribunales o salas constitucionales dar respuesta efectiva a los casos de discriminación que se presentan, en especial, con las personas que sufren algún grado de discapacidad?

En nuestro caso, la Sala Constitucional ha interpretado que de «[...] conformidad con lo dispuesto por el artículo 48 de la Constitución Política, así como los artículos 2.º inciso *a* y 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, le corresponde a la Sala Constitucional conocer los recursos de amparo, con el propósito de garantizar el goce de los derechos consagrados en la Constitución Política, como en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables en la República. Bajo este marco es importante indicar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Carta Política de Costa Rica, en sus artículos 24 y 33, respectivamente, consagran el derecho a la igualdad de la persona y la prohibición de hacer distinciones contrarias a su dignidad. En este orden, los derechos de las personas discapacitadas están reconocidos en instrumentos internacionales como la Convención Americana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea Legislativa mediante la ley n.º 7948, y en la legislación nacional, en la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, n.º 7600, publicada en el *Diario Oficial La Gaceta* de 29 de mayo de 1996. En estos instrumentos normativos se reconoce la igualdad de derechos y oportunidades del discapacitado respecto de cualquier otro particular, así como la obligación de impedir toda forma de discriminación por su condición especial, todo ello en estricto apego a la dignidad humana».⁸

8 Así, en Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, sentencia n.º 2004-07314, a las nueve horas con catorce minutos del 2 de julio de 2004.

Un buen ejemplo de ello lo constituye el caso del abogado no vidente O. U., funcionario del Banco Central de Costa Rica, que realiza estudios de doctorado en la Universidad Complutense, y a quien se le exige regresar antes de concluir los estudios de doctorado, pese a que era el mejor alumno de su promoción y había sido galardonado con un premio académico por su excelente labor universitaria. La Sala consideró, al analizar el caso, que estaba en presencia de un trato discriminatorio. «Lo anterior por cuanto, y con independencia de si los estudios de posgrado del amparado son de relevancia institucional para el Banco accionado, punto sobre el cual en esta sentencia se omite todo pronunciamiento, no debió el recurrido colocar al agraviado en una situación totalmente desproporcionada e irrazonable, al haber concedido la licencia —inicialmente por el período de un mes y, luego, por otro año que con posterioridad fue prorrogado— sin tener en consideración su situación particular ni su plan de estudios, los cuales sin duda justifican la adopción de medidas especiales, como la extensión del permiso por un período razonablemente superior al normal, por su condición de no vidente, en estricto apego a las disposiciones que protegen a las personas con discapacidades, entre ellas, las reconocidas en la ley n.º 7600; por el contrario, en la especie la autoridad accionada abandonó de manera intempestiva y sin ninguna fundamentación al amparado en sus intentos de concluir sus estudios, pese a que había aprobado sus cursos con notas ejemplares, con lo cual le confirió un trato discriminatorio contrario a su dignidad. En consecuencia, se declara con lugar el recurso y se ordena a los funcionarios del banco que adopten las medidas pertinentes a fin de que el amparado continúe disfrutando de su licencia con goce de salario, para concluir sus estudios de posgrado en la Universidad Complutense de Madrid, por el término indicado —de dos años— en la certificación efectuada por el secretario académico del Departamento de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de esa Universidad».⁹

Para este estudiante invidente la resolución de la Sala representaba la única alternativa real en defensa de su derecho a la educación. Pero quizá lo más importante es que se hacen visibles las situaciones que implican un trato desigual para los sectores más débiles de nuestra sociedad. Desde luego, creemos que los tribunales y salas constitucionales deben desempeñar un papel de garantes de estos derechos y particularmente en atención a este sector de la población.

El siguiente caso es el de un niño portador de síndrome de Down, que pretende ser admitido al Colegio Lincoln (privado y bilingüe), al cual se le niega el ingreso por no

9 Ídem.

contar la escuela con un currículo adecuado ni con personal calificado, lo cual, en criterio de los recurrentes, no puede ser motivo para discriminar a los menores, pues ello resulta contrario a lo dispuesto en la Ley n.º 7600 de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad. La Sala, al resolver el caso, utiliza como parámetros de interpretación de la Constitución (art. 7), la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (artículos 33 y 24), la Convención Americana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 28 y 29), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 13), la Declaración Mundial sobre la Educación para Todos (artículos 1 y 3). La Sala, luego de escuchar a ambas partes, se inclina por proscribir todas las formas de discriminación, potenciando la educación inclusiva y el principio de diversidad, que son de obligatorio acatamiento para los centros de educación pública y privada. En el por tanto, se ordena al «señor Leonardo Garnier Rímolo, Ministro de Educación Pública a reglamentar debidamente, en un plazo de hasta cuatro meses, contado a partir de la notificación de esta resolución, las condiciones de ingreso y permanencia de personas con discapacidad en los centros de enseñanzas públicos y privados, de manera que se garantice su acceso a la educación de conformidad a los parámetros internacionales y nacionales fijados al efecto. Se condena al Estado y al Colegio Lincoln al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que motivan la declaratoria de con lugar de este recurso, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo».¹⁰

Lo anterior es una propuesta de cómo los valores deben servir para resolver el caso concreto, e implica el replantearse el principio del desarrollo progresivo de los derechos fundamentales, que no podía faltar en los convenios que implementaban los derechos sociales y económicos. Pues, usualmente, los Estados signatarios se aseguraban de no poder ser acusados de irrespetar esos derechos en cuanto se cumpliera parcialmente, y desde luego existiera, la cooperación económica internacional necesaria para su desarrollo. No obstante, en nuestra legislación encontramos algunos ejemplos aislados de que algo está cambiando, así por ejemplo el artículo 4 del Código de la Niñez y la Adolescencia, del cual se desprende el principio de aplicación inmediata y no progresiva, indicándose expresamente que su no cumplimiento conlleva la violación de los derechos humanos de este grupo etario.¹¹

10 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, resolución n.º 2006-014904, a las catorce horas y cincuenta minutos del 10 de octubre de 2006.

11 En general, en la mayoría de los Estados existe una cierta laxitud, para obligarlos a cumplir sus compromisos con los sectores más sensibles, aunque los dineros que se recaudan tengan un destino específico

2. El acceso a la educación

El acceso a la educación en condiciones de igualdad representa en nuestro medio, eventualmente, todo un mito. Al igual que en el sueño americano, corre de boca en boca el ejemplo del muchacho que ingresa de salonero a MacDonaldis, y gracias a la tenacidad y esfuerzo demostrados con su trabajo concluye su carrera como gerente general de la compañía. Los costarricenses tradicionalmente tienen la certeza de que la educación es el criterio de selección natural, aquel que estudia y avanza en su profesión a través del esfuerzo diario, no importa dónde nazca, tendrá abiertas las puertas de la movilidad profesional y social, pues lo importante no es la cuna sino cómo cultiva su mente. En este sentido, existe plena conciencia de que la educación está asociada al poder. Por ello, la importancia de administrar correctamente lo que ha sido denominado la «sociedad del conocimiento».

En consecuencia, no es de extrañar que este derecho sea reclamado con tenacidad por padres y alumnos, que lo invocan vía amparo. Estos casos suelen interponerse por estudiantes de colegios públicos o privados; en muchos casos se demanda no solo una educación de calidad, sino la obligación de su regularidad, de ahí que en determinados supuestos se aduzca que no pueden ser examinados sobre la materia que no fue expuesta en clase. Las ausencias justificadas o no del personal docente deben ser suplidas por profesional calificado y cuando esto no ocurre, por errores imputables a la administración pública o privada, el colegio o escuela debe hacerse responsable y proceder a subsanar el problema; de lo contrario, suelen presentar sus reclamos ante la Sala para que el derecho se les garantice.¹²

Lo anterior ha llevado, cuando se falla a favor de los recurrentes, a condenar al Ministerio de Educación Pública y se le obliga a tomar las medidas del caso

prefijado por el legislador, a favor de los sectores más vulnerables. Ante un caso concreto, la Sala concluye que «la actitud omisiva del Ministerio de Hacienda, al no girar a las instituciones mencionadas en los artículos 14 y 15 de la Ley número 7972, Ley de Impuestos sobre Licores y Cigarrillos para Plan Social, de veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, las partidas que de conformidad con esa Ley habían sido previstas en el Presupuesto de la República, constituye una violación expresa de lo ordenado en la Ley 7972, implicando la lesión (o puesta en grave peligro) en forma refleja de —cuando menos— los derechos fundamentales a la educación, a la salud, a la vida, a la protección especial del menor, la familia y los adultos mayores» (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, resolución n.º 2001-03825, a las diez horas con veintidós minutos del 11 de mayo de 2001).

12 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, sentencia n.º 2005-03880, a las dieciséis horas con cincuenta y siete minutos del 13 de abril de 2005; Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, sentencia n.º 2007-015242, a las doce horas y veinticuatro minutos del 19 de octubre de 2007; Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, sentencia n.º 2006-008390, a las diecisiete horas y treinta y nueve minutos del 13 de junio de 2006.

para que las clases sean repuestas. Mientras esto ocurre, se deben suspender los exámenes pendientes; incluso se ha ordenado para un caso concreto la suspensión del examen de bachillerato, para que los alumnos puedan realizarlo en condiciones de igualdad.¹³

Algunos de estos derechos tienen la particularidad de que su vulneración en muchos casos es conexas, implica por ejemplo una seria violación al derecho a la educación, pero a la vez se traduce en la transgresión a la esfera de otro derecho, por ejemplo cuando se da por razones de discriminación religiosa.

En el siguiente caso, la recurrente interpuso un recurso de amparo contra la coordinadora de la Cátedra de Biología General de la Escuela de Biología, el vicerrector de Docencia y el rector —todos de la Universidad de Costa Rica— y manifestó que al iniciar el curso lectivo hizo gestiones ante dicha Universidad para lograr la autorización de no efectuar pruebas o actividades académicas los sábados, ya que es miembro activo de la Iglesia Adventista, cuya fe les pidió consagrar ese día de la semana para uso devocional. Agregó que su congregación, basada en el principio cristiano de la obediencia a la Biblia como norma de fe y doctrina, considera una violación a esos principios y a los dictados de su conciencia dedicar el sábado a actividades académicas o seculares.

Señala que en razón de tal solicitud, algunos profesores de las materias que cursa aceptaron efectuar los ajustes necesarios para las pruebas de reposición; sin embargo, la Cátedra de Biología General excluyó desde el inicio la posibilidad de efectuarle exámenes de reposición. Indica que a pesar de las gestiones de la Defensoría Estudiantil ante la Vicerrectora de Docencia de la Universidad, esta —con el criterio de la Oficina Jurídica— rechazó la solicitud bajo la premisa de que no es posible efectuar variaciones en función de las necesidades particulares de cada estudiante.

Manifiesta que debido a estas disposiciones y decisiones, es la segunda ocasión en que reprueba la asignatura de Laboratorio de Biología, por no asistir los días sábados a las pruebas correspondientes. Argumenta que la actuación de las autoridades recurridas violenta su derecho a la libertad de culto.

13 Véase el conocido caso del Colegio Técnico Profesional de Dos Cercas de Desamparados, donde los alumnos, por diferentes razones, estuvieron prácticamente dos años sin recibir clase de español (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, resolución n.º 2008-013659, a las once horas y cincuenta minutos del 5 de septiembre de 2008).

Véase también, aunque para otro supuesto, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, resolución n.º 2005-016552, a las veinte horas y cuarenta y tres minutos del 29 de noviembre de 2005.

Para la Sala, la negativa de la Universidad de Costa Rica a realizar un examen de reposición a la recurrente pese a que su religión limita la realización de actividades educativas los días sábados, afecta el derecho a practicar los actos de culto propios de una creencia de la recurrente y, como se ha sostenido de manera reiterada, ese es uno de los elementos de la libertad religiosa. Estima la Sala que tal negativa resulta irrazonable, dado que la realización de un examen extraordinario o de reposición para la recurrente no solo no afecta el debido funcionamiento del centro universitario recurrido, sino además se trata de una práctica usual y reconocida por toda la población estudiantil y docente.

Así las cosas, se evidencia en el caso concreto que la Universidad de Costa Rica ha irrespetado ese deber de cooperación y de no injerencia externa de los poderes públicos en las actividades de la creencia religiosa de la recurrente. En esa medida, el ejercicio de su libertad religiosa de actuar conforme a determinado credo se ha visto restringido, condicionado y obstaculizado. La estudiante se ha visto imposibilitada de desarrollar actividades que constituyen actos, manifestaciones o expresiones de sus creencias religiosas.

En virtud de ello, «se ordena al rector de la Universidad de Costa Rica acoger la gestión de la recurrente a fin de que no se le obligue a realizar exámenes los sábados, dado que ello va contra su fe religiosa y ello en definitiva limita y restringe su libertad de culto tutelada en el artículo 75 de la Constitución Política». Así, lo procedente es tener por cierto que ha existido un acto discriminatorio en contra de la estudiante, quien incluso ha perdido dos veces consecutivas la materia, ante la imposibilidad de que la Universidad le reprograme en un día diferente del sábado los exámenes correspondientes.¹⁴

3. El derecho a la paz

El derecho a la paz ha sido un derecho de difícil operatividad; tal pareciera que el bien supremo es resolver los conflictos por medio del diálogo o la conciliación. En muchas oportunidades esto ha ocurrido gracias a la oportuna intervención de

14 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, sentencia n.º 2002-03018, a las once horas con doce minutos del 22 de marzo de 2002. Véase, en igual sentido, las siguientes sentencias estimatorias de dicha Sala para estudiantes de colegio de la congregación adventista, a los cuales se obligaba por el Ministerio de Educación Pública a realizar exámenes el día sábado: resolución n.º 2007-07800, a las diecinueve horas y veintinueve minutos del 31 de mayo de 2007; resolución n.º 2007-005070 a las quince horas y cuarenta y seis minutos del 13 de abril de 2007; resolución n.º 2006-07609, a las trece horas con diez minutos del 26 de mayo de 2006.

Naciones Unidas (ONU) y en el derecho interno se lo debemos a los buenos jueces, que los hay en cantidad. Sin embargo, quizá por una fuerte influencia mediática, la mayoría de nosotros tiene en su psique lo contrario; los medios de comunicación nos bombardean todos los días con un nuevo conflicto bélico o con la noticia, generalmente amarillista, de cómo un ser humano termina con la vida de otro. Para algunos, este derecho es de imposible cumplimiento; en mi caso, creo que todos los días una cantidad inmensa de personas hace lo correcto, se comporta decentemente con su prójimo, tiene el valor de trabajar, a veces en condiciones realmente desagradables, para llevar el sustento a su familia. Incluso algunos se sacrifican por otros seres humanos, literalmente mueren por otro, haciendo realidad el mandamiento de Jesús «ama a tu hermano como a ti mismo». Así, en mi caso, no creo que este sea un derecho imposible, quizás sí el más invisible porque el comportamiento correcto es el esperado y por ende no es noticia. Lo que es indudable, aunque no se dijera, es el derecho de vivir en paz de todo ser humano y toda comunidad constituye siempre la base de toda sociedad democrática.

En otras oportunidades, el deseo de alcanzar el valor paz ha sido el motor que ha movido algunas de las más grandes Declaraciones sobre Derechos Humanos.¹⁵ El problema tradicional ha sido su efectividad, generalmente confiada a los organismos internacionales como la ONU. Desde luego, los actos de gobierno han estado excluidos tradicionalmente del control jurisdiccional. En nuestro caso eso no es así, pues nadie, ni aun el presidente de la República, está sobre la Constitución. Hemos entendido que el derecho a la paz es un valor fundante de la Nación y constituye la base misma de la «Constitución viva». Desde 1949, cuando convertimos los cuarteles en escuelas, optamos por la paz como mecanismo de la solución de los conflictos. Posteriormente, con la Proclama de Neutralidad Perpetua Activa y No Armada (1983), nos comprometimos en la ONU, mediante un acto unilateral, a no involucrarnos en los conflictos bélicos de otros Estados. Hemos suscrito todas las declaraciones sobre el tema de la ONU, que en nuestro caso son normas jurídicas. En consecuencia, no es de extrañar que cuando un estudiante de tercer año de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica interpuso una acción de inconstitucionalidad en contra del acto subjetivo del Poder Ejecutivo en torno al conflicto

15 Véase la Carta de la Organización de la ONU (art. 1); la Carta de la Organización de Estados Americanos (cap. I, art. 1); la Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz (resolución n.º 39/11 de la Asamblea General de la ONU); Declaración sobre la Inadmisibilidad de Intervenir en Asuntos Internos de los Estados y la Protección de su Independencia y Soberanía (resolución n.º 2131 de la Asamblea General de la ONU, del 21 de diciembre de 1975), entre otras.

bélico desarrollado en Irak, que permitió que Costa Rica fuera incluida en la lista de los países que conforman la coalición que realiza operaciones armadas en dicho país, el caso fuera admitido a estudio por la Sala; y posteriormente declarado con lugar, ordenándosele al presidente de la República no solo a respetar los mecanismos internacionales de solución de conflictos, sino a comunicar a los Estados Unidos que debíamos de ser excluidos de la coalición internacional. El presidente, un día después de la notificación, acató la sentencia de la Sala Constitucional.¹⁶ Desde afuera este caso resulta de estudio obligatorio, no solo por el tema en discusión, sino porque vivimos en un país donde un estudiante puede interponer un recurso de inconstitucionalidad contra el presidente y porque existen además los mecanismos para obligar a replantearse un acto de gobierno en nombre de la paz.¹⁷

IV. CONCLUSIÓN

Los casos comentados solo tienen como finalidad mostrar que el acceso a la justicia constitucional es el pilar sobre el que se levanta el respeto a la dignidad del hombre. La reforma constitucional de 1990 no solo creó una nueva jurisdicción constitucional, sino sobre todo les brindó a nuestros ciudadanos la posibilidad real de exigir algunos de sus derechos humanos básicos. Desde luego, en la balanza siempre es necesario sopesar que muchos de estos mecanismos constitucionales implican que aquellos que detentan el poder lo pierden, pues cada amparo que se declara con lugar significa que alguien está abusando de su poder, o sea, que lo utilizó incorrectamente. Estos últimos siempre verán en el ejercicio del control constitucional —en los derechos humanos y los fundamentales— un freno a la *governabilidad*, concepto más o menos difuso que se utiliza para seguir deteniendo el poder sin responsabilidad alguna.

16 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, sentencia n.º 2004-9992, de las catorce horas y treinta y un minutos del 8 de septiembre de 2004.

17 Igualmente, un costarricense sin necesidad de un juicio previo, invocando el derecho a la paz, interpone un recurso de inconstitucionalidad en contra del decreto ejecutivo n.º 33240-S, que le permite al Estado dar permisos de salud para que sea posible la elaboración de minerales de uranio y torio, así como la de combustible nuclear, la fabricación de reactores nucleares, etc. Todas estas actividades pueden ser utilizadas con fines militares, y por ello, la Sala declara con lugar la acción y se anulan los apartados mencionados (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, sentencia n.º 2008-14193, de veinticuatro de septiembre de 2008).

La jurisdicción constitucional en Guatemala. Defensa del orden constitucional y derechos humanos

Aylín Ordóñez Reyna*

I. RÉGIMEN DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN GUATEMALA

A partir del año de 1965 se creó en Guatemala una Corte de Constitucionalidad como tribunal no permanente, con facultades de ejercer el control general de la constitucionalidad de normas. Poseía una competencia bastante limitada y sus funciones se circunscribían a conocer ocasionalmente del recurso de inconstitucionalidad y, por esa vía procesal, a declarar por mayoría de ocho de sus miembros la inconstitucionalidad de las leyes o disposiciones gubernativas de carácter general que contenían vicio parcial o total de inconstitucionalidad, excluyendo toda intervención respecto al amparo directo, el conocimiento en apelación de esta acción, de la apelación de inconstitucionalidad en casos concretos y de otras materias. En aquel entonces, los tribunales del orden común tenían facultad de actuar como tribunales constitucionales al conocer de las acciones de inconstitucionalidad en caso concreto, como tribunales de amparo, y eran competentes para el trámite de las exhibiciones personales en caso de ser procedentes. La Corte se integraba con doce magistrados; el presidente y cuatro magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y el resto por sorteo efectuado entre magistrados de Salas de la Corte de Apelaciones y de lo Contencioso Administrativo¹.

* Abogada y Notaria por la Universidad Rafael Landívar de Guatemala. Magíster en Derechos Humanos por la citada Universidad. Magíster en Derecho Pluralista Público y Privado por la Universidad Autónoma de Barcelona y doctoranda por esa casa de estudios. Coordinadora de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Rafael Landívar. Letrada de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

1 Artículo 262 de la Constitución Política de la República de Guatemala de 1965.

Respecto de este sistema se ha afirmado que «durante los dieciséis años de existencia del anterior sistema de control judicial de la constitucionalidad de las leyes, la Corte de Constitucionalidad dejó una huella de ineficacia y de frustración institucional. Durante su vigencia únicamente se interpusieron ante ella cinco “recursos de inconstitucionalidad”, de los cuales dos fueron rechazados de plano, dos sin lugar y el único que prosperó se debió a que el interponente era el Ministerio Público por disposición del presidente de la República y en ningún caso se decretó la suspensión provisional de las leyes impugnadas de inconstitucionalidad».²

En el lapso de 1965 a 1982 se produjeron golpes de Estado, gobiernos autoritarios, hubo rompimiento del orden constitucional, lo que provocó que la actual Constitución, promulgada en 1985, en el tránsito hacia un gobierno democrático, posea un contenido altamente garantista hacia la persona humana. Al respecto, señala García Laguardia que: «la obsesión por la garantía de los derechos humanos constituye su preocupación central, lo que aparece en el propio Preámbulo, que indica que el texto se decreta dentro del espíritu constituyente de “impulsar la plena vigencia de los derechos humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernantes y gobernados procedan con absoluto apego al derecho”, lo que hace modificar la estructura general de la tradición constitucional anterior, y poner como contenido de sus dos primeros títulos, los de “la persona humana, fines y deberes del Estado” y “Derechos humanos”. Y además incluir un título especial, el VI, sobre garantías constitucionales y defensa del orden constitucional».³ Dentro del texto de la Constitución se introducen importantes instituciones: la Corte de Constitucionalidad, la Procuraduría de Derechos Humanos y el Tribunal Supremo Electoral, los cuales coadyuvarían con el mantenimiento de la defensa de los derechos humanos y el régimen democrático.

Señala Carmen María Gutiérrez de Colmenares que la Constitución de 1985, para garantizar su supremacía, fue revestida de una serie de mecanismos de protección que aseguran su vigencia.⁴ De esa cuenta, puede señalarse que, en el marco constitucional de 1985, se presenta un sistema de jurisdicción constitucional mixto, pues el concentrado es ejercido por la Corte de Constitucionalidad en lo

2 Mynor PINTO ACEVEDO: *La jurisdicción constitucional en Guatemala*. Guatemala: Serviprensa Centroamericana, 1995, p. 31.

3 Jorge M. GARCÍA LAGUARDIA: *Política y Constitución en Guatemala*. Guatemala: Procuraduría de Derechos Humanos, Fotograbado Llerena, 1996, p. 47.

4 Carmen M. GUTIÉRREZ DE COLMENARES: «Los derechos humanos en el derecho interno y los tratados internacionales. Su protección por la jurisdicción constitucional guatemalteca», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005, p. 602.

que se refiere al conocimiento de las acciones de inconstitucionalidad general, que permite a cualquier persona, con el auxilio de tres abogados, impugnar una norma que estima contraria a la ley suprema, y en caso de acogerse tal pretensión, la disposición impugnada será expulsada del ordenamiento jurídico. Para la promoción de tal acción existe acción popular y no está sujeta a ningún término para su interposición.⁵ Dentro de su trámite se prevé la posibilidad de la suspensión provisional de la vigencia de la norma, cuando a juicio del Tribunal la inconstitucionalidad fuere notoria y susceptible de causar gravámenes irreparables.⁶ En caso de acogerse el planteamiento, se expulsará la norma del ordenamiento jurídico a partir del día siguiente de la publicación de la sentencia en el *Diario Oficial*, salvo que se hubiera suspendido provisionalmente, en cuyo caso los efectos se retrotraen al momento de la publicación de la suspensión provisional. También existe un control de constitucionalidad difuso, ejercido por los Tribunales ordinarios que actúan «en carácter de Tribunales Constitucionales» al serles planteados por cualquiera de las partes en un proceso la «inconstitucionalidad en caso concreto» ante el riesgo de ser aplicable una norma que se estime contraria a la Ley Suprema. La consecuencia de acoger el planteamiento traerá como efecto la declaratoria de «inaplicación» de la norma cuestionada, al caso de que se trate. Las sentencias de inconstitucionalidad en casos concretos son apelables y conoce en segunda instancia la Corte de Constitucionalidad.

En lo referente al amparo puede señalarse que este se entiende en la legislación guatemalteca como la institución jurídico-procesal específicamente encargada de proteger los derechos de las personas contenidos en la Constitución y las leyes ordinarias. Constituye un mecanismo de protección constitucional o de tutela de los derechos fundamentales —con excepción de la libertad física e integridad de la persona, protegibles por vía de la exhibición personal—, el cual asegura el efectivo goce de los derechos humanos reconocidos por la Constitución y demás leyes y los protege de toda amenaza, restricción o violación, por medio de leyes, resoluciones, disposiciones o actos de autoridad que los lesionen.

5 La posibilidad de inexistencia de término para su promoción ha permitido el conocimiento de acciones que denuncian, incluso, leyes preconstitucionales, tales como aquella que sancionaba el delito de adulterio, tipificando como tal la conducta de «la mujer casada que yace con varón que no fuera su marido», por lo que al no sancionar de manera idéntica la conducta del varón, fue impugnada y declarada inconstitucional por lesionar el derecho de igualdad. La sentencia se profirió en 1996; la norma atacada derivaba de un cuerpo legal emitido en 1973.

6 Artículo 138 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

La Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad establece en su artículo 8: «El amparo protege a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o restaura el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y leyes garantizan». De esa cuenta, el amparo se convierte en la garantía constitucional más utilizada, aun cuando existe término —treinta días en la mayoría de casos, y cinco en lo concerniente a materia electoral y durante tal proceso— y debe acreditarse la legitimación activa pues la acción ha de ejercerse por quien sufre un agravio personal y directo. Sin embargo, debe mencionarse que se ha reconocido al procurador de los Derechos Humanos legitimación para defender los derechos difusos de la población y actuar en reclamo de los derechos de los habitantes del Estado. También se reconoce legitimación para actuar en defensa de los derechos estatales al Ministerio Público y a la Procuraduría General de la Nación. El amparo es la garantía constitucional más utilizada debido a varios aspectos, en primer término, al regularse que «no existe ámbito que no sea susceptible de amparo» lo convierte en el mecanismo idóneo para la denuncia de lesiones a los derechos constitucionales, en una gran cantidad de casos, y además, al existir dentro de su tramitación la figura del *amparo provisional* ante la inminencia de un grave riesgo, constituye la garantía adecuada para suspender los efectos agraviantes de un acto o decisión. La competencia para conocer de los procesos de amparo se ha otorgado a jueces de primera instancia, Salas de la Corte de Apelaciones, Corte Suprema de Justicia y Corte de Constitucionalidad. Esta última conoce en única instancia las acciones que se interpongan contra el presidente y el vicepresidente de la República, el Congreso de la República y la Corte Suprema de Justicia, además ejerce el conocimiento en alzada de las sentencias dictadas por el resto de tribunales de amparo, lo que provoca que el conocimiento en segundo grado se centralice en tal tribunal.

Otra garantía constitucional regulada en el sistema jurídico guatemalteco es la exhibición personal, que permite el reclamo contra la detención ilegal o los vejámenes que puedan ocasionarse a quien se encuentra detenido, aun cuando tal detención sea legal. La competencia para conocer de esta garantía se ha asignado a los tribunales de primera instancia, Salas de la Corte de Apelaciones y Corte Suprema de Justicia; por medio de esta se tiene el derecho de pedir la inmediata exhibición ante los tribunales de justicia, con el fin de que se restituya o garantice la libertad o se hagan cesar los vejámenes o termine la coacción a que estuviere sujeto.

El sistema de justicia constitucional en Guatemala a partir de 1985 no ha tenido casi sin ninguna modificación a la ley específica que lo regula, toda vez que únicamente se ha variado el término para la promoción del amparo en materia electoral durante el proceso de elecciones, y las iniciativas de reformas que se han pretendido realizar, en su mayoría, han ido dirigidas a reducir el ámbito de procedencia del amparo, o casos de rechazo de este, ante el mal uso que se ha realizado en ocasiones por litigantes para demorar procesos judiciales por su intermedio. Al ser calificada como una ley constitucional solo se puede reformar con el voto favorable de dos terceras partes del total de diputados y previo dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad, por lo que en una u otra instancia no se han aprobado tales modificaciones. Puede estimarse adecuada la actual regulación de las garantías constitucionales en Guatemala pues, por la amplitud de estas, será por vía del amparo que se reclamen otros derechos que no poseen una garantía específica.

II. ANÁLISIS DE CASOS

Durante los casi 25 años de labores de la Corte de Constitucionalidad —la que inició sus funciones el 9 de junio de 1986—⁷ se ha emitido una amplia cantidad de sentencias, por lo que resulta una compleja tarea seleccionar fallos que durante ese lapso reflejen una especial trascendencia y relevancia para constituir un verdadero aporte a la jurisprudencia, en especial en materia de derechos humanos. Por ello, se seleccionarán sentencias en las que se haya realizado una protección especial al sistema de justicia constitucional y a los derechos humanos, de manera que puedan ser utilizadas como una fuente jurisprudencial para el reclamo de posteriores derechos.

En este contexto se comentará una sentencia que se dictó hace ya casi veinte años, pero que ha sido el fallo de mayor relevancia de la Corte, por haber permitido el mantenimiento del orden constitucional, la vigencia de los derechos humanos

7 La referida Corte, además de conocer acciones de amparo en única instancia, inconstitucionalidades directas, apelaciones de sentencias de amparo, apelaciones en caso concreto, posee competencia para emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado; opiniones de leyes vetadas por el Ejecutivo alegando inconstitucionalidad; conocer y dirimir conflictos de jurisdicción en materia de constitucionalidad y actuar, opinar y dictaminar o conocer de aquellos asuntos de su competencia.

y del sistema democrático. Posteriormente, se analizarán sentencias en las que se han analizado derechos humanos, en particular derechos de la mujer y de poblaciones indígenas.

1. Caso referente a la defensa del orden constitucional y los derechos humanos

En el año 1993, Guatemala se encontraba presidida por Jorge Serrano Elías, quien había sido electo democráticamente, y regía la actual Constitución, la cual poseía en ese entonces solo siete años de vigencia. El 25 de mayo de 1993 el presidente profirió un decreto denominado «Normas temporales de gobierno», el que se iniciaba con el enunciado de que se mantenía la vigencia de la Constitución, pero que se interrumpía la vigencia, temporalmente, de algunas de sus normas, entre ellas, normas de derechos humanos tales como la libertad de acción, detención legal, interrogatorio a detenidos o presos, inviolabilidad de la vivienda, derecho de asilo, derecho de reunión y manifestación, libertad de expresión, tenencia y portación de armas, y legítima resistencia. En lo referente a la parte orgánica, se suspendía la vigencia de las funciones del Congreso de la República, algunas funciones del presidente de la República, las funciones de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte de Constitucionalidad. Asimismo, se establecía la disolución del Congreso de la República, de la Corte Suprema de Justicia, la Corte de Constitucionalidad, el Procurador General de la Nación y el Jefe del Ministerio Público. También se establecía que las funciones legislativas pasaría a poseerlas el presidente de la República, quien nombraría a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y al procurador general de la Nación.

La referida disposición se dio a conocer a primeras horas del día por todos los medios de comunicación, por lo que la Corte de Constitucionalidad se reunió y adoptó la decisión de emitir una sentencia en la que analizó el contenido del decreto proferido por el presidente de la República, y declaró su inconstitucionalidad al considerar que: «Los actos realizados por el presidente de la República antes referidos y los actos que de ellos se deriven, no solo transgreden determinados artículos constitucionales, sino que representan el rompimiento del orden constitucional, situación que no puede pasar inadvertida para esta Corte, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional. Consecuentemente, procede declarar que los actos realizados por el presidente de la República adolecen de nulidad *ipso jure* y, por lo tanto, carecen de toda validez jurídica, por lo que es imperativo para este tribunal hacer la declaratoria corres-

pondiente y dejar sin efecto aquellas disposiciones restableciendo así el orden jurídico quebrantado».⁸

Luego debía darse la publicación de esta en el *Diario Oficial*, para que de conformidad con la previsión de la ley de la materia, perdiera vigencia el decreto cuestionado, y ante la omisión de las autoridades de publicarla, la Corte de Constitucionalidad profirió una segunda resolución en la que requería el apoyo de los ministros de Gobernación y Defensa para que prestaran el auxilio necesario a efecto de publicar el fallo y el retorno a la institucionalidad. El fallo se acató y el 1 de junio de 1993 se profirió un comunicado del Ejército en el que manifestaba que se acataría la sentencia de la Corte de Constitucionalidad, y que habiendo abandonado el cargo el —hasta entonces— presidente de la República, le correspondería asumir al vicepresidente, quien había renunciado, por lo que se hacía un llamado a la Corte de Constitucionalidad para que dirigiera el proceso de retorno a la institucionalidad. La Corte emitió un comunicado en el que se hacía del conocimiento que al haberse acatado la sentencia, la Constitución se hallaba vigente en todas y cada una de sus disposiciones, y que derivado de ello, los diputados del Congreso y los magistrados de la Corte Suprema de Justicia podían reiniciar en sus funciones, pues estaban integrados, y debían cumplir con sus mandatos. Por último, dictó una nueva resolución en la que indicaba que debía seguirse el procedimiento previsto en el artículo 189 de la Constitución para los casos de ausencia de presidente y vicepresidente de la República.⁹

La sentencia relacionada ha sido la de mayor relevancia del Tribunal, pues aun sin solicitud de parte y con un procedimiento *sui generis*, aquel se encontraba ante la encrucijada de dictarla y expulsar del ordenamiento jurídico una normativa a todas luces lesiva de la Constitución Política de la República, o dejar pasar tal situación y esperar la conformación de todo un sistema jurídico amparado en las disposiciones dictatoriales del hasta entonces presidente de la República. Al respecto, señaló el profesor Matthias Herdegen: «La finalidad de la actuación de la Corte sin contar con un mandato expreso, frente a una amenaza vital del orden constitucional y, más aún, frente a la posibilidad de su propia eliminación, sería letra muerta.

8 Corte de Constitucionalidad: *El golpe de Estado del 25 de mayo de 1993 y retorno a la institucionalidad*. Guatemala: Fotopublicaciones, 1995, p. 19.

9 El artículo 189 de la Constitución establece: «*Falta temporal o absoluta del Presidente de la República*. En caso de falta temporal o absoluta del Presidente de la República, lo sustituirá el Vicepresidente. Si la falta fuere absoluta el Vicepresidente desempeñará la Presidencia hasta la terminación del período constitucional; y en caso de falta permanente de ambos, completará dicho período la persona que designe el Congreso de la República, con el voto favorable de las dos terceras partes del total de diputados».

Así la movilización del inciso *i* del artículo 272 restringida a una ruptura frontal del orden fundamental es una aplicación de la norma inspirada en la máxima *ut res maisvaleat quam pereat* [...]. Las declaraciones de la Corte de Constitucionalidad no invaden el campo de las competencias constitucionales de los demás órganos; más aún, protegen la integridad de la delimitación de poderes ya preestablecida». ¹⁰

En cuanto al tema defensa del orden constitucional y de la integración de los organismos del Estado, definitivamente esta sentencia es la que de mejor manera refleja esta protección, habiendo actuado de oficio la Corte de Constitucionalidad y con su sentencia retornado el orden constitucional al permitir la prosecución del actuar del organismo legislativo, del judicial y de la propia Corte, además de la plena vigencia de los derechos humanos. ¹¹

2. La protección de los derechos humanos en la jurisprudencia constitucional y la aplicación del derecho internacional en esa materia

A lo largo de los casi veinticinco años de labores de la Corte de Constitucionalidad, esta ha proferido diversos fallos en los que se realiza una aplicación directa del derecho internacional de los derechos humanos, y con relación al texto del artículo 46 de la Constitución que señala: «Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno», la Corte ha indicado que tal jerarquía permite ingresar a los tratados con rango de norma constitucional que concuerde con su conjunto, pero nunca con potestad reformadora y menor derogatoria, y por ende que poseen superioridad respecto de la legislación ordinaria pero no sobre la Constitución. ¹² También se reiteró el

10 Matthias HERDEGEN: «La Corte de Constitucionalidad como último guardián del orden constitucional: *Negotiorum gestio* para restablecer el equilibrio estatal», en *Defensa de la Constitución, Libertad y Democracia*. Guatemala: Corte de Constitucionalidad, 1994, p. 22.

11 Señala Norbert Lösing que «en su histórica sentencia del 25 de mayo de 1993, la Corte Constitucional actuó de oficio, rompiendo los límites de la jurisdicción constitucional clásica a la que solo se le concede una función de control posterior, puntual. La Constitución de Guatemala no prevé la posibilidad de actuar de oficio sino solo ante una denuncia. Sin embargo, con vistas al conflicto que se desarrollaba fuera del marco constitucional, la pasividad de la Corte habría significado el fin del orden constitucional y del tribunal mismo» (Norbert LÖSING, «El guardián de la Constitución en tiempos de crisis», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2000*, Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer, 2000, p. 146).

12 Véase sentencia de 19 de octubre de 1990 dictada dentro del expediente 280-90 contenido en la *Gaceta Jurisprudencial* n.º 18. De igual manera puede señalarse la opinión consultiva proferida previamente

criterio de que los tratados internacionales en materia de derechos humanos no son parámetro de constitucionalidad.¹³

Si bien en los últimos años se ha venido realizando una amplia aplicación directa de los tratados internacionales en materia de derechos humanos ante la carencia de normas nacionales que regulen la materia en estos desarrollada, debe mencionarse que durante el año 2009 se produjeron resoluciones que de manera taxativa incluyeron a la Convención Americana sobre Derechos Humanos como parte del *bloque de constitucionalidad*, lo que permite estimar que podría ser considerada posteriormente como parámetro de constitucionalidad.

a. Conformación de la Corte Suprema de Justicia

El primer caso se produjo cuando se realizaba la integración de la Corte Suprema de Justicia, pues para Guatemala deben conformarse *comisiones de postulación*,¹⁴ que designan una nómina dentro de la cual el Congreso de la República seleccionará a quienes serán los magistrados de ese organismo. En esa ocasión se cuestionó el proceso de discusión, evaluación y selección de los candidatos a ser incluidos en esa nómina. Por ello se promovió un amparo a efectos de que se dejara en suspenso tal procedimiento, hasta que se realizara en cumplimiento de los mandatos constitucionales y específicamente se verificara la reconocida honorabilidad.

a la ratificación por Guatemala del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de 18 de mayo de 1995, contenida en la *Gaceta Jurisprudencial* n.º 37.

13 Al respecto puede citarse la sentencia de 12 de marzo de 1997 dictada dentro del expediente 131-95, contenida en la *Gaceta Jurisprudencial* n.º 47, la que señala: «Los tratados y convenios internacionales —en cuya categoría se encuentran la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos— no son parámetro para establecer la constitucionalidad de una ley o una norma, pues si bien es cierto el artículo 46 de la Constitución le otorga preeminencia a esos cuerpos normativos sobre el derecho interno, lo único que hace es establecer que en la eventualidad de que una norma ordinaria de ese orden entre en conflicto con una o varias normas contenidas en un tratado o convención internacional prevalecerían estas últimas; pero ello no significa, como se dijo, que las mismas puedan utilizarse como parámetro de constitucionalidad...».

14 De conformidad con lo previsto en el artículo 215 de la Constitución, trece magistrados serán electos por el Congreso de la República de una nómina de veintiséis candidatos propuestos por una comisión de postulación integrada por un representante de los rectores de las Universidades del país, quien la preside, los decanos de las Facultades de Derecho o Ciencias Jurídicas y Sociales de cada universidad del país, un número equivalente de representantes electos por la Asamblea General del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y por igual número de representantes electos por los magistrados titulares de la Corte de Apelaciones y demás tribunales a que se refiere el artículo 217 de la Constitución.

En el marco de ese caso se profirió una resolución en la que se establecía que ese procedimiento debería llevarse a cabo cumpliendo una serie de disposiciones internacionales, entre ellas los Principios Básicos relativos a la Independencia Judicial reconocidos por la Asamblea General de Naciones Unidas, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas, sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, así como tomando en consideración que «la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento internacional que forma parte del bloque de constitucionalidad garantiza la inmunidad e independencia de los jueces, así como el acceso de toda persona a un juez o tribunal competente, independiente e imparcial».

La calificación expresa de la existencia de un bloque de constitucionalidad¹⁵ en el caso del sistema jurídico guatemalteco es un avance en cuanto a la recepción del derecho internacional de los derechos humanos, pues reafirma la jerarquía superior sobre el ordenamiento jurídico, similar categoría que la norma constitucional, por lo que al integrarlos al bloque de constitucionalidad podría permitir posteriormente que sean considerados como un parámetro de constitucionalidad, representa una interesante incorporación en la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad en materia de derechos humanos.

b. Derecho de consulta a las comunidades indígenas

En lo referente a derechos de grupos específicos puede señalarse como de interés el caso en el que se analizó el derecho a la *consulta popular* de las comunidades

15 Respecto del bloque de constitucionalidad en el caso guatemalteco, se ha afirmado que: «en Guatemala el legislador ha guardado silencio al respecto y la Corte de Constitucionalidad no ha integrado dicho bloque en forma expresa. Sin embargo, es preciso advertir que la Corte, sin decirlo formalmente, ha integrado ya, en forma parcial, el bloque de constitucionalidad, pues en algunos de sus fallos se ha referido a una unidad jurídica “compuesta por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros de control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución” [...]. A partir de estos casos, es dable afirmar que la Corte ya ha integrado tácitamente un bloque de constitucionalidad con el texto de la Constitución más los valores y principios que la inspiran. Pero esa integración es tácita, no expresa, como sería lo deseable, pues no incluye aquellas normas del derecho internacional convencional vigentes en el país y que son notables por la protección y el desarrollo que confieren en materia de derechos humanos...» (v. Rodolfo ROHRMOSER VALDEAVELLANO: «Comentarios sobre la tendencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala a no aceptar planteamientos de inconstitucionalidad contra normas ordinarias tachadas de oponerse a disposiciones de tratados vigentes de derechos humanos», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2010*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, p. 541).

indígenas, el cual se produjo como consecuencia de un amparo promovido por poblaciones residentes en un área cercana a aquella en la que se realizarían trabajos de exploración y explotación minera. Los antecedentes del caso refieren que las comunidades indígenas comparecieron ante las autoridades ediles a solicitar la realización de una consulta popular entre los habitantes de las referidas comunidades, a efecto de determinar la conformidad o disconformidad de estas con las obras que se realizaban. En virtud de tal petición se fijó fecha para la consulta, pero después de variar la fecha inicial, se revocó la decisión de consulta, lo que motivó la promoción de un amparo en reclamo del derecho de consulta de las poblaciones indígenas, reconocido en el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (convenio 169 de la OIT).

De esa cuenta, se profirió sentencia el 21 de diciembre de 2009, en la que se inicia con el análisis de la normativa internacional aplicable, relacionándose que en Guatemala se encuentran vigentes el convenio 169 de la OIT, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, asimismo que la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas —aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas—, contó con el voto favorable de Guatemala, el 13 de septiembre de 2007, razón que impone el compromiso internacional del Estado de Guatemala de asumir una posición respecto del derecho de consulta de los pueblos indígenas. Este se expresa en varios componentes: «[...] i) su reconocimiento normativo propiamente dicho y, por ende, su inserción al bloque de constitucionalidad como derecho fundamental, por virtud de lo establecido en los artículos 44 y 46 de la Carta Magna; ii) consecuentemente, la obligación de garantizar la efectividad del derecho en todos los casos en que sea atinente; y iii) el deber de realizar las modificaciones estructurales que se requieran en el aparato estatal —sobre todo en cuanto a la legislación aplicable— a fin de dar cumplimiento a esa obligación de acuerdo a las circunstancias propias del país [...]».¹⁶

16 En la sentencia relacionada se afirma también que el hecho de que en Guatemala exista una débil legislación nacional con relación al tema de las consultas populares no debe ser una barrera para lograr su aplicación, por lo que se citan los tratados internacionales relacionados con la temática y en particular se relacionan las sugerencias para llevar a cabo un proceso de consulta vertidas por el relator especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas al realizar una visita a Chile en el año 2009, y se detallan con base en lo expuesto por él, las etapas que este procedimiento podría seguir en el caso de Guatemala.

En esta parte se introducen varios conceptos de relevancia, pues se menciona que el derecho a la consulta popular, contenido en los tratados internacionales, forma parte del bloque de constitucionalidad según lo previsto en los artículos 44 y 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala. A ese respecto vale la pena señalar que en el primero de ellos se prevé el reconocimiento por la Constitución de aquellos derechos que aunque no figuren en su texto son inherentes a la persona humana, y en el segundo, la preeminencia del derecho internacional de derechos humanos sobre el derecho interno, pero la acepción de bloque de constitucionalidad no ha sido ampliamente utilizada de forma expresa en la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad, ni se ha indicado de tal forma para los tratados internacionales, por lo que puede estimarse un importante avance tal calificativo en el caso concreto. La sentencia relacionada constituye un valioso aporte al tema de derechos de los pueblos indígenas al reconocer a los tratados internacionales referentes a la temática el carácter de pertenecientes al bloque de constitucionalidad, y por otra parte al estimar que la inexistencia de un procedimiento interno no puede convertirse en un obstáculo de su garantía, por lo que aquí con la integración del derecho internacional se detalla el procedimiento que podrá utilizarse en Guatemala para realizar las consultas populares.

c. Discriminación por género

Recientemente también fue dictada una sentencia en la que se eliminó del ordenamiento jurídico la norma que prohibía a la mujer contraer matrimonio sino hasta después de transcurridos trescientos días de disuelto el vínculo anterior, lo que constituía una limitante a su libertad de estado aun cuando se encontrara divorciada. Tal disposición se pretendía mantener vigente en aras de proteger la filiación que pudiera darse en ese lapso. En la declaratoria de inconstitucionalidad se tomó en consideración la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, así como las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en las que se indicó que para garantizar los derechos fundamentales de la mujer era urgente prestar atención a la reforma jurídica y a un mejor acceso a la justicia, adoptando medidas eficaces que reflejaran los compromisos adoptados por el Estado. Así, también se estimó que tal Comisión mencionó expresamente que dentro del Código Civil, en su artículo 89, se seguían creando distinciones basadas en el género en evidente contraposición con las obligaciones estatales de no discriminación e igualdad ante la ley, se acogió el planteamiento y fue eliminada del ordenamiento jurídico tal disposición, lo que también permite apreciar aplicación directa y preeminente del derecho internacional de los derechos humanos.

III. COMENTARIO FINAL

Los fallos antes mencionados permiten apreciar que en los últimos años se ha ampliado la recepción de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, no solo al aplicarse directamente una norma de esta índole sino también al estimarla como constitutiva del bloque de constitucionalidad, lo que resulta muy favorable para la protección de los derechos de los habitantes, quienes ante una protección interna menor pueden acudir a la norma internacional que resulta directamente aplicable en el ámbito interno y con una jerarquía superior a las leyes ordinarias.

SEGUNDA PARTE

Informes por países de jurisprudencia
relevante en materia de justicia constitucional
y derechos fundamentales

SEGUNDO BLOQUE

**FALLOS SIGNIFICATIVOS EN MATERIA
DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN ARGENTINA,
BOLIVIA, BRASIL, CHILE, PERÚ, URUGUAY Y VENEZUELA
2009-2010**

La Corte Suprema argentina y algunos fallos relevantes en materia de derechos fundamentales en el período 2009-2010

Víctor Bazán *

I. CONTEXTO

En el período comprendido en esta reseña (segundo semestre de 2009 y primer semestre de 2010) se reitera la tendencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN o Corte), órgano máximo de justicia constitucional en el país, en punto a describir una trayectoria evolutiva de protección de los derechos fundamentales, resolviendo —en general— de manera adecuada algunos casos difíciles.

Aunque más allá de ello, no puede dejar de alertarse acerca de ciertos hechos preocupantes que se patentizan en el escenario jurídico-político argentino. Nos referimos, para ejemplificar, a las dificultades que el alto tribunal afronta para el cumplimiento operativo de algunos de sus pronunciamientos, v. gr., en el caso *Mendoza* relativo a materia ambiental, sobre el que diéramos cuenta en la anterior publicación de esta colección;¹ una abierta desobediencia de las autoridades de la provincia de Santa Cruz —con algo más que un guiño respaldatorio lanzado desde el Poder Ejecutivo Nacional (PEN)— respecto de las claras órdenes dictadas por

* Profesor titular de Derecho Constitucional y director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Profesor del Curso Intensivo de Posgrado 2011 en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires (UBA).

1 *Mendoza, Beatriz S. y otros c/ Estado Nacional y otros*, de 8 de julio de 2008 (*Fallos*, 331:1622). Véase al respecto Víctor BAZÁN: «Justicia constitucional y protección de los derechos fundamentales en Argentina», en Víctor BAZÁN y Claudio NASH (eds.): *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela*, 2009. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2010, pp. 15-32.

la Corte en el caso *Sosa, Eduardo Emilio c. Provincia de Santa Cruz*,² al que nos referiremos con algún detenimiento en el número subsiguiente de esta publicación; la falta de observancia de las autoridades públicas a determinados pronunciamientos de la CSJN en una materia tan sensible como la movilidad de los haberes previsionales;³ o las amenazas no precisamente subliminales a los jueces inferiores a la Corte en punto a abrirles procedimientos de remoción (por medio de los respectivos jurados de enjuiciamiento) en caso de declarar la inconstitucionalidad de la ley n.º 26522,⁴ denominada «de servicios de comunicación audiovisual», normativa considerada clave por el PEN para continuar presionando a determinados medios de comunicación; etcétera.

En el marco de este necesariamente apretado señalamiento, solo presentaremos sumariamente algunos pronunciamientos de la CSJN en casos dilemáticos, como los que envuelven complejas problemáticas atinentes a la extracción compulsiva de sangre para la obtención del ADN en posibles hijos de personas desaparecidas forzosamente durante el funesto gobierno *de facto* discurrido entre 1976-1983; la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la incriminación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal; la tensión entre el derecho a la vida y el interés del Estado en la persecución de los delitos; y ciertas cuestiones atinentes a la validez constitucional de la citada Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual.

2 Sucintamente mencionaremos que la cuestión se generó cuando el Poder Legislativo de esa provincia dictó la ley n.º 2404 (1995), por medio de la cual eliminó el cargo de procurador general ante el Tribunal Superior de Justicia, el que era ocupado en ese momento por el Sr. Eduardo Emilio Sosa, quien —de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución local— gozaba de estabilidad. Desde entonces, el Sr. Sosa se embarcó en una larga y penosa lucha judicial —que lleva más de una década y media— con sentencias del citado Tribunal Superior provincial, la CSJN y actuaciones en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Las autoridades provinciales se vienen negando sistemáticamente a cumplir los fallos de la CSJN, la que ha dado la razón a la postulación del Sr. Sosa y ha ordenado su restitución en el cargo que ostentaba.

3 Sobre la jurisprudencia de la CSJN en torno al tema de la movilidad de los haberes previsionales y otras cuestiones, véase Víctor BAZÁN: «La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales», en Víctor BAZÁN (dir.): *La judicialización de los derechos humanos*. Lima: Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección Derechos Humanos) - Ediciones Legales, 2009, pp. 257-300.

4 *Boletín Oficial* (BO) de 10 de octubre de 2009.

II. LOS FALLOS SELECCIONADOS Y SU IMPORTANCIA

1. Crímenes de lesa humanidad. Desaparición forzada. Derecho a la verdad. Pruebas para determinar la identidad

a. Apreciaciones contextuales en referencia a los fallos Gualtieri I y Gualtieri II

El sustrato de la cuestión que dio lugar a ambos pronunciamientos de la CSJN (de idéntica fecha: 11 de agosto de 2009) muestra que en definitiva se procuraba determinar la responsabilidad criminal de quienes hasta ese momento eran legalmente los padres de Emiliano Matías Prieto (EMP) y Guillermo Gabriel Prieto (GGP), presuntos hijos de personas detenidas ilegalmente, secuestradas y desaparecidas durante la última dictadura militar (1976-1983).

Los hasta entonces padres legales, Guillermo Antonio Prieto y Emma Elidia Gualtieri de Prieto, estaban imputados de haber participado en la maniobra por la que EMP y GGP fueron sustraídos cuando eran recién nacidos y, posteriormente, fueron alteradas sus respectivas identidades.

Concretamente, se investigaban los delitos de sustracción, retención y ocultamiento de menores de diez años, supresión o alteración de la identidad de un menor de diez años y falsedad ideológica de instrumentos destinados a acreditar la identidad de las personas.

En particular, en *Gualtieri I* se analizaba la validez constitucional de la orden judicial de someter a EMP a una extracción compulsiva de sangre; y en *Gualtieri II* se examinaba la procedibilidad del secuestro (en cumplimiento de una medida de allanamiento del domicilio de GGP) de elementos que, como cepillos de cabellos y de dientes, permitieran establecer, mediante prueba biológica, la identidad de la presunta víctima.

b. Gualtieri I

Se trata de la causa Recurso de hecho deducido por Emiliano Matías Prieto en la causa Gualtieri Rugnone de Prieto Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años (causa n.º 46/85 A)»-⁵ La secuencia del proceso indica que la jueza de primera instancia había ordenado a EMP comparecer al Hospital Durand para

5 Identificada en la CSJN como G.291.XLIII, registrada en Fallos, 332:1835.

someterse a la extracción de una muestra de sangre. Aquel apeló el fallo, recurso que le fue denegado, por lo que interpuso una queja ante la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, la que también fue rechazada. Contra este decisorio, EMP dedujo recurso extraordinario que, al ser desestimado, motivó la presentación directa ante la CSJN. Este tribunal, por mayoría,⁶ revocó la sentencia apelada.

La discusión se centraba en la constitucionalidad de la procedencia de extracción compulsiva de sangre al supuesto sujeto apropiado, con el objeto de obtener una muestra que permitiera establecer los vínculos biológicos.

La Corte sintetizó «provisoriamente» la tensión extrema de valores y principios, del modo que sigue: a) se había cometido un crimen de lesa humanidad y se seguía cometiendo hasta el momento de la sentencia, dada su naturaleza permanente; b) el Estado tenía el deber de sancionarlo, pero al mismo tiempo no era ajeno a su comisión y a la demora de tres décadas en penarlo y en quebrar su continuidad; c) el paso del tiempo había producido efectos en todas las víctimas y la persecución a ultranza del crimen podía acarrear lesiones de carácter irreparable al derecho de la presunta víctima secuestrada, y d) la no investigación del crimen podía lesionar el derecho legítimo a la verdad de las otras víctimas, que eran los familiares del secuestrado y deudos de sus padres (consid. 4°).

Como consecuencia del escenario descrito, el tribunal puntualizó que debía realizar un «juicio de ponderación que mida con extremo cuidado el peso de cada principio en el caso concreto» (cursivas añadidas, consid. 5°).

Entre diversos argumentos, la CSJN —en la moción mayoritaria— entendió que la garantía protegida en el caso de quien, siendo adulto, se niega a una extracción de sangre, es la autonomía en la esfera de la individualidad personal protegida por el artículo 19 de la Constitución nacional⁷ (en adelante CN, consid. 15).

Luego de depurar el marco de tensión de valores y principios sostuvo que «el conflicto a resolver se suscita entre los derechos igualmente legítimos de dos categorías de sujetos pasivos: los de la supuesta víctima secuestrada y los de sus supuestos parientes biológicos» (consid. 17). Al hilo de ello precisó que surgía un

6 La mayoría estuvo compuesta por los doctores Lorenzetti y Zaffaroni; por sus votos se pronunciaron individualmente los ministros Fayt, Petracchi y Argibay; y en sendas disidencias lo hicieron los doctores Highton de Nolasco y Maqueda.

7 Norma que, en su parte pertinente, reza: «Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados [...]».

campo de tensión entre derechos de rango similar, ocurriendo el conflicto cuando la plena satisfacción de un derecho condujera a la lesión de otro igualmente protegido, lo que sucedía en el caso en cuestión pues «si se hace lugar a la búsqueda de la verdad perseguida por la familia biológica, se lesiona la autonomía personal de quien se niega a la extracción de sangre» (consid. 18). Así, a criterio de la mayoría, «la dogmática deductiva no brinda soluciones y debe recurrirse a la ponderación de principios jurídicos» (ídem).

En otras consideraciones, sostuvo que:

- la coerción física sobre la víctima presuntamente secuestrada se evitaría si se agotasen previamente las posibilidades de tomar las muestras de manera no invasiva en el cuerpo de esta (consid. 20);
- la familia biológica «acabaría con su angustia conociendo que el resultado de la prueba fuese positivo en cuanto indicador del vínculo, o sea, que con la comunicación de este resultado quedaría garantizado su derecho a la verdad y desde que adquiriese ese conocimiento también para la familia biológica cesaría la comisión del delito» (consid. 21);
- la víctima secuestrada podría o no informarse de este resultado y, aunque de todas maneras fuese enterada de su identidad, esto no aumentaría el daño psicológico que ya le causaba la propia sospecha o la certeza de que no guardaba vínculo biológico con su familia de crianza (consid. 22); y
- que «ante la evidente imposibilidad de borrar los efectos del tiempo y de eliminar el pasado y ante la tremenda gravedad del conflicto axiológico que esta decisión plantea y el enorme abanico de posibles hipótesis en los casos conocidos y en los que puedan conocerse en el futuro, entiende la jurisdicción haber agotado en esta instancia los recursos jurídicos para hallar la solución menos lesiva, aunque no descarta que ante la pluralidad de lamentables situaciones creadas deba en el futuro evaluar nuevas hipótesis que la imaginación no permite concebir desde la perspectiva de los casos conocidos» (consid. 26).

En suma, por mayoría, dejó sin efecto la sentencia recurrida en cuanto ordenaba la extracción compulsiva de sangre de una persona *mayor de edad* (tema sobre el que volveremos), presunta víctima del delito de sustracción de menores y supresión de estado civil —ocurridos durante la última dictadura militar—, para averiguar su

identidad, toda vez que en la causa no se habían agotado las posibilidades de obtener material genético por medios menos lesivos que la intervención física sobre la víctima, por lo cual resultaría violado el criterio de menor ofensividad (ver consid. 27).

c. Gualtieri II

Se refiere a la misma causa *Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años*.⁸ La plataforma fáctica de la causa muestra que, a partir de un informe del Banco Nacional de Datos Genéticos que indicaba la posibilidad de determinar el ADN por medios alternativos a la extracción sanguínea, la jueza dispuso un allanamiento en el domicilio de GGP para secuestrar diversos efectos de su pertenencia y, cumplida tal medida, ordenó la realización de un estudio pericial sobre los elementos secuestrados tendiente a la obtención de muestra de ADN para los pertinentes estudios de histocompatibilidad.

Contra ese fallo, GGP articuló reposición con apelación en subsidio, que fue rechazada, lo que generó la queja por apelación denegada, que resultó admitida por la Cámara aunque esta desestimó la apelación, confirmando así lo decidido por la magistrada de primera instancia. Contra esta decisión, GGP planteó recurso extraordinario federal que, por mayoría,⁹ fue desechado por la CSJN, dejando firme la sentencia atacada.

Sucintamente presentada la cuestión, el voto que se impuso puede condensarse como sigue:

- los derechos civiles, políticos y sociales que la Constitución Nacional consagra están sujetos a limitaciones o restricciones tendientes a hacerlos compatibles entre sí y con los que corresponde reconocer a la comunidad. Así, tanto el derecho a la intimidad —tutelado por el artículo 19 de la CN—, cuanto los demás, «deben *ponderarse* tanto a la luz de los diversos derechos consagrados por el texto, como en relación con las facultades estatales de restringir su ejercicio, en un marco razonable, para la necesaria eficacia en la persecución del crimen» —énfasis agregado— (consid. 11);

⁸ *Fallos*, 332:1769.

⁹ Los posicionamientos en el tribunal fueron los siguientes: encabezando el fallo, la moción de la doctora Highton de Nolasco; el ministro Maqueda en voto concurrente; los doctores Petracchi y Argibay en disidencias parciales individuales; y los ministros Lorenzetti y Zaffaroni en disidencia parcial conjunta.

- en el caso aparecían enfrentados principios y derechos constitucionales de similar jerarquía, circunstancia que obligaba a los jueces a *ponderar* con extrema prudencia los valores e intereses que coexistían, con el fin de arribar a una solución que conjugara de manera armoniosa aspectos propios de la esfera de la intimidad de las personas, con otros que la trascendían, y acababan por interesar a la sociedad toda (consid. 13);
- se hacía necesario encontrar un punto de equilibrio para «determinar de qué manera puede *materializarse el derecho a la verdad* sin lesionar los derechos de persona alguna o bien, en su caso, a costa de una mínima lesión de las garantías de quienes en la especie son víctimas involuntarias de los hechos» —remarcado agregado— (consid. 14); y
- que «no se observa que la medida en cuestión ocasione la afectación de derechos fundamentales, tales como la vida, la salud, la integridad corporal o la intimidad, ya que las muestras han sido tomadas sin invadir el cuerpo del recurrente, es más, sin siquiera contar con su participación activa, y su utilización tiene por fin la tutela del interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, a través del procedimiento penal, que no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia» (consid. 15).

En síntesis, y a los fines de determinar si el recurrente es hijo de personas desaparecidas durante el último gobierno *de facto*, consideró adecuada la resolución que ordenó el citado allanamiento por cuanto la medida se presentaba como un medio dotado de absoluta idoneidad para arribar a la verdad material, dado el elevado grado de certeza que brindaba, lo que permitía llegar a la verdad objetiva de los hechos investigados en la causa, y terminar con las angustias de quienes aparecían como víctimas del hecho investigado, consagrando el derecho a la verdad y cumpliendo además la obligación del Estado de proteger a las víctimas e investigar y perseguir delitos de extrema gravedad que —como en el caso— habían tenido una honda repercusión social en los últimos tiempos.

Estimó que tal medida no afectaba sustancialmente los derechos a la vida, a la salud, a la integridad corporal y a la intimidad de GGP, ya que existían indicios suficientes que avalaban su producción, guardaba inmediata vinculación con el objeto procesal materia de la causa, resultaba propia del proceso de investigación penal, aparecía como idónea para alcanzar la verdad material de los hechos investigados y porque, además, ni siquiera involucraba acción alguna del apelante, en tanto las muestras a

utilizarse en el examen de ADN habían sido tomadas a partir de una recolección indirecta, ya que al momento de incautarse se hallaban desprendidas de su cuerpo.

d. Consideraciones finales sobre el tema

1. La mayoría de edad del recurrente, considerada en *Gualtieri I*, no es un dato menor ni irrelevante. Es que la causa en cuestión había pasado por la Corte varios años atrás resolviéndose en esa oportunidad que el presunto secuestrado, por entonces menor de edad, *debía ser sometido compulsivamente a la extracción de una muestra de sangre para establecer su identidad*. A pesar del tiempo transcurrido hasta el regreso del expediente a la Corte, la medida no se había efectivizado, variando la situación pues el presunto secuestrado ya era sobradamente mayor de edad y, por ende, se hallaba en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos, y continuaba manifestando su voluntad contraria a aquella medida.
2. Debe recordarse que en una causa anterior *Vázquez Ferrá, Evelyn Karina s/ Incidente de apelación*,¹⁰ de 30 de septiembre de 2003, que se originara en la querrela deducida por la madre de una persona desaparecida durante la citada y aciaga dictadura militar, la CSJN —por mayoría—¹¹ sentó el criterio de conformidad con el cual *se encuentra justificada la negativa de una persona mayor de edad a someterse a la extracción de sangre como medio de prueba para establecer su verdadera identidad*, dado que ello posibilitaría condenar a quienes consideraba sus verdaderos padres y la ley procesal autorizaba a proteger.
3. Al parecer, en algún punto la doctrina sentada en *Vázquez Ferrá* pareciera haber sido modificada en *Gualtieri I*, desde que si bien el tribunal justificaba la negativa del presunto hijo de desaparecidos a someterse a la prueba referida, mayor de edad al momento de la sentencia, en *Gualtieri II* deja abierta la posibilidad de que el examen de histocompatibilidad se lleve a cabo por otros medios no invasivos.

¹⁰ *Fallos*, 326:3758.

¹¹ La mayoría estuvo compuesta por los doctores Belluscio y López; en voto concurrente conjunto lo hicieron los ministros Petracchi y Moliné O'Connor; en voto individual concurrente —aunque prácticamente idéntico al de los dos ministros mencionados en último término— se pronunció el doctor Fayt; en sendas mociones individuales en concurrencia lo hicieron los doctores Boggiano y Vázquez; y finalmente, en disidencia parcial se expresó el ministro Maqueda.

4. En ambas sentencias *Gualtieri* el tribunal parte del presupuesto básico que indica que todos los derechos consagrados constitucionalmente ostentan a priori análoga jerarquía, por lo que decidió acudir al mecanismo de la *ponderación* de tales derechos o principios fundamentales en pugna. Dicho temperamento no habilita a predicar de aquellas resoluciones que hayan fijado parámetros definitivos y de validez universal, sino respuestas específicas para los casos juzgados, pudiendo variar esas soluciones al ritmo de la mutación de las circunstancias fácticas que tipifiquen las nuevas hipótesis que en el futuro pudieran presentarse.

2. Tenencia de estupefacientes para consumo personal. El caso Arriola, Sebastián y otros s/ causa n.º 9.080¹²

Al resolver este caso, el 25 de agosto de 2009, la Corte dio un nuevo giro a su proterea jurisprudencia en torno al controversial tema de la validez constitucional de la figura legal que sanciona la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Esto es, si tal incriminación afecta el principio de reserva o intimidad contenido en el nombrado artículo 19 de la CN.

Sin duda, y como anticipábamos, el movimiento jurisprudencial al respecto ha sido pendular, pues en *Colavini, Ariel Omar*¹³ (de 28 de marzo de 1978) se pronunció a favor de la criminalización; en *Bazterrica, Gustavo M.*¹⁴ y *Capalbo, Alejandro C.*¹⁵ (ambos de 29 de agosto de 1986), por mayoría¹⁶ se separó de tal doctrina; y en *Montalvo, Ernesto A.*¹⁷ (de 11 de diciembre de 1990) retomó —mayoritariamente—¹⁸ a la posición favorable a la incriminación de la tenencia para consumo personal.

Justamente en *Arriola* vuelve a mudar de rumbo, retornando a la doctrina de *Bazterrica*. Es importante señalar que la Corte¹⁹ destacó que «una de las pautas

12 *Fallos*, 332:1963.

13 *Fallos*, 300:254. Votaron coincidentemente los ministros Gabrielli, Rossi, Frías y Daireaux.

14 *Fallos*, 308:1392.

15 *Fallos*, 308:1392.

16 En ambos casos los alineamientos fueron los siguientes: la mayoría se integró con los ministros Belluscio y Bacqué; en voto concurrente se expidió el doctor Petracchi; mientras que en disidencia conjunta lo hicieron los doctores Caballero y Fayt.

17 *Fallos*, 313:1333.

18 La mayoría se integró con los doctores Levene (h.), Cavagna Martínez, Barra, Nazareno, Oyhanarte y Moliné O'Connor; en voto concurrente se pronunció el ministro Fayt; y en sendas disidencias se expidieron los jueces Belluscio y Petracchi.

19 La posición que encabeza el fallo fue suscrita por los doctores Highton de Nolasco y Maqueda; al tiempo que en votos concurrentes individuales se pronunciaron los ministros Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Zaffaroni y Argibay.

básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 fue el de incorporar a los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (artículo 75, inciso 22). Así la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se tuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones».

Asimismo, enfatizó que «este último acontecimiento histórico ha modificado profundamente el panorama constitucional en muchos aspectos, entre ellos, los vinculados a la política criminal del Estado, que le impide sobrepasar determinados límites y además lo obliga a acciones positivas para adecuarse a ese estándar internacional».

Subrayó que «no hay dudas [de] que en muchos casos los consumidores de drogas, en especial cuando se transforman en adictos, son las víctimas más visibles, junto a sus familias, del flagelo de las bandas criminales del narcotráfico», por lo que no parecía «irrazonable sostener que una respuesta punitiva del Estado al consumidor se traduzca en una revictimización» (consid. 19).

En síntesis, en un fallo que despertó varios interrogantes y polémicas (también numerosas adhesiones) recurrió argumentalmente —*inter alia*— a los siguientes nutrientes para sustentar su razonamiento: a) que la incriminación del consumo personal de estupefacientes no disminuyó la magnitud del consumo ni del comercio de estos (consid. 14); b) a la importancia del principio de dignidad del hombre (consid. 18); y c) al principio *pro homine* (consid. 23). Así, sustentándose en lo resuelto en *Bazterrica*, declaró la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley n.º 23737,²⁰ por conculcar el artículo 19 de la CN, en la medida en que invadía la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales y «en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros» (consid. 36).

Por lo demás, exhortó a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento a los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el país.

Todas las referencias que se efectuarán en el texto corresponden a lo que podríamos llamar la moción mayoritaria, constituida por los ministros Highton de Nolasco y Maqueda.

20 BO de 11 de octubre de 1989.

3. Derecho a la vida vs. interés del Estado en la persecución de los delitos. El caso **Baldivieso, César Alejandro s/ causa n.º 4733**²¹

En octubre de 2002, el Sr. César Baldivieso sufrió una fuerte descompostura que lo obligó a concurrir a la guardia de un hospital en la ciudad de Salta (provincia del mismo nombre). Resultó que se había tragado 26 envoltorios de látex que contenían clorhidrato de cocaína, y que le causaron una severa obstrucción intestinal. Si bien pudo expulsar 13 envoltorios por la vía normal, hubo que recurrir a una cirugía para extraerle los restantes.

Presuntamente advertida por los facultativos, la policía recogió los envoltorios y el Sr. Baldivieso fue encausado, procesado y condenado por un tribunal salteño a prisión, multa, inhabilitación y accesorias como autor del delito de transporte de estupefacientes.

Planteado el recurso extraordinario, el mismo fue denegado. En consecuencia, el Sr. Baldivieso acudió en queja directamente ante la CSJN, que sin disidencias (con votos que discurren distintas sendas argumentales aunque la gran mayoría reenvía a la opinión del procurador general),²² el 20 de abril de 2010 admitió el planteo, anuló todo lo actuado y absolvió al recurrente del delito imputado.

Ponderando entre el derecho a la vida y el interés del Estado en la persecución de los delitos, y entre las pautas básicas que conformaron la argumentación de la Corte, cabe subrayar que

- en concreto y en el caso, el tribunal entendió que no se trataba de un conflicto entre la intimidad y el interés del Estado en la persecución de los delitos, sino «nada menos que [...] entre el derecho a la vida y ese interés del Estado» —pues el Sr. Baldivieso enfrentaba un riesgo cierto de muerte—, cualquiera fuera la gravedad de los delitos y sin que cupiera tomar en cuenta distinciones contenidas en disposiciones procesales, pues «esta ponderación no puede resolverse con otra base que la jerarquía de valores y bienes jurídicos que deriva de la propia Constitución Nacional».

21 Identificada como «Recurso de Hecho - B.436.XL».

22 El voto que encabeza el fallo fue suscrito por los doctores Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni; mientras que en voto concurrente conjunto se pronunciaron los ministros Highton de Nolasco y Petracchi y en concurrencia individual lo hizo la doctora Argibay.

- la Corte reafirmó la antigua línea jurisprudencial sentada por la Cámara del Crimen en el Plenario «Natividad Frías» (1966), porque más allá de las distintas razones de la concurrencia al hospital, en aquel como en este caso el procesado se hallaba en la disyuntiva de morir o de afrontar un proceso y una pena, frente al «inhumano dilema: la muerte o la cárcel»;
- reiteró que la «la dignidad de la persona es un valor supremo en nuestro orden constitucional, que es claramente personalista y que, por ende, impone que cualquier norma infraconstitucional sea interpretada y aplicada al caso con el entendimiento señalado por ese marco general»;
- que, «en consonancia con este, el principio republicano de gobierno impide que el Estado persiga delitos valiéndose de medios inmorales, como sería aprovecharse del inminente peligro de muerte que pesa sobre el procesado que acude a la atención médica, mediante la imposición de un deber al médico que lo convierta en un agente de la persecución penal del Estado»; y
- que el «argumento alguna vez esgrimido de que el riesgo de muerte inminente resulta de la propia conducta del procesado es insostenible, pues remite a un *actio libera in causa* que podría llevarse hasta cualquier extremo, dado que son excepcionales los riesgos que en alguna medida no sean previsibles y reconducibles a conductas precedentes».

4. Sobre la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual

a. *Thomas, Enrique c. Estado Nacional Argentino s/ Amparo*²³

El fallo fue pronunciado el 15 de junio de 2010 y la CSJN, por mayoría,²⁴ revocó la sentencia de segunda instancia (confirmatoria de la de primera) que concedió una medida precautoria solicitada por Enrique Luis Thomas (diputado nacional), ordenándose la suspensión de la aplicación y los actos de ejecución de la citada ley n.º 26522, de servicios de comunicación audiovisual, *normativa que*

²³ Causa «T.117.XLVI».

²⁴ La moción que encabeza la sentencia (a la que aludimos en el texto) fue suscrita por los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni. Por su parte, en sendos votos concurrentes se pronunciaron los ministros Petracchi y Argibay.

inocultablemente es considerada vital para los planes y estrategias político-partidistas del oficialismo gobernante.

En otras palabras, cautelar mediante, se suspendía la totalidad de los efectos de dicha ley con fundamento en presuntas irregularidades en el trámite parlamentario, lo que en la percepción del tribunal no respetaba el criterio de razonabilidad ni aparecía como un remedio proporcionado a la naturaleza y la relevancia de la hipotética ilegitimidad que se denunciaba, no solo por la falta de adecuación entre la violación constitucional alegada y la amplitud de la medida, sino también porque la suspensión de la vigencia de toda la ley con efecto *erga omnes* tiene una *significativa incidencia sobre el principio de división de poderes, por lo que su procedencia debía ser evaluada con criterios especialmente estrictos* (consid. 9.º).

Respecto de la legitimación activa del Sr. Thomas, la Corte sostuvo que «no es válida la posibilidad de suspender o incluso derogar una norma legal con efectos *erga omnes*, lo que sin duda no se ajusta al artículo 116²⁵ de la Constitución Nacional. Y ello, se torna más llamativo en el caso si se considera que el actor no representa a la Cámara legislativa que integra ni al pueblo de la Nación (lo que compete a la primera), por lo cual se arribaría [...] al irrazonable resultado de extender una medida judicial a sujetos que no solo no la han solicitado sino que, incluso, podrían no compartirla» (consid. 7.º). Agregó que «el modelo argentino es claramente el difuso o norteamericano en forma pura. En una acción como la precedente, ningún juez tiene en la República Argentina el poder de hacer caer la vigencia de una norma *erga omnes* ni nunca la tuvo desde la sanción de la Constitución de 1853-1860. Si no la tiene en la sentencia que decide el fondo de la cuestión, *a fortiori* menos aún puede ejercerla cautelarmente» (consid. 8.º).

Paralelamente a negar legitimación activa al diputado Thomas, la Corte entendió que la suspensión cautelar de la vigencia de una norma, dispuesta por un tribunal, presuponía que este se atribuyera la competencia para sentenciar en definitiva con idéntico poder, y, dado que ese poder no lo confiere la CN a ningún juez ni tribunal de la Nación, alterando gravemente el modelo de control constitucional de las leyes, *el caso reviste gravedad institucional suficiente a los efectos de la procedencia del recurso extraordinario federal*, con el fin de asegurar la vigencia del sistema consagrado en las normas de máxima jerarquía (consid. 8.º).

25 Cláusula que se refiere a las atribuciones competenciales de la CSJN y los tribunales inferiores de la Nación.

*b. Grupo Clarín y otros S. A.*²⁶

Este fallo, de 5 de octubre de 2010,²⁷ puede ser entendido como una suerte de contrapeso de lo resuelto en *Thomas*, intuyéndose una actitud componedora del tribunal en busca de un equilibrio de los —numerosos— intereses en juego. Así, rechazó el recurso extraordinario deducido contra la sentencia de la Sala I.^a de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, que confirmó parcialmente la sentencia de primera instancia que había admitido la cautelar solicitada por la actora para suspender a su respecto la aplicación de lo dispuesto en el artículo 161²⁸ de la citada ley n.º 26522.

Básicamente, la mayoría²⁹ entendió que no constituía sentencia definitiva o equiparable a tal, a los fines del recurso extraordinario federal, la resolución que suspendió la aplicación de la norma citada, cuyo alcance se encontraba limitado al actor, puesto que *no afectaba la aplicación general de la ley*, con lo cual *no se advertía la gravedad institucional* alegada por el recurrente (Estado nacional), «máxime si se repara en que no demostró —con el rigor que es necesario en estos casos— que el mantenimiento del pronunciamiento que ataca pueda, en las actuales circunstancias, paralizar u obstaculizar la aplicación general del régimen consagrado en la ley 26522» (consid. 5.º). En otras palabras, juzgó que no se había deducido un agravio suficiente que permitiera tener por acreditado que la resolución impugnada ocasionaba al Estado nacional un perjuicio que no fuera susceptible de reparación ulterior (íd. consid.).

²⁶ *Fallos*, 333:1885.

²⁷ Aunque el fallo no queda encuadrado específicamente en las pautas temporales que abarca esta reseña (ya que fue dictado en el segundo semestre de 2010), igualmente se lo ha incluido aquí pues representa una suerte de contrapeso político-jurídico de lo resuelto en *Thomas*.

²⁸ Tal precepto, bajo el rótulo de «Adecuación», establece en su párrafo 1.º: «Los titulares de licencias de los servicios y registros regulados por esta ley, que a la fecha de su sanción no reúnan o no cumplan los requisitos previstos por la misma, o las personas jurídicas que al momento de entrada en vigencia de esta ley fueran titulares de una cantidad mayor de licencias, o con una composición societaria diferente a la permitida, deberán ajustarse a las disposiciones de la presente en un plazo no mayor a un (1) año desde que la autoridad de aplicación establezca los mecanismos de transición. Vencido dicho plazo serán aplicables las medidas que al incumplimiento —en cada caso— correspondiesen».

²⁹ Votaron coincidentemente los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni; mientras que los ministros Petracchi y Argibay, conjuntamente y en línea concurrente con la decisión central desestimatoria propiciada por la mayoría, se limitaron sin mayor fundamentación a desestimar el recurso extraordinario en tanto no se dirigía contra una sentencia definitiva o equiparable a tal —artículo 14 de la ley n.º 48.

El voto mayoritario fue aún más allá, al señalar que si bien la medida no adelantaba decisión sobre la obligación de desinvertir fijada por el nombrado artículo 161, *ibídem*, suspendía el plazo de un año fijado por dicha norma. Agregó que si se tenía en cuenta que la medida se dictó «el 7 de diciembre de 2009 “hasta tanto recaiga pronunciamiento en la acción de fondo a promoverse”, podría llegar a presentarse una situación de desequilibrio», pues «si la sentencia en la acción de fondo demorara un tiempo excesivo, se permitiría a la actora excepcionarse por el simple transcurso del tiempo de la aplicación del régimen impugnado, obteniendo de esta forma por vía del pronunciamiento cautelar, un resultado análogo al que se lograría en caso de que se acogiera favorablemente su pretensión sustancial en autos» (consid. 7.º).

Además, y sustentándose en el voto concurrente de los jueces Cavagna Martínez, Barra y Fayt en *Fallos*, 314:1202,³⁰ llegó a indicar que, «para evitar ese efecto no deseado, se considera conveniente la fijación de un límite razonable para la vigencia de la medida cautelar. Si el tribunal de grado no utilizara *ex officio* este remedio preventivo, la parte recurrente podría promover la solicitud de la fijación de un plazo. Ello es así, pues si la índole provisoria que regularmente revisten las medidas cautelares se desnaturalizara por la desmesurada extensión temporal y esa circunstancia resultare frustratoria del derecho federal invocado, en detrimento sustancial de una de las partes y en beneficio de la otra [...], la parte afectada por aquel mandato tiene a su alcance las conocidas instancias previstas con carácter genérico por el ordenamiento procesal [...], y en su caso la del artículo 14 de la ley 48³¹ ante este estrado, la reparación del nuevo gravamen que se invoque» (énfasis añadido, *id.* consid.).

III. TELEGRÁFICO MENSAJE FINAL

De los fallos someramente revisados, y otros que por razones de brevedad no han podido ser incluidos en la presente reseña, nos da la impresión de que la CSJN intenta dar continuidad al proceso de afianzamiento de su legitimación social en el que está embarcada desde la renovación de sus filas en 2003-2004.

30 Caso *Astilleros Alianza S. A. c. Estado Nacional (P.E.N.) s/ Daños y perjuicios*, de 8 de octubre de 1991. Cabe recordar que la mayoría estuvo compuesta por los doctores Petracchi, Nazareno, Moliné O'Connor y Boggiano; en voto concurrente conjunto (citado en *Grupo Clarín*) se pronunciaron los ministros Cavagna Martínez, Barra y Fayt, y en disidencia lo hizo el juez Belluscio.

Debe advertirse que de todos los magistrados nombrados solo los doctores Petracchi y Fayt continúan actualmente (primer trimestre de 2011) formando parte del tribunal.

31 Publicada en el *RN* 1863-1869, p. 49.

De modo convergente, y en líneas generales, muestra un perfil prudentemente activista para resolver temas controversiales y dilemáticos en materia de derechos fundamentales, sirviéndose del mecanismo de ponderación de principios y valores constitucionales.

En esa línea, como se sabe, la ponderación —asociada al juicio de razonabilidad y particularmente al principio de proporcionalidad— constituye una vía adecuada para formular un «enunciado de preferencia condicionada» o trazar una jerarquía axiológica móvil,³² útil para los específicos casos concretos dirimidos pero que no impide al tribunal diseñar una respuesta distinta si en otros supuestos muda la plataforma fáctica delimitadora.

Asimismo, la Corte se presenta como un tribunal con dosis sustentables de confiabilidad que pareciera luchar por no sucumbir ante los embates y presiones, directos o indirectos, del Poder Ejecutivo nacional, tratando de conducirse con cautelosa entereza en sus siempre complejas relaciones con el poder político.

32 Véase, para ampliar, Luis PRIETO SANCHÍS: «El juicio de ponderación constitucional», en Víctor BAZÁN (coord.): *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, t. I, Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010, pp. 151-178.

Justicia constitucional y derechos fundamentales en Bolivia. Algunos lamentables retrocesos

José Antonio Rivera S.*

I. CONTEXTO

En la I Reunión Regional del Grupo de Estudios sobre Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional (Santiago de Chile, 2009) se reportó que el presidente del Estado Plurinacional de Bolivia en fecha 7 de febrero de 2009 promulgó la Constitución sancionada por la Asamblea Constituyente y refrendada por el pueblo boliviano, mediante referendo realizado el 25 de enero de 2009.

En el referido reporte se puso de manifiesto que, respecto al control de constitucionalidad, que incluye la protección y resguardo de los derechos fundamentales, el constituyente ha mantenido el modelo europeo, con resabios del modelo americano, introduciendo algunas modificaciones importantes con relación a la estructura institucional, al estatuto jurídico del juez constitucional y a la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales.

También se hizo conocer que si bien el modelo de control de constitucionalidad se podría caracterizar como europeo o *kelseniano*, sin embargo no se trata

* Magíster en Derecho Constitucional. Ex magistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia. Presidente del Colegio de Abogados de Cochabamba. 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 Savio 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.

de un modelo puro, pues perviven rasgos y elementos importantes del modelo americano de la revisión judicial, ya que, de un lado, los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria cumplen un papel importante en el control correctivo de las normas, promoviendo de oficio o a instancia de parte el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad en aquellos casos en los que exista una duda razonable sobre la compatibilidad de la ley, con la que dictara sentencia en el proceso judicial que se tramita, con las normas de la Constitución; y, de otro, ejercen el control de constitucionalidad en el ámbito tutelar, conociendo y resolviendo las acciones de hábeas corpus (acción de libertad, en adelante), amparo constitucional, hábeas data (acción de protección de la privacidad, en adelante), acción popular y acción de cumplimiento. Las sentencias emitidas por los jueces y tribunales de referencia son remitidas en revisión de oficio al Tribunal Constitucional.

En la misma reunión se reportaron algunas sentencias constitucionales destacadas que constituyen un significativo avance en el proceso de protección efectiva de los derechos fundamentales frente al ejercicio ilegal e indebido del poder político.

Por otro lado, en la II Reunión Regional del Grupo de Estudios sobre Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional (Montevideo, 2010) reporté que en el Estado Plurinacional de Bolivia, durante la gestión 2009, el Tribunal Constitucional no desarrolló su labor jurisdiccional debido a que la totalidad de los cargos de magistrados (titulares y suplentes) quedaron en acefalía y el Congreso Nacional no procedió a la designación respectiva.

Asimismo se reportó que la nueva Asamblea Legislativa Plurinacional expidió la Ley n.º 003 de Necesidad de Transición a los nuevos entes del órgano judicial y el Ministerio Público, misma que otorgó al presidente del Estado facultad extraordinaria para designar interinamente a los magistrados del Tribunal Constitucional, y a estos la función de liquidar los expedientes acumulados desde agosto de 2007 hasta el 6 de febrero de 2010.

Por decreto presidencial n.º 0432, de 17 de febrero de 2010, el presidente del Estado procedió a designar a los magistrados titulares y suplentes interinos, sin que la selección de los profesionales designados hubiese estado precedida de algún concurso público de méritos y exámenes de competencia u oposición.

Una vez posesionados en sus cargos los magistrados designados por decreto presidencial, el Tribunal Constitucional reinició sus labores jurisdiccionales, habiéndose emitido la primera sentencia constitucional, signada con el n.º 001/2010-R, el 25 de marzo de 2010.

II. SENTENCIAS DE 2010

En el presente informe corresponde presentar la jurisprudencia constitucional de mayor relevancia emitida por el Tribunal Constitucional de Bolivia en materia de derechos fundamentales durante el año 2010.

A ese efecto se han seleccionado determinaciones adoptadas por el Tribunal Constitucional que lamentablemente no constituyen una evolución positiva en el proceso de judicialización de los derechos fundamentales; al contrario, lamentablemente generan un retroceso ya que vacían de contenido el control normativo de constitucionalidad que dará lugar a que muchas disposiciones legales que violan derechos fundamentales se sustraigan al control de constitucionalidad.

En ese orden de cosas, es importante advertir que el Tribunal Constitucional ha cerrado la posibilidad de someter a control concreto de constitucionalidad disposiciones legales por vía del recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, al determinar por vía jurisprudencial la improcedencia del control en ejecución de sentencias, en la sustanciación de acción de amparo constitucional y en la etapa preparatoria de la acción penal.

1. La improcedencia del control concreto de constitucionalidad en ejecución de sentencias

En el ámbito del control de constitucionalidad de las normas, en el sistema constitucional boliviano se han previsto dos vías, la directa o abstracta y la indirecta o concreta.

El control concreto de constitucionalidad se lo ejerce por la vía del recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, que según la norma prevista por el artículo 59 de la ley n.º 1836 del Tribunal Constitucional, ahora artículo 109 de la ley n.º 027, procede «en los procesos judiciales o administrativos, cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial aplicable a aquellos procesos. Este recurso será promovido por el juez, tribunal o autoridad administrativa, de oficio o a instancia de parte».

Según la norma prevista por el artículo 61 de la mencionada ley, ahora artículo 111 de la ley n.º 027, el recurso «podrá ser presentado por una sola vez en cualquier estado de la tramitación del proceso judicial o administrativo, aun en recurso de casación y jerárquico, antes de la ejecutoria de la sentencia».

Realizando una interpretación literal y restringida de la norma prevista por el artículo 61 de la ley n.º 1836, el Tribunal Constitucional, mediante su SC 276/01,

de 13 de agosto, asumió la posición de restringir la procedencia del recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad en ejecución de sentencia, con el argumento de que la disposición legal que presente indicios de incompatibilidad con la Constitución ya fue aplicada en sentencia, y estando ejecutoriada esta, ya no tendría un efecto jurídico la decisión emitida por el Tribunal Constitucional para el caso concreto; se desconoció con dicho argumento que en ejecución se aplican disposiciones legales procesales que no son aplicadas en el proceso principal, y que dichas disposiciones legales son incompatibles con la Constitución. Esta posición restrictiva fue reiterada en la SC 0010/2002, de 30 de enero, sentencia constitucional que motivó un voto disidente que expresó su discrepancia de la posición asumida por mayoría, argumentando que «en un Estado democrático de derecho estructurado sobre la base de los valores supremos y principios fundamentales, entre ellos el principio de la supremacía constitucional, ninguna norma jurídica que tenga signos de incompatibilidad con la Constitución Política del Estado puede sustraerse al control de constitucionalidad». Posteriormente esa posición fue reconsiderada y modificada por el Tribunal Constitucional, de manera que mediante auto constitucional AC 236/2004-CA, de 21 de abril, admitió un recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad promovido en ejecución de sentencia y se mutó la jurisprudencia constitucional que restringía esa procedencia mediante la SC 0057/2004, de 23 de junio.

El Tribunal Constitucional, mediante auto constitucional 0337/2010-CA, de 15 de junio, ha reconducido la jurisprudencia constitucional que, sobre la base de una interpretación extensiva del artículo 61 de la ley n.º 1836, desde y en conformidad con la Constitución, había establecido la procedencia del control concreto de constitucionalidad de disposiciones legales en ejecución de sentencia por vía de recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad.

Para «reconducir» la jurisprudencia constitucional permisiva de la procedencia del control concreto de constitucionalidad en ejecución de sentencia y determinar su improcedencia de este control, el Tribunal Constitucional ha expuesto la siguiente argumentación: «desde una interpretación teleológica, el incidente de inconstitucionalidad tiene por finalidad que el sujeto procesal, es decir, las partes esenciales del proceso, tengan la facultad de que su situación jurídica sea definida en un plano de certeza y en aplicación de normas, que guardan coherencia con el orden constitucional, y el límite es la cosa juzgada, dado que solo puede hacerse uso de dicha facultad, hasta antes de la ejecutoria, a objeto de que no sea utilizado como mecanismo de dilación procesal. Si se admitiese en ejecución de sentencia, se postergaría y se pondría en duda la decisión y básicamente la ejecución de la

misma, adoptada por una autoridad competente, que actuó en representación del Estado». Luego, haciendo una referencia a la jurisprudencia constitucional que dio lugar a la procedencia del control concreto de constitucionalidad en ejecución de sentencia, ha concluido señalando que ese «entendimiento contraviene a los principios de legalidad, seguridad jurídica y celeridad, que por previsión constitucional, son la base de la potestad de impartir justicia, emanada del pueblo boliviano, tal cual prevén los artículos 178.I y 180 de la CPE».

Esta posición restrictiva de la procedencia del control concreto de constitucionalidad en ejecución de sentencia ha sido reafirmada y consolidada mediante los autos constitucionales siguientes: AC 0338/2010-CA, AC 0384/2010-CA, AC 0393/2010-CA y AC 0557/2010-CA.

La posición asumida por el Tribunal Constitucional lastimosamente ha mutilado el control concreto de constitucionalidad sobre las disposiciones legales, y los argumentos expuestos no son muy sólidos y consistentes por las siguientes razones:

- a. porque desconoce la naturaleza jurídica, los fines y objetivos del sistema de control de constitucionalidad adoptado por el Estado boliviano, desde la reforma constitucional de 1994 y reiterado en la última reforma constitucional;
- b. porque desconoce que en un Estado constitucional de derecho, configurado sobre la base de los valores supremos y principios fundamentales, entre ellos el principio de la supremacía constitucional, ninguna norma jurídica que tenga signos de incompatibilidad con la Constitución puede sustraerse al control de constitucionalidad, por razones estrictamente procedimentales;
- c. porque desconoce que uno de los rasgos esenciales del tránsito que ha encarado el Estado boliviano del sistema político de Estado legislativo de derecho a Estado constitucional de derecho es que, superando el principio de legalidad, se afirma el principio de supremacía constitucional lo que significa una impregnación de las normas de la Constitución a todo el ordenamiento jurídico; por lo tanto, no puede sostenerse que la procedencia del control concreto de constitucionalidad en ejecución de sentencia contraviene el principio de legalidad;
- d. porque se ha realizado una aplicación del texto literal del artículo 61 de la ley n.º 1836, y no se ha realizado una interpretación desde y en conformidad con la Constitución, su sistema de valores supremos y principios fundamentales, como correctamente debió obrar el Tribunal Constitucional; y

- e. porque al no haber interpretado la norma prevista por el artículo 61 de la ley n.º 1836, no ha entendido que esta no impone una prohibición a la procedencia del control concreto de constitucionalidad en ejecución de sentencia; lo que sucede es que, en coherencia con las condiciones de admisión previstas por el artículo 59 de la misma ley, ha definido la oportunidad en que debe promoverse el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad en la tramitación de la causa principal del proceso judicial, definiendo que se lo haga hasta antes de que se ejecute la sentencia en la que deberá aplicarse la disposición legal que presenta indicios de incompatibilidad con la Constitución, ello porque, por previsión expresa de la Constitución la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una disposición legal no tiene efecto retroactivo y no podría dar lugar a la revisión de una sentencia ejecutoriada en la que se hubiese aplicado; en consecuencia, la norma prevista por el artículo 61 de la ley n.º 1836, debe ser entendida en ese sentido y no como una limitante para promover el recurso en la fase de ejecución de sentencia, pues si en esta fase la autoridad judicial tiene que adoptar una decisión (auto interlocutorio definitivo), en la que debe aplicar una disposición legal sobre cuya inconstitucionalidad existe duda razonable, por extensión es perfectamente viable, legítimo y legal el derecho del legitimado para promover el recurso, ya que ninguna disposición legal incompatible con la Constitución puede sustraerse al control de constitucionalidad por el solo hecho de que se tiene que aplicar en ejecución de sentencia y no en la resolución de la causa principal.

En definitiva, con la posición asumida y la «reconducción» de la jurisprudencia constitucional realizada, el Tribunal Constitucional ha impuesto la restricción del derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva.

2. La improcedencia del control concreto de constitucionalidad en la sustanciación de acción de amparo constitucional

Mediante el auto constitucional AC 0258/2010-CA, de 26 de mayo, el Tribunal Constitucional ha asumido la posición restrictiva de la procedencia del control concreto de constitucionalidad, por vía de recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, en la sustanciación de la acción de amparo constitucional.

Los argumentos expuestos por el Tribunal Constitucional para sustentar la mencionada posición son los siguientes:

- a. la acción de amparo constitucional es de rango constitucional y extraordinario, de tramitación especial y carácter sumarísimo, de única y última instancia, es decir que su procedimiento difiere de los procesos ordinarios;
- b. al permitirse la presentación, independientemente del rechazo o admisión de esta, del recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, dentro de la acción de amparo, se provoca una atrofia procesal que deja rezagados a los derechos fundamentales, que dicho sea de paso, están lesionados, suprimidos o amenazados, y que por ello se buscó la tutela inmediata; y
- c. de permitir la interposición de un incidente constitucional dentro de una acción de defensa de derechos fundamentales como es la acción de amparo, se ataca y contraviene el principio de inmediatez proclamado constitucional y jurisprudencialmente, colocando en segundo plano a la acción tutelar, puesto que debe esperar a que de manera previa se resuelva el incidente de inconstitucionalidad que conlleva un nuevo y propio trámite que contiene consulta y resolución de este Tribunal y mientras tanto los derechos y garantías vulnerados quedan en espera, siendo que muchas veces estos derechos fundamentales por circunstancias no atendidas en tiempo oportuno provocan consecuencias irreversibles, convirtiéndose por el transcurso del tiempo en una acción ineficaz.

Con esa determinación implícitamente se modificó la posición permisiva del control concreto de constitucionalidad en la sustanciación de la acción de amparo constitucional, y se mutó la jurisprudencia establecida por la SC 0664/2003-R, de 19 de mayo.

Posteriormente, por auto constitucional AC 0263/2010-AC, de 26 de mayo, confirmó esta posición restrictiva y expresamente mutó la jurisprudencia establecida en la SC 0664/2003-R, de 19 de mayo, exponiendo los siguientes argumentos:

- a. la acción de amparo está exenta de todo incidente y actitud dilatorias de las partes o de terceros, situación que también debe ser observada por el juez o tribunal de garantías; de no ser así, y permitirse acciones o incidentes judiciales dilatorios, esta acción de rango constitucional pierde eficacia y deja de ser una garantía constitucional de respeto y vigencia de los derechos fundamentales; y
- b. no es posible seguir en dicho entendimiento jurisprudencial al ser contrario al orden constitucional vigente, por tanto a través del presente auto constitucional

se cambia dicha línea jurisprudencial debiendo entenderse que, dada la naturaleza jurídica y los derechos tutelados por la acción de amparo constitucional, no es posible la interposición del recurso o acción indirecta o incidental de inconstitucionalidad; el cual, en caso de ser presentado, ante los jueces y tribunales de garantías, sea antes o en audiencia, corresponderá ser rechazado *ad portas*, es decir, de inmediato, sin que la autoridad jurisdiccional analice si contiene o no lo exigido por el artículo 60 de la LTC, corra en traslado el incidente y menos envíe en consulta ante el Tribunal Constitucional, ya que una vez admitido el recurso de amparo, conforme los artículos 100 y 101 de la LTC, corresponde fijar día y hora de audiencia, la cual deberá realizarse indefectiblemente hasta concluir con el pronunciamiento de la resolución final (sic).

Esta posición restrictiva asumida por el Tribunal Constitucional contribuye a vaciar de contenido el control concreto de constitucionalidad y vulnera el derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva de aquellas personas que, siendo víctimas de la restricción ilegal de sus derechos fundamentales por una disposición legal, no pueden someterla a un control concreto de constitucionalidad.

Los argumentos expuestos por el Tribunal Constitucional para sustentar su posición son poco razonables, por las siguientes razones:

- a. porque en un Estado constitucional de derecho ninguna disposición legal se puede sustraer al control de constitucionalidad; con la posición asumida se da lugar a que las disposiciones legales que restringen derechos fundamentales sí se sustraigan del control, lo que dará lugar a que en una acción de amparo constitucional se deniegue la tutela demandada aplicando la disposición legal que restringe el derecho invocado;
- b. si bien es cierto que la acción de amparo constitucional, dada su naturaleza tutelar, en su configuración procesal está exenta de incidentes y acciones dilatorias, no es menos cierto que un control concreto de constitucionalidad *per se* no es un incidente dilatorio; pues si el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad es promovido de manera correcta, cumpliendo con los requisitos y condiciones de admisión, en un caso en el que la disposición legal que será aplicada en la sentencia que emita el Tribunal de Amparo genere duda razonable sobre su compatibilidad con la Constitución, no puede considerarse como un incidente dilatorio; otra cosa diferente es que si alguna de las partes pretende utilizar este recurso como un incidente dilatorio sin cumplir con los requisitos de procedencia y las condicio-

nes de admisión, el Tribunal de Amparo no imprima el trámite de rigor previsto por la ley n.º 1836, al contrario devuelva la solicitud de parte por falta de objeto y materia, con lo que no se ocasionará ninguna demora en el trámite de la acción de amparo constitucional, pero no por ello se puede asumir la posición de señalar que de manera general no procede el control concreto de constitucionalidad en la sustanciación de la mencionada acción tutelar;

- c. para el caso de que el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad sea promovido cumpliendo con los requisitos de procedencia y las condiciones de admisión, queda claro que el Tribunal de Amparo deberá aplicar medidas cautelares para evitar que los efectos de la resolución o acción ilegal denunciada en la acción de amparo constitucional cause daños irreparables o irremediables, entretanto se sustancie el control concreto de inconstitucionalidad, cuyo trámite no debe ni tiene por qué durar meses y años, ya que, de cumplirse los plazos procesales, en no más de cincuenta días el Tribunal Constitucional debe emitir la sentencia constitucional respectiva; y
- d. si bien es cierto que la acción de amparo constitucional está configurada sobre la base del principio de inmediatez, para otorgar una protección inmediata a los derechos fundamentales restringidos o suprimidos por actos o decisiones ilegales o indebidas, no es menos cierto que esa protección tiene que ser material; ahora bien, puede presentarse el caso de que exista una disposición legal que determina la restricción del ejercicio de un derecho fundamental, así por ejemplo la legislación procesal civil que permite la restricción irrazonable del derecho a la propiedad privada al prever la subasta pública de un inmueble sobre la base del valor catastral que no refleja el valor comercial, la autoridad judicial restringe el derecho aplicando la disposición legal, entonces cuando se impugne la decisión judicial por vía de la acción de amparo constitucional, el Tribunal de Amparo denegará la tutela solicitada porque la decisión judicial está respaldada por una disposición legal, entonces para lograr la tutela es necesario someter previamente a control concreto de constitucionalidad esa disposición legal procesal.

3. La improcedencia del control concreto de constitucionalidad en la etapa preparatoria de una acción penal

Por auto constitucional AC 0315/2010-CA, de 9 de junio, el Tribunal Constitucional ha asumido la posición restrictiva de la procedencia del control de constitucionalidad

en la etapa preparatoria de una acción penal, modificando la jurisprudencia constitucional que había sido establecida anteriormente mediante el auto constitucional AC 0113/2006-CA, de 7 de marzo.

Para sustentar la posición asumida, el Tribunal Constitucional ha expuesto los siguientes argumentos:

- a. el momento en el que se va asumir una decisión dentro del procedimiento penal, será en la etapa del juicio propiamente dicho (oral y público), tal cual lo conceptúa plenamente el artículo 329.º del CPP;
- b. al ser esta la instancia del juicio oral y público donde se va a tomar la decisión del proceso penal, es en esta donde corresponde la interposición del recurso, su conocimiento o promoción, sin obviar conforme lo dispone el artículo 61 de la LTC, que también puede ser promovido en recurso de casación antes de la ejecutoria de la sentencia;
- c. en observancia de los principios de legalidad y seguridad jurídica, corresponde reconducir dicho entendimiento jurisprudencial [la jurisprudencia establecida en el AC 0113/2006-CA], toda vez que en la fase decisoria del proceso penal la autoridad que tiene a su cargo dicha fase son los jueces o el tribunal correspondiente;
- d. el presente tipo de recurso no procede en la etapa preparatoria del proceso penal, por ende, al haber el solicitante de la demanda pedido que este se promueva en la primera etapa del proceso, se ha incumplido con lo preceptuado en el artículo 59 de la LTC; y
- e. en los casos en que el presente incidente de inconstitucionalidad sea planteado a instancia de parte ante los fiscales a cargo de la investigación durante la etapa preparatoria, al no darse los presupuestos mínimos de procedencia, corresponde el rechazo *ad portas* sin que sea necesario correr traslado, tampoco admitir o elevar en consulta ante este Tribunal, debiendo proseguir con el proceso investigativo.

Esta posición restrictiva se confirmó mediante auto constitucional AC 0394/2010-CA, de 30 de junio, y ya vacía de contenido el control concreto de constitucionalidad, toda vez que considerando las restricciones anteriormente referidas, inviabiliza la posibilidad de someter a control de constitucionalidad disposiciones legales que en su aplicación a la resolución de un caso concreto presentan

vicios de incompatibilidad con la Constitución. Con ello se consuma la violación del derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva.

Cabe señalar que los argumentos expuestos por el Tribunal Constitucional para sustentar su posición son poco razonables, por las siguientes razones:

- a. no es evidente que en una acción penal el momento en que se adoptará una decisión solamente será en la etapa del juicio oral, pues en la etapa preparatoria se adoptan decisiones de diferente orden. Así, el juez cautelar asume decisiones definitivas aplicando disposiciones penales sustantivas o procesales, tales como las que resuelven las excepciones, las que aplican medidas cautelares o su sustitución, las que declaran la extinción de la acción penal, las que deniegan o revocan la solicitud de ampliación de la etapa preparatoria en delitos relacionados con organizaciones criminales, las que resuelven la suspensión condicional del proceso. Por su parte, el fiscal de materia adopta la determinación de rechazar la denuncia o de presentar imputación formal, la de disponer el sobreseimiento del imputado o presentar acusación formal, decisiones en las que aplica disposiciones legales penales sustantivas o procesales;
- b. si una de las condiciones de admisión del recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad es la vinculación necesaria entre la validez constitucional de la disposición legal aplicable, vale decir que la decisión que se adopte en el proceso judicial dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial aplicable en el proceso, no es razonable sostener el argumento de que solo en la etapa del juicio oral público se puede promover el recurso y no en la etapa preparatoria, toda vez que la disposición legal que presenta indicios de incompatibilidad con la Constitución será aplicada al resolver una excepción o la procedencia de una medida cautelar, en cuyo caso no puede solicitarse se promueva el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad recién en la etapa del juicio oral, donde se dictará la sentencia sobre el fondo de la causa, no sobre la excepción ni la aplicación de medidas cautelares;
- c. no existe en la ley n.º 1836 norma alguna que establezca la restricción impuesta por el Tribunal Constitucional, de manera que la posición asumida resulta absolutamente ilegal y desconoce la naturaleza del control de constitucionalidad. Cabe reiterar que en un Estado constitucional de derecho ninguna norma se puede sustraer al control de constitucionalidad; y

- d. con la restricción impuesta por el Tribunal Constitucional se dará lugar a la aplicación de disposiciones legales que violan derechos fundamentales, como el debido proceso, la libertad física o la legalidad penal, como es el caso de la ley n.º 007 que prevé el juzgamiento en rebeldía, o la suspensión de los jueces a la sola presentación de la imputación formal; o el caso de la ley n.º 004, que prevé la aplicación retroactiva de normas sustantivas que crean nuevos tipos penales y que agravan las penas a otros tipos penales ya creados anteriormente.

III. CONCLUSIONES

De las resoluciones seleccionadas y reportadas, a manera de conclusiones se puede inferir lo siguiente:

- En primer lugar, el Tribunal Constitucional utiliza como criterios básicos para realizar la interpretación constitucional el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica, desconociendo el principio de supremacía constitucional.
- En segundo lugar, la posición adoptada y la mutación jurisprudencial realizada por el Tribunal Constitucional vacía de contenido el control concreto de constitucionalidad que debe desarrollarse por vía del recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, hoy acción de inconstitucionalidad concreta; dando lugar a que en los procesos judiciales se apliquen disposiciones legales incompatibles con la Constitución y su sistema de valores supremos, principios y derechos fundamentales.
- En tercer lugar, la jurisprudencia reportada paradójicamente constituye una grave vulneración del derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva; por lo tanto, constituye un grave retroceso en el proceso de judicialización y protección efectiva de los derechos fundamentales en el Estado Plurinacional de Bolivia.

Justiça constitucional dos direitos fundamentais no Brasil: Report 2009-2010*

Leonardo Martins**

I. O CONTEXTO

Não houve mudanças significativas no contexto normativo e institucional no sistema constitucional de controle normativo brasileiro em relação aos fatores já apresentados na última coletânea publicada no ano passado. Só pode ser observada uma tendência, já apontada na ocasião, ao incremento do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal (STF), que cumpre o papel de corte constitucional na ausência desta propriamente dita. Fator privilegiado desse ativismo, que chega – e por vezes até o ultrapassa – ao limite ínsito ao princípio da separação de funções ou «poderes» estatais é a possibilidade de edição das chamadas súmulas vinculantes introduzida pela EC 45/2004 a partir de certos requisitos que nem sempre vêm sendo cumpridos.

O resultado geral é uma transferência de parte da responsabilidade política do Congresso Nacional para o STF, que acaba funcionando, em alguns casos muito relevantes, como terceira câmara legislativa, sem contar para tanto nem com legitimidade democrática direta nem com a imprescindível competência outorgada pela Constituição Federal.

* Colaboraram com a busca e seleção dos casos aqui apresentados, além de na redação de relatórios preliminares, os seguintes membros da base de pesquisa «Constituição Federal Brasileira e sua Concretização pela Justiça Constitucional», da UFRN, por mim coordenado: Daniel Ricarte, Fabrízia Pessoa, Guilherme Arruda, Jair Soares, Renato Fonseca e Viviane Salviano. A eles 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-doutorados 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 da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor visitante da Humboldt-Universität zu Berlin e diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais (IBEC).

Essa tendência pode ser percebida em três das quatro decisões abaixo. Elas são representativas para uma síntese do desenvolvimento da «justiça constitucional dos direitos fundamentais» no Brasil no período em pauta, precípuo escopo da presente publicação.

II. ÚLTIMAS DECISÕES RELEVANTES DO STF

1. Lei de anistia (ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau)

Em 29 de abril de 2010, o STF julgou improcedente, por maioria, uma arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), cujos objetos eram a vigência da Lei de Anistia de 1979 (direito pré-constitucional) sob a ordem constitucional instaurada em 1988 e o alcance da interpretação da definição legal do conceito de «crime correlato» (ao político).

a. Síntese do caso/procedimento e direitos fundamentais envolvidos

Próximo ao término da ditadura militar no Brasil, em 1979 o Congresso Nacional promulgou a Lei 6.683, conhecida como Lei de Anistia, que anulava todos os crimes políticos e correlatos cometidos por militares e militantes da oposição ao regime no período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. Em 27 de novembro de 1985, foi aprovada a EC 26, que, além de convocar a Assembléia Constituinte para fevereiro de 1987, nos seus art. 4º ss. corroborou a concessão de anistia nos mesmos moldes que a lei fizera já em 1979.

Em outubro de 2008 a Ordem dos Advogados do Brasil, por meio de seu Conselho Federal, ajuizou junto ao STF a ADPF¹, a fim de ver declarada a não-recepção, pela ordem constitucional vigente, do art. 1º da Lei 6.683 de 19 de dezembro de 1979². No mérito, o conselho Federal da OAB atacou, precipuamente, a

1 Sobre o juízo de admissibilidade deste instrumento do controle normativo abstrato, a Lei 9.882/99 define, entre outros, em seu art. 1º, § único que «cabera também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - Quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluindo os anteriores à Constituição». A OAB enxergou presente a condição da relevância da controvérsia porque haveria divergência quanto ao entendimento do alcance e aplicabilidade da Lei da Anistia.

2 Art. 1º da Lei 6.683/79: É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes [...].

interpretação (extensiva) da Lei da Anistia, que teria o condão de violar preceitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III CF), o princípio democrático e republicano (art. 1º caput c.c. art. 1º, § único da CF), bem como os direitos fundamentais da vedação de tortura (art. 5º, III CF) e o direito fundamental prestacional a informações de interesse particular, público ou geral sob domínio de arquivos estatais (art. 5º, XXXIII CF). Em seu pedido, o arguente requereu, subsidiariamente, que o STF realizasse uma interpretação conforme a Constituição para o efeito de a anistia não se estender aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos durante o regime militar.

Como toda Lei de Anistia, a Lei 6.683 visava a beneficiar os acusados em geral pelos chamados crimes políticos e correlatos de ambos os lados do conflito. Deveriam ser, portanto, trazidos à pauta também os preceitos e direitos fundamentais potencialmente atingidos por uma eventual declaração de não-recepção pela ordem constitucional vigente da Lei de Anistia.

Esses direitos fundamentais seriam principalmente de duas naturezas:

- Princípios jurídico-objetivos, como o princípio do Estado de direito que envolve a confiança, certeza e segurança jurídicas, e
- Direitos fundamentais individuais, dos acusados, à liberdade (art. 5º, «caput» CF), que, como direito fundamental subsidiário, engloba também aspectos da autonomia individual constituintes do livre desenvolvimento da personalidade, que, se de um lado da trincheira sócio-política engloba o reivindicado direito à memória, de outro abarca também o direito ao esquecimento [de condutas individualizadas, não da «verdade histórica»] e as garantias processuais individuais, como segurança jurídica (art. 5º «caput»), e garantias constitucionais, como a garantia da irretroatividade das leis penais do art. 5º, XL CF.

b. Problemática e encaminhamento da solução

Do ponto de vista estritamente político, trata-se de um balanço tardio da ditadura militar. Tardio porque os prováveis algozes atuaram, com notória desenvoltura sem que tivessem limites legais minimamente eficazes, especialmente

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

entre os anos 1969 e 1975, e agora, passados mais de 35 anos, muitos já faleceram ou se encontram em idade muito avançada. Sabidamente, muitos países que saíram de suas ditaduras fizeram a opção por revisar, julgar e punir os abusos praticados no regime totalitário que acabara de ser deixado para trás («revanchismo» para os algozes; «justiça» para as vítimas) ou por esquecer ou pelo menos «perdoar», a fim de se recomeçar do zero no início do período democrático subsequente.

Essa decisão por «levar a cabo o passado» (*Vergangenheitsbewältigung*) ou pela anistia, que pode conhecer gradações, cabe ao poder constituinte originário, sem prejuízo de compromissos subsequentes assumidos pelo chefe de Estado em tratados internacionais sobre direitos humanos. Juridicamente, trata-se de se investigar se a ordem constitucional vigente a partir de 05 de outubro de 1988 recepcionou a lei. Nesse sentido, apropriado foi o uso da ADPF, que foi admitida por decisão unânime do STF que reconheceu a presença de uma controvérsia relevante de órgãos estatais a respeito de sua recepção.

Nada obstante, tendo em vista parâmetros estritamente jurídico-constitucionais, a lei da anistia, enquanto lei não-geral ou «lei-medida» (*Massnahmengesetz*), foi expressamente recepcionada pela ordem constitucional vigente quando de sua corroboração pela supracitada EC 26 à Constituição anterior que convocara a Assembléia Nacional Constituinte e que, por sua vez, não apresentou objeções à anistia nos moldes da lei de 1979. Como o objeto da ADPF é justamente realizar o exame do direito pré-constitucional para se verificar a recepção ou não de uma lei, tem-se que, a despeito dos esforços do seu autor, a ADPF, no mérito, é infundada.

c. Decisão do STF: sua fundamentação e seus efeitos

O STF julgou, por maioria, a ADPF improcedente e com isso confirmou a recepção da Lei da Anistia pela ordem constitucional vigente.

O relator da decisão não enxergou violação dos direitos e preceitos fundamentais arguidos, fundamentando sua decisão, em síntese, nos argumentos já supra-expostos. Em especial, não enxergou violado pela Lei de Anistia o direito fundamental do art. 5º, XXXIII, geralmente alcunhado de «direito à verdade». O acesso aos documentos e registros oficiais do período de exceção do governo militar estaria sendo cerceado por outras leis federais (8.159/91 e 11.111/05), cujas constitucionalidades já estariam sendo questionadas junto à corte. Com isso, o objeto (incompatibilidade de normas que vieram após a lei de anistia) é outro, direito pós-constitucional e questionável em sede de uma ação direta de

inconstitucionalidade. A recepção da lei de anistia não representaria, portanto, uma violação potencial ao art. 5º, xxxiii da CF.

Como instrumento do controle normativo abstrato, o principal efeito da coisa julgada é confirmar a validade da lei de anistia que virou conteúdo da EC 26/85, e depois da norma originária constitucional de 1988 todos os juízes e órgãos do Poder Executivo ficam imediatamente vinculados a ela, além da eficácia *erga omnes*. Eventual revogação ou derrogação pelo Congresso Nacional deveria passar por novo crivo de controle normativo de constitucionalidade.

Em todo caso, o direito fundamental ao acesso aos registros públicos (à verdade histórica) que faz parte da área de proteção do art. 5º, xxxiii da CF não sofre quaisquer prejuízos por essa decisão que atinge tão-somente a validade da anulação dos crimes políticos e conexos no período por ela indicado, devendo quaisquer leis ou atos normativos, inclusive as pós-constitucionais, que criem óbices injustificados, ser julgados inconstitucionais com conseqüente declaração de sua nulidade pelo STF em sede de ADI.

A mistura dos dois complexos temáticos bem distintos entre si revela uma tentativa de instrumentalização política do STF muito bem identificada e resistida por ele. Nesse sentido, a decisão em pauta (do relator acompanhado pela maioria no pleno) deve ser saudada sem ressalvas.

2. Privilégio dos correios (ADPF 46, Rel. Min. Marco Aurélio, rel. para o acórdão: Min. Eros Grau)

No julgamento da ADPF 46 o STF ocupou-se de uma lei pré-constitucional (Lei 6.538/78), que instituiu o chamado monopólio postal, ou — segundo a insistente dicção do Min. Eros Grau — o «privilégio postal», i.e., exclusão de qualquer empresa privada da exploração do serviço postal, entendido como serviço público.

a. Direitos fundamentais envolvidos

Embora não reconhecido no voto do relator do acórdão (mas pelo relator original cujo voto fora vencido), os parâmetros para o julgamento da ADPF foram (ou no caso deveriam ter sido) os direitos fundamentais à liberdade profissional-empresarial do art. 5º XIII c.c. 170, § único da CF, e o direito fundamental subsidiário à liberdade (art. 5º, «caput» da CF), uma vez que a conduta de violação do monopólio postal fora cominada pela lei objeto da ADPF, a já supracitada Lei 6.538/78, em seu art. 42, com pena privativa de liberdade.

b. Da Decisão, sua fundamentação e crítica

A ADPF foi julgada, por maioria, improcedente. Todavia, o STF valeu-se de uma interpretação conforme a Constituição do art. 42 da Lei nº 6.538/78 para o efeito de restringir a sua aplicação a atividades postais descritas no artigo 9º do mesmo diploma legal³.

No que tange à fundamentação, o voto vencedor do relator pauta-se exclusivamente na afirmação de que o serviço postal não se constitui em atividade econômica em sentido estrito, mas é serviço público, e como tal sujeito à exploração exclusiva, concretamente falando, pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Não haveria que se falar em monopólio, conceito próprio da atividade econômica em sentido lato, que pode ser, por sua vez, explorada direta ou indiretamente pelo Estado.

Dogmaticamente falando, a fundamentação do voto do relator, acompanhado por mais quatro membros da corte, exclui da área de proteção do direito fundamental a exploração do serviço postal, identificado à revelia, entre outras, das transformações tecnológicas vividas pela comunicação interindividual no Brasil e no mundo, como serviço público a ser realizado exclusivamente pelo Estado.

O privilégio postal normalmente é fundamentado na regra de competência exclusiva da União prevista no art. 21, X da CF, segundo o qual, compete à União «manter o serviço postal e o correio aéreo nacional». Essa regra de competência pode, em comento com a reserva legal simples do art. 5º, XIII da CF, «atendidas as qualificações [...] que a lei estabelecer», justificar a imposição de um limite à atividade profissional ou de iniciativa privada pelo legislador infraconstitucional. A Lei 6.538/78 pode ser entendida como configuração legal da mencionada reserva legal. Porém, esse caminho impõe a aplicação do critério da proporcionalidade como forma de justificação da intervenção estatal legislativa. Excluir *ab initio* a conduta do titular de explorar justamente essa atividade, independentemente da axiologia de corresponder ao mais ou menos arbitrariamente definido conceito de serviço público, não parece compatível com a ordem constitucional vigente, precisamente porque o verbo «manter» do art. 21, X da CF pode ser entendido, como de fato o foi no voto vencido, como uma garantia de organização do serviço ou

3 Art. 9º - São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais: I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal; II - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada; III - fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.

de prestação estatal subsidiária, um poder-dever exclusivo da União (exclusão dos demais entes da federação)⁴. Tal garantia não seria proibitiva da iniciativa privada, que poderia então, pressupondo-se a correção dessa interpretação, valer-se do direito de resistência (ou defesa) à intervenção legislativa com base na liberdade profissional do art. 5º, XIII da CF.

De resto, competência estatal não se presume. Por isso, pouco convincente é interpretar *e contrario* os art. 199 e 209 que não vedaram à iniciativa privada a exploração da atividade de ensino e saúde. Esse argumento (*argumentum e contrario*) carece de qualquer fundamento racional-jurídico, porque os dois dispositivos são pertinentes, respectivamente, aos capítulos da ordem social «educação» e «saúde». Em nenhum outro dispositivo constitucional há elementos a autorizar a tese do privilégio. De resto, o conceito de serviço público pode ser muito bem amoldado a consequências motivadas ideologicamente. Se entrássemos no mérito axiológico, facilmente se chegaria à conclusão que o constituinte teria muito mais motivo para considerar educação e saúde como serviços públicos dadas as notórias relevâncias de ambas as áreas sociais para diversos valores constitucionais, tal como o desenvolvimento ecológica e socialmente sustentável.

Admitida a necessidade de se justificar a imposição concreta do limite constitucional ao direito fundamental em pauta, apresentam-se inexoravelmente os seguintes questionamentos: Qual seria o propósito do privilégio postal firmado pela lei? Seria esta, em relação àquele, adequada e, em face do universo de medidas legais adequadas alternativas, a menos onerosa para a liberdade empresarial, i.e., necessária?

Concluindo, o privilégio postal carece até aqui de fundamento constitucional e implica violação do art. 5º, XIII c.c. art. 170, § único da CF. O STF não pode se arrogar a competência para depreender da Constituição Federal uma única política econômica com ela condizente. O título da ordem econômica não o permite, pois procura compatibilizar, entre outros, capital e trabalho, propriedade e sua função social. Concretamente, cabe ao legislador no âmbito do processo legislativo ordinário e ao legislador material (Executivo) no âmbito de sua discricionariedade (dentro dos limites legais) — e no fiel cumprimento dos seus respectivos mandatos — firmarem sua respectiva política econômica que implica a decisão por mais ou menos Estado na economia, e não ao STF, cuja competência se limita, nesse campo, a corrigir eventuais exacerbações de uma política econômica potencialmente violadora de direitos

4 Acresça-se que o dispositivo do art. 21, X está inserto no título da Organização (vertical) do Estado, i.e., o que busca nele é delimitar as competências entre os entes da federação, sendo sobre essa delimitação que recai a exclusividade da competência tão alardeada pelos defensores do privilégio postal.

fundamentais. No caso, falta qualquer indício de que o constituinte tenha recepcionado o privilégio postal que, no entanto, ainda poderia ser instituído pelo legislador, cujo produto deveria, então, passar pelo controle de constitucionalidade.

Portanto, a decisão implícita no voto do relator soa muito mais como uma ode à manutenção da estatização do serviço postal, uma opção típica de política econômica, do que como uma decisão judicial constitucional.

3. Analfabetismo (ADIO 1.698-DF, Rel. Min. Carmen Lúcia)

Por maioria, o STF julgou improcedente, em 25 de fevereiro de 2010, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão movida pelo Partido dos Trabalhadores (PT) em conjunto com o Partido Comunista do Brasil (PC do B) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT) no ano de 1997. Objeto da ação foi a afirmada omissão do órgão constitucional Presidente da República e seu Ministro de Estado da Educação na concretização de diversos dispositivos constitucionais.

a. Direitos fundamentais envolvidos e problemática da omissão inconstitucional segundo o STF

Os autores alegaram a violação por omissão do direito fundamental à educação com fulcro nos art. 6º; 23, V; 208, I e 214, I da CF perpetrada pelo Presidente da República e seu Ministro de Estado da Educação. No processo, propugnou-se pelo indeferimento dos pedidos dos autores, pois a Lei 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, com dispositivos especificamente garantidores do ensino fundamental como obrigatório e gratuito, representaria a atuação legislativa, base da atuação governamental para a erradicação do analfabetismo e garantia de educação para todos os titulares do direito fundamental prestacional em pauta.

A ADI por omissão tem limites, tanto no que tange à configuração de sua causa de pedir, i.e., do que seja uma omissão inconstitucional, quanto dos efeitos da coisa julgada em caso de procedência. Segundo a relatora, há omissão inconstitucional quando a autoridade competente para adotar determinada providência, que tornaria eficaz um direito fundamental, deixa de agir na forma prevista no sistema. Outro membro da corte (Min. Gilmar Mendes) fez menção à teoria germânica da aproximação (*Annäherungslehre*), aqui escendo. Em voto discordante, outro membro (Min. Marco Aurélio) entendeu que o Poder Público ainda deve muito à sociedade brasileira no campo da educação e que muito ainda precisa ser feito, pois os esforços estariam muito aquém do desejável para erradicar o analfabetismo.

Conclui com o argumento do efeito político da decisão: se o STF não declarasse a inconstitucionalidade por omissão no caso em tela, sinalizaria que a política educacional do Estado não mereceria retoques.

b. Fundamentação da decisão de improcedência

O STF entendeu, nos termos do voto da relatora, não ter havido inércia do Poder Executivo federal, pois, não obstante as taxas de analfabetismo ainda serem muito elevadas no país, não se configurou no caso a omissão ou a inércia que caracterizariam a inconstitucionalidade, tendo em vista que o referido Poder adotou várias políticas sociais voltadas à implementação do direito social à educação. A tese decisória da maioria do STF é, portanto, da mitigação e ponderação dos direitos sociais como o da educação: se esforços governamentais forem empenhados, a despeito da existência de milhões de analfabetos e índices pouco animadores na comparação internacional, não há que se constatar omissão inconstitucional.

c. Crítica

Cabe o questionamento sobre qual seria o fundamento de uma decisão de procedência do pedido e seus efeitos. Se julgada procedente, uma ADI por omissão leva, segundo o art. 103, § 2º da CF, à dação de «ciência ao Poder competente para adoção das medidas necessárias»; em se tratando de mera omissão administrativa, a medida ordenada para concretização do direito deve ser implementada dentro do prazo de 30 dias.

Como os direitos sociais são direitos que exigem organização e procedimento, além da óbvia destinação de recursos orçamentários, o primeiro Poder competente omissor é o Legislativo federal e não o órgão constitucional do Presidente da República. Questionável é, portanto, a legitimidade passiva na ação. No caso, a motivação político-partidária, sem prejuízo do interesse processual e da possibilidade jurídica do pedido e da legitimidade material da causa, é óbvia. Difícil é saber como seria a decisão se não tivesse havido mudança da situação ou quadro político-partidário no governo federal em 2002. Deve ser perguntado, com efeito, o que significa para os titulares do direito fundamental social (crianças sem acesso a uma escola com mínimo padrão de qualidade e adultos analfabetos) uma confirmação pelo guardião da Constituição de que não há omissão inconstitucional.

Aqui também a decisão do STF soa mais como uma defesa do atual governo do que da Constituição. Correto do ponto de vista jurídico-dogmático seria re-

conhecer, a despeito de todas as bem-vindas e bem-sucedidas políticas governamentais no setor (porém elencar os méritos de um governo não é, obviamente, o papel de uma corte suprema), *o atual persistente estado de inconstitucionalidade por omissão do legislador e Estado brasileiros, não deste ou daquele governo.*

Toda vez que uma corte constitucional for acionada para emitir juízo de valor sobre um determinado governo transvestido de controle de potencial omissão inconstitucional, tem-se um desserviço à concretização da própria Constituição. Ao contrário do que ocorre com os direitos de liberdade (*status libertatis* ou *status negativus*), que encontram seus limites em bens jurídico-constitucionais, em face dos direitos sociais tem-se verificação ou não de seu cumprimento pelo Estado. Não há o que se mitigar, nem como se justificar a omissão evocando-se, por exemplo, reservas de possibilidade orçamentária (*Vorbehalt des Möglichen*). O STF deveria ter investigado a área de proteção do direito fundamental à educação. Ao invés disso, cada voto trouxe suas respectivas apreciações axiológicas ao arripio da concretização jurídico-dogmática dos parâmetros da CF.

Em se querendo levar os direitos fundamentais sociais a sério, reconhecendo-os como normas jurídicas, i.e., com força normativa, e não como simples normas programáticas ou normas diretrizes, não há alternativa a essa regra. Certamente a citada *Annäherungslehre* não é aqui indicada para esse efeito.

4. Importação de pneus usados (ADPF 101, Rel. Min. Carmen Lúcia)

Em 11 de março e 24 de junho de 2009, o STF ocupou-se do julgamento da ADPF 101 apresentada pela Presidência da República (art. 103, I c.c. art. 102, § 1º da CF e art. 2º, I da Lei 9.882/99) a fim de evitar e reparar lesão a preceito fundamental resultante de decisões judiciais que violem o direito fundamental ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF).

a. Síntese do caso/procedimento e direitos fundamentais envolvidos

O Brasil proíbe, desde 1991, a importação de bens de consumo usados, mediante portaria do órgão executivo competente. Em 15/10/1992, depositou carta de adesão a Convenção de Basileia de 22/03/1989, que reconhece aos Estados o direito de vedar importação de resíduos, o que ensejou em âmbito nacional a edição de diversas normas. Pouco depois, com a edição de mais uma portaria proibindo expressamente a importação de pneumáticos recauchutados e usados, o Uruguai acionou com sucesso o Brasil: em 2002, perante o Tribunal Arbitral *ad hoc* do Mer-

cosul, o Brasil foi obrigado a legalizar a importação de pneus remoldados provenientes do Mercosul. Por isso, foi editada mais uma portaria pelo órgão executivo competente para excepcionar da proibição de pneus usados os pneus remoldados advindos de países do bloco econômico sul-americano. No mais, diversas decisões judiciais denegavam aplicabilidade a tais atos normativos, permitindo a entrada em território nacional de pneus usados advindos de outros países de fora do bloco.

A União Européia apresentou perante a OMC uma Solicitação de Consulta em face do Brasil em 20/06/2005, alegando afronta a princípios do livre comércio e isonomia entre países membros da OMC. Esta, já em sede de apelação, deu provimento parcial ao recurso interposto para reconhecer o direito do Brasil de proibir a importação em geral, vedando a discriminação infligida aos integrantes europeus da OMC.

Em sua inicial, datada de 21/09/2006, o Presidente da República, como parte legítima para propor a ADPF, arguiu, em síntese, que a importação de pneus usados afrontaria os preceitos constitucionais do meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 e 170, VI) e da saúde e qualidade de vida (art. 196). O arguente sustenta, também, que diversas decisões judiciais contrariam a vedação de importação de pneus usados constantes de portarias dos órgãos executivos competentes para a proteção ambiental específica, e isto poderia, no mais, gerar prejuízo à defesa brasileira no processo perante a OMC.⁵

De outra feita, como deveria se tratar, no uso da ADPF, de instrumento de processo constitucional objetivo, ou seja, de processo que se pauta no esclarecimento de dúvidas quanto à constitucionalidade de leis e atos normativos e não em solução de litígios, devem ser trazidos às pautas os direitos fundamentais daqueles cujas liberdades e igualdades foram atingidas pelos atos normativos federais: a liberdade profissional-empresarial das importadoras com lastro no art. 5º, XIII c.c. art. 170, § único da CF e o direito fundamental à igualdade material (art. 5º, «caput» da CF), i.e., perante o legislador executivo, cujos critérios diferenciadores deveriam passar no crivo constitucional.

b. Decisão do STF: seus fundamentos e efeitos

Já se revelou problemático na decisão do STF o juízo de admissibilidade na avaliação do interesse processual de agir do Presidente da República em face do objeto da ADPF. Houve, como em outros casos, dissenso sobre o alcance do conceito de

5 Em 15/12/2008 o Brasil se comprometeu a implementar as recomendações e as regras do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.

«poder público» e do art. 1º, «caput» da Lei 9.882/99, que determina ser objeto da ADPF «evitar ou reparar lesão a preceito fundamental decorrente de ato do poder público». Não há unanimidade quanto à caracterização de decisões judiciais como ato do poder público no sentido do dispositivo e, por isso seria incabível a ADPF contra decisão judicial por ela se aproximar, ou até equivaler segundo alguns, a um recurso. Nada obstante, a maioria do pleno da corte admitiu a ADPF.

No mérito, o STF julgou-a, nos termos do voto da relatora, parcialmente procedente para, em síntese, os seguintes efeitos: 1) declarar válidos constitucionalmente um Decreto, que ratificou a Convenção da Basiléia, e vários outros atos normativos emanados do Executivo federal; 2) declarar inconstitucionais as interpretações, incluídas as judicialmente acolhidas, que, afastando a aplicação daquelas normas, permitiram ou permitem a importação de pneus usados de qualquer espécie, aí incluídos os remoldados, ressalvados, quanto a estes, os provenientes dos países integrantes do Mercosul; 3) excluir da incidência dos efeitos pretéritos as decisões judiciais com trânsito em julgado que não estejam sendo objeto de nenhum questionamento, porque somente podem ser objeto da ADPF atos ou decisões normativas, administrativas ou judiciais impugnáveis judicialmente. Finalmente, após interrupção motivada por um pedido de vistas dos autos, decidiu dar parcial provimento à ADPF, por maioria, no sentido de declarar inconstitucionais com efeitos *ex tunc* as interpretações — inclusive as acolhidas judicialmente — que permitiam ou permitem a importação de pneus usados de quaisquer espécies. Isto, com ressalva aos provimentos judiciais transitados em julgado, com teor já executado e objeto completamente exaurido.

Em sua fundamentação, o STF promove uma discussão principiológica que implica ponderação entre os «princípios» do meio ambiente ecologicamente equilibrado, da saúde e qualidade de vida e da segurança jurídica, de um lado; e do outro o princípio colidente com aqueles, da liberdade empresarial, afirmando a prevalência daqueles em relação a este. Julgou improcedente também a alegação dos «arguidos», de afronta ao princípio da reserva legal ou legalidade.

Sem ter como, nos limites da presente exposição, fazer uma apreciação aprofundada dos fundamentos da decisão, salta aos olhos que algumas asserções são precipitadas. O STF não trouxe à pauta os direitos fundamentais atingidos pelas portarias que proibiam a importação de pneus de países externos ao Mercosul, o que implicaria investigar concretamente o alcance da área de proteção da liberdade profissional-empresarial e seus limites, dentre os quais, o direito fundamental colidente do dever estatal de proteção ao meio-ambiente e aplicar o critério da proporcionalidade como concretização do ônus argumentativo do Estado ou do chamado limite do limite.

Com relação à investigação do limite consubstanciado na constitucionalmente ordenada proteção ambiental, haveria de se considerar, argumentativamente, a eventual necessidade de lei específica aprovada pelo Congresso Nacional, ao invés de se confiar toda regulamentação a atos normativos executivos, atendendo, destarte, à chamada teoria da essencialidade (*Wesentlichkeitstheorie*), segundo a qual os aspectos essenciais da intervenção estatal na liberdade empresarial devem ser regulamentados pelo Poder Legislativo (reserva «parlamentar»).

De resto, quanto aos efeitos, tem-se que aqui o uso da ADPF tem a mesma finalidade do uso da chamada ação declaratória de constitucionalidade: afirmar a constitucionalidade de atos normativos cuja aplicação vem sendo denegada por juízes e tribunais. Assim como ocorre naquela, a ADPF aqui também ignora, sistemicamente, o princípio da presunção de validade de lei. Mas esse é um problema de todo o sistema de controle normativo brasileiro, que vem sofrendo um processo de concentração e/ou «objetivação» pela via pretoriana, quando o caminho mais racional seria acabar de vez, ao cabo de uma reforma constitucional e legislativa ordinária, com toda e qualquer faceta do sistema difuso do controle normativo.

Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile 2009-2010

Claudio Nash R.* y Paz Irarrázabal G.**

I. EL CONTEXTO

En la I Reunión Regional del Grupo de Estudios sobre Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional (Santiago de Chile, 2009) comentamos tres sentencias del Tribunal Constitucional, que suponíamos iban a tener importantes repercusiones en Chile, tal como finalmente ocurrió.¹

En la primera sentencia reseñada,² sobre la constitucionalidad del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la aprobación parlamentaria del tratado, por entender que suponía un traspaso de soberanía no contemplado en la Constitución. Comentamos cómo el Tribunal en dicho fallo insistió en su jurisprudencia uniforme que atribuye jerarquía legal a los tratados internacionales de derechos humanos. A consecuencia de esta sentencia una ley de reforma constitucional introdujo, en 2009, una nueva disposición transitoria en la Constitución que permitió al Estado reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.³

* Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Director del Programa Estado de Derecho y Derechos Humanos, del Centro de Derechos Humanos de dicha Facultad. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Chile, 1998) y doctor en Derecho (Universidad de Chile, 2008).

** Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Ayudante de Derecho Constitucional y Administrativo en la misma Facultad. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Chile, 2009).

1 Claudio NASH y Paz IRARRÁZABAL: «Justicia constitucional en Chile y protección de los derechos fundamentales», en Víctor BAZÁN y Claudio NASH (eds.): *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela, 2009*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 55-67.

2 Sentencia rol 346 del 8 de abril de 2002.

3 Asimismo, dicha disposición señala expresamente que la jurisdicción de la Corte solo se podrá ejercer respecto de los crímenes de su competencia cuyo principio de ejecución sea posterior a la entrada en

La segunda sentencia comentada,⁴ relativa a la distribución de la píldora del día después en Chile, también provocó cambios legislativos. En una de sus más polémicas sentencias, el Tribunal declaró inconstitucionales las disposiciones de un decreto de la (entonces) presidenta de la República que permitían la distribución gratuita de la píldora de anticoncepción de emergencia en los servicios de salud públicos. El Tribunal resolvió que ante la controversia médica sobre los posibles efectos antiimplantatorios del fármaco debía optarse por su prohibición, debido a que estaba en juego el derecho a la vida del que está por nacer. Esta decisión suscitó un amplio debate público, particularmente, en torno a la evidente vulneración que al derecho de la igualdad generaba el hecho de que la comercialización de la píldora en las farmacias estaba permitida, pero no así su distribución gratuita en el sistema de salud público. En enero de 2010 se dictó la ley 20418 sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad. Esta ley establece los derechos a la educación e información en materia de regulación de la fertilidad, el derecho a elegir y acceder a los métodos anticonceptivos, y el derecho a la confidencialidad y privacidad en relación con la utilización de métodos anticonceptivos y las opciones y conductas sexuales. Luego la ley impone a los órganos del Estado la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos que se establecen en esta, debiendo poner a disposición de la población los métodos anticonceptivos que cuenten con autorización, incluyendo los anticonceptivos hormonales de emergencia.⁵

Por último, comentamos una sentencia del Tribunal Constitucional ⁶ que declaró, por primera vez, inaplicables las disposiciones de una ley que permitían a las instituciones privadas de salud previsual aumentar el valor de los planes de salud de sus afiliados en consideración de su edad y sexo. El Tribunal acogió el requerimiento en relación con la discriminación por motivo de edad, al considerar que el aumento del valor de los planes y la precaria situación económica de los adultos

vigor en Chile del Estatuto de Roma. De esta forma se busca asegurar la inmunidad frente a la Corte de aquellos que cometieron crímenes de lesa humanidad durante la dictadura en Chile.

4 Sentencia rol 740 del 18 de abril de 2008.

5 A pesar del avance que supone esta ley en materia de derechos sexuales y reproductivos, contiene ciertas disposiciones bastante problemáticas, incorporadas por el Partido de la Democracia Cristiana y apoyadas por los partidos de oposición, como son las dificultades que pone a los menores de 14 años para acceder a los métodos anticonceptivos; y la declaración del inciso final del art. 4 que excluye de las políticas públicas de regulación de la fertilidad a los «métodos cuyo objetivo o efecto directo sea provocar un aborto». Además, el actual gobierno no ha dictado el reglamento que ejecuta la ley con los manifiestos problemas que esto ha generado para su aplicación efectiva..

6 Sentencia rol 976 del 26 de junio de 2008.

mayores podía provocar que se viesen obligados a cambiarse al sistema público de salud, lo que afectaba el derecho a la salud que reconoce la Constitución en cuanto a la libertad de poder elegir el sistema de salud público o privado al cual afiliarse.

Esta sentencia generó una avalancha de recursos en los tribunales de instancia así como de nuevos requerimientos ante el mismo Tribunal Constitucional. En cinco sentencias el Tribunal volvió a declarar la inaplicabilidad de la norma que permitía el aumento del precio de los planes en consideración al sexo y edad del afiliado. En estos casos los argumentos del Tribunal fueron evolucionando: ampliando el contenido del derecho a la salud que se afectaba por la disposición impugnada, vinculándolo al derecho a la seguridad social, abandonando el argumento de violación de la propiedad, atribuyendo a los contratos de salud el carácter de orden público y, por tanto, sometido a una serie de obligaciones, y finalmente agregando, en su última sentencia, como derecho vulnerado la igualdad ante la ley entre hombres y mujeres. En esta última sentencia de 2009⁷ el Tribunal dotó de mayor contenido al derecho de la igualdad, superando su clásica definición de dar un «trato igual a los que se encuentran en igual condición». Así, se refirió a la proporcionalidad, a la igualdad como principio y a la igualdad efectiva, a la discriminación directa e indirecta y a la prohibición de discriminar por factores cuya existencia y evolución transcurren independientemente de la voluntad de las personas. Finalmente, en abril de 2010 el Tribunal decidió pronunciarse de oficio por la inconstitucionalidad de la norma y de esta forma decidir sobre su derogación definitiva.⁸

II. SENTENCIAS 2009-2010 Y SU RELEVANCIA

En este informe nos corresponde revisar la jurisprudencia constitucional relevante dictada en Chile en materia de derechos fundamentales entre el 2009 y el primer semestre del 2010. Al efecto hemos seleccionado dos sentencias del Tribunal Constitucional que repercuten en la discusión sobre el reconocimiento de los tratados internacionales de derechos humanos en Chile, y dos de los tribunales ordinarios, Cortes de Apelaciones y su superior jerárquico, la Corte Suprema, que se pronunciaron

7 Sentencia rol 1348 del 27 de abril de 2010.

8 La inaplicabilidad solo tiene efecto en la gestión judicial pendiente en la que se interpuso el requerimiento. Una vez declarada la inaplicabilidad de la disposición, la Constitución permite al Tribunal pronunciarse, de oficio, o motivado por la interposición de una acción pública, sobre la inconstitucionalidad de la norma, lo que genera su derogación con efectos generales.

sobre las prestaciones exigibles al Estado en materia de salud, y sobre los derechos más básicos de las personas privadas de libertad. En la selección se optó por aquellas resoluciones de los tribunales superiores con competencia constitucional, independiente del tipo de procedimiento por medio del cual fueron activadas sus jurisdicciones, que tengan relevancia desde el punto de vista de la evolución jurisprudencial en Chile, sea para confirmar ciertas líneas jurisprudenciales, como para modificar otras. De esta forma, el lector podrá hacerse una idea de las complejidades que plantea la jurisprudencia chilena al momento de enfrentar temas de derechos fundamentales.

Desde el punto de vista de los aspectos conceptuales involucrados, llamamos la atención sobre dos materias. Por una parte, que la incorporación formal de la normativa internacional de derechos humanos sigue siendo un tema no resuelto en nuestra jurisprudencia constitucional. Por otra, la interpretación afortunada que han hecho las Cortes superiores chilenas en materia de derechos con fuerte contenido prestacional y en materias vinculadas con el derechos de igualdad y no discriminación.

III. EL DEBATE SOBRE LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

1. Sentencia del Tribunal Constitucional que sometió a los tratados internacionales vigentes a control de constitucionalidad⁹

En esta sentencia de agosto de 2009 el Tribunal reafirmó su jurisprudencia tradicional que otorga jerarquía legal a todos los tratados internacionales y, además, los sometió a control de constitucionalidad durante su vigencia en el país. El Tribunal debía pronunciarse obligatoriamente acerca de un proyecto de ley que modificaba su ley orgánica constitucional que establece su organización, funcionamiento, procedimientos y estatuto de personal. Este proyecto de ley en uno de sus artículos señalaba que «de conformidad con el número 1 del artículo 54¹⁰ de la Constitución Política de la República, no procederá la inaplicabilidad respecto de tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes».

9 Sentencia rol 1288 del 9 de agosto de 2009. En considerandos 35 a 72.

10 El art. 54 n.º 1 de la Constitución señala: «Las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional»..

El Tribunal declaró inconstitucional dicha disposición que excluía a los tratados de la declaración de inaplicabilidad, señalando que la ley no puede restringir o limitar las facultades que le atribuye la Constitución. Argumentó que esta última en el artículo 93 estableció como atribución del Tribunal resolver la inaplicabilidad de un *precepto legal* cuya aplicación resulte contraria a la Constitución, y que si bien un tratado internacional no era propiamente una ley, debía, en consideración a su rango, enmarcarse en dicha expresión (*considerandos cuadragésimo y cuadragésimo primero*).

Argumentó que la jurisprudencia del Tribunal que declara que los tratados internacionales tienen rango de ley, se funda en que según la Constitución los tratados se someten, en lo pertinente, a los trámites de una ley y pueden contener perfectamente disposiciones sobre materias propias de ley. Además, sostuvo que la Constitución atribuye al Tribunal de forma expresa el control de los tratados antes de su promulgación.

Para el Tribunal esta posición se reafirmaría por la existencia de un amplio apoyo doctrinal, así como por la reforma constitucional que permitió el reconocimiento del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En este punto, señaló que «si se requirió reformar la Constitución para poder suscribir un tratado que podía pugnar con ella, es evidente que un tratado internacional tiene rango inferior a ella, rango de ley, y sus preceptos son preceptos legales perfectamente susceptibles de ser requeridos de inaplicabilidad, en la medida que se cumplan los demás requisitos que la Constitución establece para ello» (*considerando cuadragésimo noveno*). De esta forma el Tribunal usa un argumento tautológico, ya que dicha reforma constitucional se produjo como consecuencia de una exigencia impuesta por él mismo en una de sus sentencias, ya citada.

Como consecuencia de esta sentencia, hoy en Chile cualquier persona o tribunal de instancia que considere que la aplicación de un tratado en un proceso judicial pendiente produce efectos inconstitucionales, puede solicitar el pronunciamiento del Tribunal para la declaración de su inaplicabilidad.

A través de esta sentencia el Tribunal reafirma la que ha sido su jurisprudencia uniforme de otorgar rango legal a todos los tratados internacionales, sin distinguir si recaen o no en materia de derechos fundamentales. En ella, resume varios de los argumentos que se han utilizado para sostener esta posición, siendo uno de los principales la consideración de las disposiciones constitucionales que sujetan de manera expresa los tratados al control preventivo de constitucionalidad. En esta argumentación no hay consideración alguna de los principios y características propios del derecho internacional y, en particular, del derecho internacional de los derechos humanos.

2. Sentencia del Tribunal Constitucional que reconoce el derecho a la identidad establecido en tratados internacionales de derechos humanos¹¹

Tal como se ha señalado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sostenido sistemáticamente que los tratados internacionales ratificados por Chile, no tienen rango constitucional. De esta forma, la consecuencia lógica de esta posición es que dichos tratados no pueden constituir un baremo de constitucionalidad a la hora de determinar la inaplicabilidad o inconstitucionalidad de una norma legal. Si bien en el año 2007 el Tribunal Constitucional se pronunció en una sentencia sobre la compatibilidad de una reforma legal con la Convención sobre los Derechos del Niño¹², este no fue el argumento que en definitiva fundó su decisión. En un fallo de 2009 el Tribunal Constitucional dio un paso más en su razonamiento y superó algunas de las principales deficiencias anotadas. El Tribunal, a través de su sentencia de fines de 2009, reconoció el derecho a la identidad, derecho que no se encuentra expresamente contemplado en nuestra Constitución, pero sí en diversos tratados internacionales de derechos humanos y en base a ese derecho construyó la argumentación para acoger el requerimiento presentado y declaró una norma del Código Civil inaplicable por inconstitucionalidad.

En este caso, un juez de familia solicitó al Tribunal Constitucional que se pronunciara acerca de la constitucionalidad de un artículo del Código Civil que establece un plazo desde la muerte de una persona, para que sus supuestos hijos puedan interponer una acción de reclamación de filiación contra los herederos del fallecido.¹³ En su sentencia, el Tribunal señaló que aun cuando la Constitución no reconocía en su texto el derecho a la identidad, se le debía brindar una adecuada protección por su estrecha vinculación con la dignidad humana del artículo 1 y, en concordancia con el artículo 5 de la Constitución, por encontrarse consagrado este derecho en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, remitiéndose a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y a la Convención sobre los Derechos del Niño. A partir de esta última Convención el Tribunal definió lo que debía entenderse como derecho a

11 Sentencia rol 1340 del 29 de noviembre de 2009.

12 Sentencia Rol 786 del 13 de junio de 2007. En considerandos 25 a 33.

13 El art. 206 del Código Civil establece: «Si el hijo póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que este haya alcanzado la plena capacidad».

la identidad personal, esto es, la posibilidad de que toda persona pueda ser ella misma y no otra, lo que se traduce en el derecho a ser inscrita inmediatamente después de nacer, a tener un nombre desde dicho momento y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidada por ellos (*considerando décimo*).

El Tribunal concluyó que si bien el artículo impugnado procura proteger los derechos a la honra familiar y a la integridad síquica de los herederos del causante frente a reclamos de paternidad, es necesario conciliar estos derechos con los del supuesto hijo. Señaló que el resguardo de los derechos de los herederos se logra a través de sancionar al accionante de mala fe y mediante la distinción que hace la legislación entre el derecho a reclamar la filiación que es imprescriptible e irrenunciable, y los efectos patrimoniales que de ello derivan, que quedan sometidos a las reglas generales de la prescripción y renuncia.

De esta forma, el Tribunal reconoció un derecho como fundamental —en circunstancias que este no se encuentra establecido explícitamente en nuestro catálogo constitucional—, le dio contenido recurriendo a tratados internacionales y lo sometió a un juicio de ponderación con otros derechos constitucionales; para finalmente, declararlo inaplicable por ser contrario al artículo 5 inciso 2 de la Constitución,¹⁴ en relación con el artículo 1 inciso 1 de dicho cuerpo legal¹⁵ (*considerando vigésimo octavo*). Esto abre una puerta relevante, ya que aun en caso de que no se consideren los tratados internacionales como una norma constitucionalizada por el artículo 5, sí se puede recurrir a ellos para un control de constitucionalidad, lo que implica la plena operatividad de un bloque de constitucionalidad en Chile.

IV. JURISPRUDENCIA RELATIVA A LOS DERECHOS CON FUERTE CONTENIDO PRESTACIONAL

1. Recurso de protección sobre otorgamiento de prestaciones médicas por servicios de salud públicos¹⁶

14 «El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes».

15 «Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos».

16 Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago rol 7766 caratulada *Patricia Vásquez contra el Fondo Nacional de Salud*, del 24 de noviembre de 2009, confirmada por sentencia de la Corte Suprema rol 9317 del 18 de enero de 2010.

Un segundo aspecto que nos interesa destacar en esta reseña jurisprudencial tiene relación con los derechos fundamentales con un fuerte contenido prestacional. La jurisprudencia reciente de nuestras cortes con competencia en materia de acciones constitucionales de protección de derechos, se ha pronunciado sobre dos temas relevantes: la exigibilidad de estos derechos por vía jurisdiccional y la efectividad de estos a través de medidas concretas que impone la autoridad judicial a otros poderes del Estado. En los dos casos seleccionados veremos importantes cambios en la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena que van en la línea de una mejor protección de estos derechos.

La tercera sentencia seleccionada para esta reseña, de noviembre del 2009, forma parte de una extensa jurisprudencia que a propósito de la interposición de recursos de protección (amparo constitucional), ante los tribunales ordinarios de justicia, se han pronunciado sobre las prestaciones médicas exigibles al sistema de salud público. En estos recursos se ha solicitado, invocando el derecho a la salud, el otorgamiento gratuito de específicos tratamientos médicos de alto costo no cubiertos por el sistema público. Las Cortes de Apelaciones, como tribunales de primera instancia, han acogido en ocasiones estos recursos, pero la jurisprudencia uniforme de la Corte Suprema que conoce como tribunal de apelación ha sido el rechazo de estos, argumentando que esta es una materia de política pública, que supone enormes costos para el gobierno, por lo que no corresponde ser decidida por los jueces. Además, ha señalado de forma reiterada que el derecho a la salud no se encuentra entre los derechos que protege el recurso de amparo establecido en la Constitución.¹⁷

En este contexto es que se acoge por la Corte de Apelaciones (confirmado por la Corte Suprema) el recurso de protección que obligó al Estado a proporcionar un tratamiento médico de alto costo a una mujer que padecía de un avanzado cáncer de mamas. El tratamiento de dicho cáncer se encuentra cubierto en el sistema público de salud, pero no ocurre lo mismo con una droga avanzada de alto costo que le había sido específicamente recetada a la paciente como único tratamiento posible dado el estado de su enfermedad. La demandante solicitó ayuda al Fondo de Auxilio Extraordinario del Ministerio de Salud,¹⁸ la que le fue negada. A consecuencia de lo anterior, interpuso un recurso de protección.

17 Sentencias Corte Suprema rol 3599 del 9 de octubre de 2001, rol 4396 del 21 de septiembre de 2009 y rol 8513 del 26 de diciembre de 2009. Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago rol 6691 del 2 de septiembre de 2009 confirmada por Corte Suprema en sentencia rol 6894 del 2 de noviembre de 2009.

18 El Fondo de Auxilio Extraordinario perteneciente al Ministerio de Salud fue creado para financiar tratamientos excepcionales o de alto costo. El otorgamiento de financiamiento corresponde a la decisión

El ministerio del ramo se defendió ante los tribunales argumentando, entre otras cosas, la falta de recursos disponibles en el país para dar ese tipo de tratamiento, la necesidad de priorizar y jerarquizar los problemas de salud para otorgar prestaciones médicas y la eventual vulneración de la igualdad ante la ley que supondría entregar a un individuo una prestación distinta de la otorgada al resto de la población.

La Corte de Apelaciones acogió el recurso invocando el derecho a la vida e integridad física y síquica, reconocido en el artículo 19 número 1 de la Constitución, el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 19 número 9, y el derecho al más alto nivel de salud física y mental posible establecido en el Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales.

Respecto al derecho a la salud, y en contra de la jurisprudencia mayoritaria, la Corte de Apelaciones señaló que si bien este derecho no se encuentra protegido por el recurso de protección, no era posible desatenderse de él al estar garantizado en la Constitución para todas las personas (*considerando cuarto*). La Corte argumentó que, atendida la extrema gravedad del cáncer que padecía la recurrente y que una mejor calidad de vida y una mayor sobrevivencia dependía del suministro del medicamento recetado, era deber del Estado proporcionar este independiente de si las normas lo contemplaban o no como una prestación garantizada por el sistema de salud público (*considerando duodécimo*). Resolvió, en definitiva, acoger el recurso ordenando otorgar el medicamento a través del Fondo de Auxilio Extraordinario.

En este contexto, la sentencia de la Corte reafirma la obligación del Estado de avanzar progresivamente en el más pleno reconocimiento de los derechos humanos. Este caso plantea también ciertos criterios a considerar para que el otorgamiento de nuevas prestaciones por el Estado, impuestas por los tribunales, no supongan una afectación a la igualdad. Aquellos son: atender a la gravedad de la amenaza de afectación de los derechos fundamentales en el caso en particular, a la irreversibilidad de dicha afectación, a la existencia de alternativas que garanticen los derechos, a la urgencia de una solución y a la proporcionalidad y razonabilidad de la prestación solicitada. Así, la Corte en su considerando séptimo estableció como hechos no controvertidos de la causa la mala calidad de vida que soportaba la recurrente, el hecho de haber intentado distintos tratamientos médicos sin mayor éxito quedando como última opción,

de un comité de expertos, luego de realizar un análisis de la situación del paciente, el éxito y respaldo científico del tratamiento solicitado y la disponibilidad financiera.

en opinión de distintos médicos, la quimioterapia recetada y la urgencia de iniciar dicho tratamiento a la brevedad.

2. Recurso de amparo sobre condiciones carcelarias básicas que garanticen los derechos de los reos¹⁹

La última sentencia seleccionada, de agosto de 2009, recae en un ámbito de violaciones estructurales de derechos humanos en Chile y se enmarca en la discusión sobre las posibilidades de que los tribunales dispongan medidas positivas para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales, a través de procedimientos constitucionales.

De conformidad con el artículo 21 de la Constitución chilena, una mujer interpuso un recurso de amparo (*habeas corpus*) en contra de Gendarmería²⁰ y a favor de veintidós reos que se encontraban aislados y en malas condiciones en celdas de castigo en un centro penitenciario de Santiago. La Corte, antes de fallar, dispuso que uno de sus ministros visitara, sin previo aviso, la cárcel para constatar la situación de las celdas de castigo y entrevistarse con los reclusos. Sobre la base de dicha visita la Corte resolvió que los internos se encontraban en condiciones absolutamente deplorables e inhumanas, incompatibles y no justificadas ante ninguna clase de pena. Constató la falta de aseo de las celdas, con literas de cemento, sin abrigo suficiente, sin baño externo ni acceso a agua corriente; la falta de alimentación adecuada; la existencia de hacinamiento; la carencia de salidas al aire libre y las lesiones en los cuerpos de los internos. Para la Corte dichas condiciones vulneraban el derecho a la seguridad individual consagrado en el artículo 21 de la Constitución, comprometiendo también el derecho a la vida y la integridad física y síquica de las personas.

La Corte se pronunció acerca de la precaria situación de Gendarmería señalando que si bien entendía la falta de personal y de recursos económicos para materializar las garantías de los internos, esto no era una excusa, debido a que las condiciones de estos estaba por debajo del mínimo humanamente aceptable, además de no haberse observado progreso de ninguna naturaleza desde la última visita.

19 Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago rol 2154 caratulada *Angélica Toledo contra Gendarmería de Chile* del 31 de agosto de 2009, confirmada por sentencia de la Corte Suprema rol 6243 del 7 de septiembre de 2009.

20 Servicio público encargado de atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas detenidas o privadas de libertad.

Agregó que dicho órgano del Estado tenía asignada una función específica de reinserción social de los sentenciados, lo cual requería el respeto de sus derechos. Se refirió en este punto a las normas del reglamento penitenciario que atribuyen este deber a Gendarmería y que reconocen que, fuera de los derechos perdidos y limitados con la prisión o condena, la condición jurídica de los internos es idéntica a la de los ciudadanos libres, sin poder ser sometidos a torturas, ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes.

La Corte de Apelaciones acogió el recurso ordenando adoptar todas las medidas necesarias para la implementación de recursos financieros, humanos y materiales que fuere menester, con el objeto de otorgar a los internos, incluidos los aislados en celdas de castigo, un lugar digno y acorde con su calidad de persona humana; debiendo informar dentro de los treinta días siguientes a la comunicación de la sentencia, sobre los cambios efectivos que en favor de los internos en aislamiento y castigo se hubieren adoptado (*considerando decimotercero*). La Corte Suprema confirmó en todas sus partes la sentencia apelada.

Con estas sentencias las Cortes superiores imponen un estándar mínimo al Estado en relación con las condiciones en que pueden encontrarse las personas privadas de libertad, independiente de la gravedad de la pena y disponibilidad de recursos. Acusan la inadmisibilidad de condiciones carcelarias por debajo del «mínimo humanamente aceptable». Además, exigen un mejoramiento progresivo de las condiciones en que se encuentran los internos, no siendo admisible que de un año a otro no se constate un esfuerzo de las autoridades por mejorar la situación carcelaria.

Por último, las Cortes, asumiendo un nuevo rol, toman una posición activa para el resguardo del efectivo cumplimiento de sus sentencias, ordenando a Gendarmería informar dentro de un plazo sobre las medidas adoptadas para el mejoramiento de las condiciones carcelarias de los internos.

V. ALGUNAS CONCLUSIONES

De las sentencias seleccionadas es posible desprender tres ideas de la jurisprudencia que se enmarcan en una línea de mayor garantía de los derechos humanos:

- En primer lugar, si bien el Tribunal Constitucional sigue sosteniendo una tesis errada sobre la incorporación del derecho internacional, en la sentencia presentada sobre derecho a la identidad desarrolla una argumentación de mayor

sofisticación que se hace cargo de la discusión de la recepción constitucional de la normativa internacional de derechos humanos. A partir de esta sentencia es posible pensar en una jurisprudencia que no sea ciega a las obligaciones internacionales asumidas por Chile en materia de derechos humanos, y que sea capaz de articular una argumentación democrática y ampliamente respetuosa de los derechos humanos.

- En materia de exigibilidad de derechos con fuerte contenido prestacional, en ambas sentencias de la Corte de Apelaciones reseñadas se señala la obligación de progresividad en el reconocimiento de los derechos humanos. Esta exigencia se impone tanto en aquellos ámbitos donde se ha avanzado en la garantía de los derechos, como es en materia de salud, como en ámbitos sistemáticamente relegados de las políticas públicas y de la preocupación del gobierno, como es en materia de las condiciones carcelarias en Chile. Cualquiera sea el punto actual de partida, el Estado se encuentra obligado a avanzar cada día más en la más plena realización de los derechos humanos en Chile, que incluya a todas las personas sin importar su condición y en relación con la realización de todos los derechos fundamentales y ya no solo en materia de libertades.
- En cuanto a la justiciabilidad de derechos fundamentales con un fuerte contenido prestacional, es relevante que los tribunales chilenos hayan establecido, mediante una acción de protección constitucional, la exigencia al Estado de un estándar mínimo de garantía efectiva de los derechos humanos de toda persona, bajo el cual la condición de vida de las personas se transforma en inaceptable y torna inadmisibles cualquier justificación que pretenda esgrimir el Estado en relación con su responsabilidad en los hechos. Para el establecimiento de dichos mínimos aparece como legítimo un control jurisdiccional que no solo imponga límites, sino que obligue a las autoridades la adopción de medidas en el ámbito de sus competencias.

Sentencias fundamentales del Tribunal Constitucional peruano

César Landa*

I. PRESENTACIÓN

Como las sentencias se dictan en función de las normas, pero antes están en función de quienes las dictan, cuando la justicia constitucional en el Perú se ha desarrollado de manera independiente del poder y con imparcialidad de las partes, ha llegado a remover algunos cimientos del Estado de derecho, sobre la base de una noción sustantiva de la Constitución, de la ley y del proceso. Más aún, a través de la jurisprudencia constitucional democrática se llegó a replantear la posición de la jurisdicción constitucional ante la división de poderes, la jurisprudencia en el sistema de fuentes del derecho y el propio rol del juez constitucional en la creación subsidiaria del derecho. Pero, si bien el quehacer del juez no es un tema del sistema jurídico cimentado según la tradición jurídico-peruana de origen romano-germánica, también es cierto que la justicia constitucional se viene convirtiendo en la punta de lanza de la actual modernización del Estado constitucional de derecho.

Dicho proceso, en la actualidad, se caracteriza por la garantía de la independencia del juez en la defensa de los derechos fundamentales consagrados en el bloque constitucional; a diferencia de su garantía anterior, que no era otra que la subordinación a la ley. Con mayor razón, si como dijo Hughes: «todos estamos bajo la Constitución, pero los jueces dicen qué es la Constitución», es sorprendente que el estudio de la judicatura haya quedado prácticamente exento del quehacer del derecho procesal constitucional tradicional; ello, debido quizás a su concepción normativa y formalista del proceso. Sin embargo, para entender las sentencias dictadas en el último año, cabe enfatizar que la relevante función que

* Ex presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

cumple el Tribunal Constitucional (TC) en la impartición de justicia constitucional no se agota en las normas; sino que se encuentra en el rol del juez constitucional.

El juez constitucional es un funcionario público especial porque cumple una tarea reglada por el derecho, pero con un amplio margen de interpretación de las normas, debido a que la realidad siempre es más rica que la norma. Esto último suscita una serie de temas e interrogantes acerca de cómo se debe interpretar la Constitución y quién debe ser nominado juez del TC, especialmente en el Perú de hoy, dada la crisis de legitimidad por la que atraviesa el TC.

Sin perjuicio de las condiciones de la especialidad constitucional, trayectoria democrática, independencia política e imparcialidad judicial, las cualidades personales y humanas propias de la responsabilidad jurisdiccional colegiada deben caracterizarse por las clásicas virtudes cardinales: *fortitudo*, al actuar con el coraje y valentía para no sucumbir ante las presiones de los poderes públicos y privados; *iustitia*, al saber reconocer, dar o distribuir entre las partes el derecho que a cada una le corresponda; *temperancia*, al actuar con la moderación o templanza en los juicios y acciones a realizar; finalmente, *prudentia*, al interpretar y argumentar bajo un correcto razonamiento que aspire a la sabiduría.

Es necesario mencionar estas virtudes a raíz de situaciones como las ocurridas en el último año, cuando tuvieron lugar altisonantes declaraciones de algunos parlamentarios, del presidente del Poder Judicial y del vicepresidente del TC, sobre si el Tribunal Constitucional debiera convertirse o no en una sala más de la Corte Suprema; propuesta que los especialistas y la opinión pública desde hace años rechazan por la falta de argumentos técnicos, democráticos y, sobre todo, por la desconfianza ciudadana en torno a dichos poderes del Estado que se refleja en las encuestas de opinión pública. Pero también desde las organizaciones de sociedad civil se ha cuestionado al TC, a partir de sus fallos tendientes a desproteger algunos derechos fundamentales.

Lo anterior no significa que el Tribunal Constitucional sea infalible o se encuentre legitimado. Tampoco que en el quehacer del control constitucional de los derechos fundamentales pueda o deba reemplazar ordinariamente las tareas del legislador democrático o las del juez ordinario, bajo el riesgo de desvirtuar el principio de control y balance de poderes. En cambio, en democracia, sí puede limitar los excesos —prohibición de exceso—, así como corregir excepcionalmente los defectos —prohibición de defecto—, de los poderes públicos y privados.

Ahora bien, ello no debe conducir al autoritarismo judicial, a excentricidades o presumida infalibilidad, porque los yerros de los fallos del TC inciden en la propia deslegitimación de una justicia constitucional imparcial, competente e independiente.

Pero sería más grave que el Tribunal Constitucional, por su composición o coyunturas institucionales resulte subordinado al gobierno, a los grupos de presión económica, militar, eclesiástica o mediática, entre otros. Por eso, los representantes de la sociedad civil y la opinión pública deben ser guardianes de la Constitución para garantizar que dicha situación de ninguna manera se produzca.

Las sentencias constitucionales expedidas en el último año en el Perú constituyen la causa de la crisis de confianza y credibilidad, como las referidas a la prohibición de la distribución de la denominada «píldora del siguiente» por el Ministerio de Salud; la separación de un miembro del Partido Aprista en el gobierno —Abanto Verástegui— de la investigación fiscal por presunto delito de lavado de activos proveniente del tráfico ilícito de drogas; la exculpación del Gral. (r.) Chacón de un proceso penal anticorrupción; la pretensión de incorporar al Arzobispado de Lima en la administración de los bienes de la Pontificia Universidad Católica del Perú; la conminación de excarcelar al Gral. (r.) Salazar Monroe responsable de la matanza de «Barrios Altos»; el incremento de los aranceles a la importación del cemento en beneficio de la empresa Cementos Lima; el no cobro de regalías por el uso del recurso natural agua a la empresa lechera Gloria; la nulidad o cuestionamientos de laudos arbitrales como en los casos *Codisa o Crasa*, entre otras y, en medio de todo, el reconocimiento del derecho al honor de la comunidad nativa Sawawo Hito 40.

Lo más grave es que esta situación conlleva también al debilitamiento de la fuerza normativa de la Constitución, el rol que ocupaba el TC como supremo intérprete de la Constitución, el respeto a la incorporación de sus sentencias en el sistema de fuentes del derecho y al rol que cumplen los magistrados constitucionales en el quehacer de la vida constitucional.

Decisiones como estas, de especial repercusión económica, social y política, han mellado la legitimidad del TC ante la opinión pública, lo que originó diversos anuncios relativos a la formulación de una acusación constitucional ante el Congreso contra los firmantes e incluso, a la reforma constitucional o de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para delimitar sus competencias ante los excesos. Por lo demás, es evidente que quien se considere lesionado en sus derechos humanos puede acudir a la jurisdicción supranacional en dicha materia y que, ante estos déficits, si se configuraran delitos en el ejercicio de la función o una infracción constitucional, un Congreso legitimado en su desempeño funcional tendría la *auctoritas* suficiente y no solo la *potestas* que establece la norma constitucional para investigar y sancionar dichas infracciones.

En consecuencia, la opinión pública espera un compromiso militante del TC con los valores y principios del Estado constitucional que consiste en mantener

neutralidad, incorruptibilidad y sabiduría en el quehacer jurisdiccional, para enfrentar los retos de la hora presente a través de sentencias que por el fondo y por la forma vuelvan a ser dignificantes para la sociedad peruana.

II. ANÁLISIS DE CASOS

A pesar de que la globalización de la democracia y de los derechos humanos repercute en la defensa jurisdiccional de los derechos fundamentales, la expedición de ciertas sentencias en el último año califica como un retroceso al avance de este tipo de defensa en el Perú. Tal retroceso lo verificamos analizando algunos de los casos identificados.

1. Derecho a la vida

En la STC 02005-2009-PA/TC la mayoría de magistrados del TC abordó nuevamente el tema del tercer efecto del método de anticoncepción oral de emergencia (AOE) a propósito de la demanda de amparo interpuesta por la ONG Acción de Lucha Anticorrupción contra el Ministerio de Salud (MINS), con el fin de que este último se abstenga de desarrollar la distribución gratuita de la denominada «píldora del día siguiente» en el nivel nacional, como política pública.

El TC unánimemente se había referido al tema de la distribución informada del método AOE en el proceso de cumplimiento 7435-2006-PC, en donde se declaró fundada la demanda y se ordenó se ejecutara normatividad sobre planificación familiar que incorpora al AOE como método anticonceptivo, para todas las mujeres de escasos recursos que asisten a los establecimientos de salud públicos.

Los derechos involucrados en la nueva sentencia son el derecho a la vida y a la autodeterminación reproductiva, y en cuanto al desarrollo interpretativo, la mayoría recurrió al principio *pro homine*, *pro debilis* y al principio precautorio. La justificación del primero estribaba en que, a juicio del Tribunal, en el caso se encontraban en cuestión el derecho a la vida y la situación o condición más débil en que puede encontrarse el concebido; es decir, cuando se inicia el proceso vital; y en lo referente al segundo, su aplicación, según el Tribunal, constituía una necesidad en la medida que era posible la afectación de los derechos a la salud y a la vida por actividades, procesos o productos fabricados por el hombre.

Así pues, en cuanto a la aplicación del último principio, el TC identificó que frente a la duda sobre el carácter abortivo del método AOE debe adoptarse una medida que prevenga posibles daños. La referencia fue hecha en los siguientes

términos: [...] El mundo científico se encuentra fisurado [sic] respecto a los efectos del AOE sobre el endometrio y la implantación; es necesario ponderar cada una de las posiciones expresadas, a fin de definir jurídicamente si tales efectos existen. Dada esta realidad, y sin desconocer la validez e importancia de las opiniones presentadas durante el proceso, este Tribunal considera que hay suficientes elementos que conducen a una duda razonable respecto a la forma en la que actúa el AOE sobre el endometrio y su posible efecto antimplantatorio [sic], lo que afectaría fatalmente al concebido en la continuación de su proceso vital. Esta decisión se adopta fundamentalmente sobre la base de la información expresada en los insertos de cada una de las presentaciones de los anticonceptivos orales de emergencia, que en su totalidad hacen referencia a tal efecto. [...]» (fundamento 51).

En tal sentido, dicha mayoría concluyó que corresponde a las autoridades competentes el deber de cerciorarse, hasta llegar a un grado de certeza, de las propiedades benéficas del fármaco para la salud, así como la ausencia de efectos secundarios mortales o dañinos en su consumo. En el caso de llegar a dicho nivel de certeza a través de la realización de exámenes y aún quedaran reparos en terceros, correspondería a estos últimos probar el efecto dañino del fármaco (inversión de la carga de la prueba).

En cuanto a la alusión de la sentencia sobre el derecho a la vida en los tratados y otros documentos de los que el Perú es parte, se mencionó sin desarrollar argumentativamente, el artículo 1 de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre; luego, el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 6 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; el inciso 1 de los artículos 4, 5 y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el párrafo 3.º del Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Estos artículos hacen referencia al derecho que tiene toda persona al respeto de su vida a partir del momento de la concepción (sin llegar a definir el inicio de esta), al respeto de su dignidad, de la integridad física y, en el caso de los niños, se pone énfasis en el derecho a la debida protección legal tanto antes como después del nacimiento.

Ahora bien, el voto en minoría declaró infundada la demanda, con miras a proteger el doble contenido del derecho a la vida y no solo un extremo de este, que consiste en: «[...] una dimensión existencial en la que la vida tiene un reconocimiento y protección progresiva, en tanto impone la presencia de garantías para preservar su existencia; y una dimensión social en la que la vida requiere satisfacer necesidades básicas compatibles con el desarrollo humano [...]» (fundamento 6 de nuestro voto singular).

Cabe reparar en que, por la dificultad probatoria de identificar si existe embarazo antes de la anidación, se optó por la tutela desde esta última. Sin embargo, se debe resaltar la necesidad de brindar tutela jurídica a las situaciones jurídicas previas a la anidación; vale decir: «[...] No obstante, con las afirmaciones precedentes, es de absoluta relevancia puntualizar que no estamos afirmando que el estatus de un embrión fecundado pero no anidado no se encuentre ligado a un tema concierne con la vida y tampoco estamos tomando posición respecto al debate de la ciencia respecto de las teorías del inicio de la concepción. Sin embargo, atendiendo a la relevancia de la materia, es que consideramos necesario recomendar que el Estado, a través de sus órganos competentes, estime debatir una legislación que responda al tratamiento que el derecho debe dar al embrión antes de su anidación [...]» (fundamento 17 de nuestro voto singular).

Finalmente, los principios *pro homine*, *pro debilis* y precautorio, usados por la mayoría para que, en caso de duda sobre el tercer efecto de la píldora del día siguiente, se prefiriera prohibir su distribución, no fueron sometidos a un test racional de ponderación; sino de subsunción valorativa a favor de la parte demandante sin mayor análisis ni coherencia externa. Por tanto, si bien proscribieron el uso de la píldora del día siguiente en los establecimientos públicos de salud, la mayoría, en cambio, no se pronunció sobre su expendio al público en las farmacias privadas que las deseaba adquirir. Con ello se produjo una discriminación hacia las mujeres de bajos recursos económicos, en la medida que se les impidió el acceso a los servicios de salud público-gratuitos para obtener la AOE; mientras que, por defecto, la misma mayoría del TC permitió el expendio de dicha píldora para las personas de recursos económicos suficientes para adquirirlas en los establecimientos y farmacias privados.

2. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable

En la STC 3509-2009-PHC/TC, la Sala Segunda del TC dispuso que la Sala Penal emplazada excluya al Gral. (r.) Walter Chacón del proceso penal que se le seguía en libertad por la presunta comisión del delito de enriquecimiento ilícito. Walter Chacón es un ex ministro de Estado del gobierno de Fujimori y fue denunciado en el año 2001, no solo por el delito en mención, sino también por los delitos de cohecho y encubrimiento, por actuaciones en su período de mandato entre los años 1990-2000.

Pese a que se inició una investigación en el año de la referida denuncia, pasaron ocho años y no se conseguía un pronunciamiento firme; ello en razón de las dilaciones judiciales de los acusados, si bien propias de un delito complejo de corrupción gubernamental desde las más altas esferas del gobierno de Fujimori; pero que

se explican de cierta forma en la temeridad procesal del acusado y de los acusados de no colaborar con la justicia en el esclarecimiento del caso.

Más allá de la relevancia de la irretroactividad de la ley penal como derecho constitucional en este caso, a juicio del TC, mención especial merece el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Esto último se fundamentó en que se debe proscribir las dilaciones indebidas en tanto garantía del debido proceso, según el artículo 139.3 de la Constitución Política del Perú, que establece como principios la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Precisamente, según el TC, el inciso 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el inciso 1 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescriben que toda persona acusada de un delito tiene derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; así como a gozar de garantías mínimas en un contexto de plena igualdad, referidas a la independencia e imparcialidad del juez, al respeto del principio de legalidad y del plazo razonable, entre otras.

Estas disposiciones cobran vigencia, según la Sala Segunda del TC, conforme a lo indicado en la disposición final cuarta de la Constitución del Perú, a la que nos referimos anteriormente, y además, de acuerdo con su artículo 55, según el cual, *los tratados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional*.

Bajo ese derrotero, la determinación del plazo razonable del proceso, en virtud de los criterios del TC, tuvo como punto inicial para el cómputo la imputación realizada en la apertura de la investigación preliminar, por ser el primer acto *cuasi-jurisdiccional* a través del cual Walter Chacón tomó conocimiento de la activación del aparato persecutor del Estado. Es decir, este acto es el hecho objetivo a partir del cual el demandante pudo conocer la atribución o el señalamiento que lo afectó concretamente como sospechoso de haber participado en un acto delictivo.

En función del argumento previo, la conclusión del TC fue que se había transgredido el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Y así, utilizó los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para evaluar la afectación del plazo razonable [a) actividad procesal del imputado; b) conducta de autoridades judiciales; c) complejidad del caso]; y como resultado de ello, identificó que en el caso *Chacón*, la dilación fue causada por el órgano jurisdiccional. Así pues, en términos del Tribunal: «[...] En cuanto a la actuación procesal del imputado, cabe señalar que de los actuados no se aprecia ninguna actuación dilatoria por parte del recurrente, lo que tampoco ha sido indicado en el referido informe expedido por la presidenta de la Sala Penal emplazada. En este sentido, se advierte que la excesiva duración del proceso no puede ser imputada al procesado, sino más bien ha sido consecuencia de una tramitación negligente del proceso por parte del órgano jurisdiccional, quien de

modo innecesario inició un proceso penal con gran cantidad de imputados, a pesar de existir la posibilidad real de una desacumulación. Es por ello que la demanda debe ser estimada en este extremo [...]» (Fundamento 32).

Sin mayor argumentación ni ponderación de la complejidad de los procesos anticorrupción, perpetrados desde las más altas esferas del gobierno de Fujimori, la Sala Segunda del TC declaró fundada la demanda y dispuso que la Sala Penal del Poder Judicial excluyera al procesado en libertad del proceso penal por enriquecimiento ilícito. Con esta exculpación no solo se produjo la paradoja de la expedición posterior de sentencias condenatorias de la Sala Penal contra los cómplices y coacusados del Gral. (r.) Chacón, sino que también se quebró la pacífica y uniforme jurisprudencia del TC de otorgar un plazo perentorio a los jueces o salas del Poder Judicial para que se pronunciaran sobre el caso de un procesado cuando se había vencido el plazo de enjuiciamiento o detención previsto por la ley —supuesto este que no correspondía al caso del Gral. (r.) Chacón.

3. Derecho a la propiedad

En la STC 03347-2009-PA/TC, una mayoría del TC declaró infundado el recurso de agravio constitucional (RAC), interpuesto por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) contra una sentencia de la Octava Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de amparo presentada contra el representante del arzobispo de Lima, Juan Luis Cipriani, en la Junta Administradora de la Universidad, que en 1994 concluyó sus funciones, para que no afectara la autonomía universitaria, se respetara su propiedad y, subsecuentemente, su autonomía en la gestión administrativa y académica.

Uno de los petitorios de la demanda de amparo, referido al derecho a la propiedad, consistió en que el demandado se abstuviera de intervenir directa o indirectamente, a través de la Junta Administradora o por cualquier otro medio, en el ejercicio pleno del derecho de propiedad que le corresponde a la PUCP sobre los bienes heredados de don José de la Riva Agüero y Osma, el mismo que fue estimado en segunda instancia; pero, la Octava Sala desconoció la cosa juzgada de ese extremo y fue esta la materia objeto del recurso de agravio constitucional de la PUCP ante el TC.

Sin embargo, el TC se centró de forma *extra petita* en pronunciarse sobre el derecho a la herencia. En este entendido, a juicio del Tribunal era necesario interpretar los testamentos de Riva Agüero para determinar cuál de ellos debería prevalecer en el legado que dejó a la Universidad Católica. En este orden de ideas, las conclusiones a las que llegó la mayoría del Tribunal fueron: «[...] a. No obstante que

el testamento de Riva Agüero hace alusión a una “propiedad absoluta” que hereda la Universidad Católica, esta última, por imperio de la ley, heredó una propiedad con las propias limitaciones impuestas por la legislación vigente a todo derecho de propiedad, limitación a la que se suma aquella dispuesta por el testador, en su testamento de 1938, al ordenar que sea una Junta —y no la propia Universidad—, quien administra los bienes heredados. [...] f. Toda la doctrina revisada, además de las normas internas aplicables, apuntan de manera meridiana al hecho de que la última voluntad del testador fue designar una Junta Administradora insustituible y perpetua para administrar los bienes heredados por la Universidad. g. Las gestiones, comunicaciones y reclamos del representante del Arzobispado ante la Junta, [...], no constituyen amenazas o agravios, en tanto que pertenecen al ejercicio de un derecho exigible y que tiene como fin resguardar y restituir la última voluntad del testador [...]» (fundamento 21).

En el presente caso, a pesar de tratarse de un proceso constitucional, la discusión estuvo orientada básicamente a descubrir la voluntad del causante y establecer las reglas reguladoras de la administración de los bienes de la herencia, función que corresponde a la jurisdicción ordinaria; ello, en desmedro de una reflexión profunda, desde la Constitución, sobre el contenido esencial e implicancias del derecho a la autonomía universitaria; y, en consecuencia, a la gestión de su propiedad a propósito de la demanda interpuesta.

El fallo no se pronuncia sobre la garantía institucional de la autonomía universitaria, tanto en lo relativo a lo académico —la libertad de cátedra—, como a lo administrativo —gestión de su propiedad—; más aún si la PUCP es una universidad privada. Derechos que se soslayan en la sentencia en mayoría, en función de los cuales se ponen en peligro los elementos que identifican a dicha universidad con la defensa de los derechos humanos y la democracia, desde la formación humanista y cristiana que le otorga identidad y eficacia en su quehacer universitario con la sociedad.

4. Derecho al honor

En la STC 04611-2007-PA/TC, el TC declaró fundado el recurso de agravio constitucional (RAC), interpuesto por la comunidad nativa Sawawo Hito 40 contra la sentencia de la Sala Civil y Afines de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, que declaró improcedente la demanda de amparo presentada contra el director del semanario *El Patriota*, Roy Maynas Villacrez, que a juicio del colegiado vertió expresiones desproporcionadas sobre dicha comunidad, ya que utilizó expresiones como las de «contubernio» o «complicidad» con la empresa Forestal Venao. En vez

de lo anterior, hubieran podido emplearse términos menos graves para expresar el mensaje comunicativo o denuncia periodística, con el fin de condenar la actitud de la comunidad indígena que habría permitido la tala ilegal de árboles.

Entre otras vulneraciones de derechos alegados por la demandante, la referida al derecho al honor fue la única declarada como fundada. Al respecto, el Tribunal consideró que debía hacerse previamente un análisis de la titularidad de derechos fundamentales de la que gozan las comunidades de los pueblos originarios en el Perú. Según ello, se indicó que la Constitución reconoce a las comunidades campesinas y nativas personería jurídica y existencia legal sin someter su existencia a inscripción o formalidad alguna. Finalmente se concluyó que: «[...] La Norma Fundamental solo puede brindar protección constitucional a la actividad periodística que se realice sobre la base del respeto de los derechos de los demás [...]» (fundamento 43).

Este fue el resultado del juicio ponderativo del Tribunal, comprendido por el test de adecuación (idoneidad en la acción realizada); por el test de necesidad (ausencia de una solución más efectiva y adecuada que la tomada); y por el test de proporcionalidad en sentido estricto (conveniencia institucional). Sin embargo, no es el sentido correcto del control constitucional sobre las expresiones comunicativas y, por ende, sobre el derecho a la libertad de expresión, en relación con la protección del derecho fundamental al honor. Desde nuestro punto de vista, no puede calificarse una expresión como ilegítima por vulnerar el derecho al honor solo porque existan expresiones que puedan ser menos *fuertes* sobre el ámbito espiritual subjetivo de una persona o colectividad. Solo cuando las expresiones utilizadas sean inconducentes, esto es, cuando no tengan nada que ver con el mensaje comunicativo que se pretende transmitir, o cuando sean vejatorias de la dignidad de la persona, pueden ser consideradas ilegítimas y, por tanto, conocidas a través de un proceso judicial.

Ahora bien, la sentencia dispuso una serie de medidas de satisfacción del derecho al honor dañado, en la línea de la jurisprudencia de las reparaciones inmateriales de la Corte IDH, tales como: a) el envío de una carta notarial de desagravio a la comunidad nativa; b) la publicación de la mencionada carta en el diario de mayor circulación en la región, a costo de la demandada, en el plazo máximo de siete días; c) la publicación de un suplemento especial en el mismo semanario o en cualquier otro, que reproduzca por completo el tenor de la sentencia, bajo el título «Reparación a la comunidad nativa “Sawawo Hito 40” por parte del semanario “El Patriota” en cumplimiento de la sentencia recaída en el Expediente n.º 4611-2007-PA/TC»; y d) el pago de multas acumulativas a ser fijadas por el juez de ejecución en caso de incumplimiento de los tres mandatos expresados anteriormente.

Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia uruguaya (2009-2010)

Martín Risso Ferrand*

I. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia uruguaya viene demostrando una positiva evolución en temas constitucionales y de derechos humanos. Así, de actitudes anticuadas y hostiles frente a las acciones de amparo, se viene apreciando un cambio y son frecuentes ahora los acogimientos de amparos médicos (que reclaman medicamentos o mejores servicios de atención).

Pero lo anterior se ha visto definitivamente eclipsado por el dictado, por la Suprema Corte de Justicia (SCJ), de lo que puede catalogarse como la sentencia de la Corte más importante de las últimas décadas en temas constitucionales. La sentencia n.º 365, del 19 de octubre de 2009, presenta una singular trascendencia en la consideración del derecho internacional de los derechos humanos por la SCJ.

II. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

Las referencias a la existencia de un *bloque* normativo son antiguas. Así, encontramos referencias frecuentes al bloque de constitucionalidad o bloque constitucional. Otras veces se habla de bloque de derechos o de bloque de derechos humanos, o incluso de bloque de derechos fundamentales. El gran problema de estas nociones es la falta de contenido unívoco.

* Decano y profesor titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

La expresión *bloque de constitucionalidad*¹ tiene un origen francés y en general² se atribuye su nacimiento a Louis Favoreu, quien la utilizó para explicar una decisión del Consejo Constitucional francés en la década del 70.³ Este autor sostenía en 1999 que el bloque tiene tres componentes preponderantes y uno marginal. Dentro de los preponderantes aparece el texto de la Constitución de 1958, la Declaración de Derechos de 1789 y el preámbulo de la Constitución de 1946. Como elemento marginal menciona los principios fundamentales de las leyes de la República,⁴ declarados tales por el Consejo Constitucional.⁵ Agregaba Favoreu que no están incluidas en el bloque los reglamentos de las cámaras, las normas internacionales y los principios generales de derecho.⁶

Partiendo de esta noción, y del concepto italiano de *normas interpuestas*, en España se han desarrollado varios conceptos de *bloque de constitucionalidad*: a) uno coincidente con la noción de Constitución en sentido material; b) otro para referir al conjunto de normas que sirve para enjuiciar la constitucionalidad de una norma específica; c) otro que refiere a un complejo normativo cuyo objetivo es la determinación aceptable de normas o parámetros susceptibles de regular el reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. Esta pluralidad de contenidos, sin dudas problemática, ha llevado a algunos a sugerir la conveniencia de diferenciar entre *bloque constitucional* y *bloque de constitucionalidad*.

En América Latina, y sin perjuicio de algunos autores que siguen los conceptos anteriores, es frecuente encontrar otros sentidos para referir al bloque. Bidart Campos, entre otros, ha preferido reservar la expresión *bloque de constitucionalidad* para referir al conjunto normativo integrado por la Constitución y los tratados internacionales que no forman parte de la Constitución (y el derecho no escrito). El complemento se produce con disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales que no se encuentran en el texto constitucional.⁷

1 Que encuentra sus orígenes en las reflexiones sobre la supralegalidad de Maurice HAURIUO: *Principios de derecho público y constitucional*. Granada: Comares, 2003, pp. 335 ss.

2 También se atribuye su origen a Claude EMERL.

3 Edgar CARPIO MARCOS: «Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes», pp. 2 y 3 (http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=edgar_carpio_marcos). Véase *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, n.º 4, julio-diciembre 2005, México D. F.: Porrúa e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional,

4 Louis FAVOREU, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, Jean-Louis MESTRE, Otto PFERSMANN, André ROUX y Guy SCOFFONI: *Droit constitutionnel*. París: Dalloz, 1999, 2.ª ed., pp. 150-153.

5 Bernard CHANTEBOU: *Droit constitutionnel et science politique*. París: Armand Colin, agosto de 1999, 16.ª ed., p. 606.

6 Esto constituye un matiz importante para comparar con las nociones latinoamericanas.

7 Germán J. BIDART CAMPOS: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Ediar, 1995, p. 264.

Esta es, por su parte, la solución de la Constitución argentina desde 1994.⁸

También en 1995, la Corte Constitucional colombiana entendió que: «[...] el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado constitucional, son utilizadas como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional [...]». Por esta vía se equipara el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos.⁹

Nogueira proporciona un matiz importante y nos habla de *bloque de derechos*¹⁰ y *bloque constitucional de los derechos fundamentales*,¹¹ para referir al «conjunto de derechos de la persona (atributos) asegurados por fuente constitucional o por fuentes del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional, como el derecho consuetudinario y los principios de “ius cogens”) y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del artículo 29 literal c de la CADH, todos los cuales, en el orden constitucional

-
- 8 La Constitución argentina vigente realiza en su artículo 75, en lo que refiere a derechos humanos, una triple distinción: a) En primer término, los documentos internacionales que expresamente se enumeran en el párrafo 2.º del numeral 22 del artículo mencionado tienen rango constitucional. b) Un segundo grupo está compuesto por otros tratados relativos a los derechos humanos, los que si fueran ratificados por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara, también tendrán rango constitucional. c) En tercer lugar encontramos otros tratados referidos a los derechos humanos que, ratificados por el Congreso, no alcancen la mayoría necesaria para que se les reconozca rango constitucional, en cuyo caso, los tratados tendrán jerarquía infraconstitucional, pero supralegal, según resulta de las disposiciones constitucionales debidamente armonizadas. Al respecto véase Néstor P. SAGÜÉS: «Los tratados internacionales en la reforma constitucional argentina de 1994», en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. XI, n.º 63-66, pp. 228 ss.; Adolfo G. ZIULU: «El principio de supremacía y los tratados internacionales después de la reforma constitucional argentina de 1994», en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. XII, n.º 72, pp. 733 ss.; Juan A. TRAVIESO: «La reforma constitucional argentina de 1994. Relaciones entre el derecho internacional, derecho interno y derechos humanos», en *La Ley*, Buenos Aires, 1994, pp. 1318 ss.
- 9 Juan C. HITTERS y Oscar L. FAPPIANO: *Derecho internacional de los derechos humanos*, t. I, v. I. Buenos Aires: Ediar, 2007, p. 399. Estos autores citan la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-225/95. Y agregan que el bloque se compone de normas de diversa jerarquía que sirven como parámetro para el control de constitucionalidad de la legislación, destacando que es la solución argentina desde 1994.
- 10 Humberto NOGUEIRA: «Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia», en *Ius et Praxis, Derecho de la Región*, año 9, n.º 1, Talca: Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2003, p. 422.
- 11 Humberto NOGUEIRA: *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, t. I. Santiago de Chile: Librotecnia, 2007, pp. 31 ss.

chileno, constituyen límites a la soberanía, como lo especifica categóricamente el artículo 5 inciso 2 de la Constitución chilena vigente».

Esta noción, sin obviamente la referencia al artículo 5 de la Carta chilena, pero agregando lo establecido en los artículos 7 y 72 de la Constitución uruguaya, bajo la denominación de «bloque de los derechos humanos» (similar a bloque de los derechos fundamentales o bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales), también fue sostenida en Uruguay.¹²

Dadas las referencias y citas realizadas en la sentencia en análisis, deberá concluirse que es en este último sentido en que la SCJ está utilizando la expresión. Y no siendo el objeto de este trabajo el de profundizar en estos conceptos sino el comentario de la nueva posición de la Suprema Corte, es que me limitaré a utilizar esta noción del bloque.

Sí es importante destacar que con esta perspectiva: a) el derecho internacional de los derechos humanos tiene la misma jerarquía que las normas constitucionales; y b) no se produce una suerte de *constitucionalización* del derecho internacional de los derechos humanos, sino que cada norma se integra en el bloque manteniendo su fuente normativa: constitucional e internacional.

Asimismo, debe destacarse debidamente que cuando se presentan discordancias o simples diferencias entre la regulación de un derecho por parte de dos o más normas constitucionales e internacionales, el conflicto no se resuelve conforme el principio de jerarquía ni haciendo primar las normas de determinada fuente normativa sobre la otra. Por el contrario, la contradicción o diferencia se supera conforme la *directriz de preferencia de normas* que dispone que entre dos regulaciones de derechos humanos, y en forma independiente de su fuente, debe preferirse aquella que mayor alcance o protección reconozca al derecho en juego.¹³

La sentencia de la SCJ plantea dos grandes cuestiones innovadoras en el derecho uruguayo. A saber:

- a. Es evidente que la SCJ considera que el derecho internacional de los derechos humanos resulta directamente aplicable en el ámbito interno con rango no inferior al constitucional.

12 Martín RISSO FERRAND: *Derecho constitucional*, t. I. Montevideo: FCU, 2006, 2.ª ed. ampl. y actualiz., pp. 109-118; *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*. Montevideo: FCU, 2008, 1.ª ed., pp. 20-30; y *¿Qué es la Constitución?* Montevideo: Ediciones Universidad Católica del Uruguay, 2010, pp. 64-66.

13 Néstor P. SAGÜÉS: *La interpretación judicial de la Constitución*. Buenos Aires: LexisNexis, 2.ª ed., 2006, pp. 211-216.

- b. La SCJ da gran importancia a consideraciones internacionales, comprendiendo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a la jurisprudencia y el derecho extranjeros. Este aspecto es verdaderamente trascendente por lo que debe procederse a una primera aproximación a este y a sus consecuencias.

III. RELACIÓN ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Respecto del primer punto, en Uruguay, y sin modificaciones constitucionales, atravesamos, en lo que refiere a la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, por cuatro etapas relativamente claras:

1. *Separación total*: Ambos órdenes normativos eran considerados como compartimentos estancos.
2. *Relación inicial a través del artículo 72 de la Constitución*: El derecho internacional servía de inspiración para admitir un derecho como inherente a la personalidad humana. Pero siempre la admisión del derecho dependía de la discusión y la decisión de si el derecho era inherente a la persona humana o derivado de la forma republicana de gobierno.
3. *Constitucionalización de los derechos internacionales*: En esta etapa se postula la inversión de la anterior. Se presume que todos los derechos humanos del orden internacional son inherentes a la personalidad humana (qué elemento más importante para probar esto puede haber que el reconocimiento del derecho humano, con tal condición, por el orden internacional), y por lo tanto ingresan todos por el artículo 72. Solo en casos excepcionales, y argumentación mediante, podrá excluirse un derecho del artículo 72 invocando que en ese caso, y pese a la regulación internacional, no es inherente a la personalidad humana.¹⁴

14 El primero en abrir esta interpretación fue Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO: «Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya», en *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, 1996. También Martín RISSO FERRAND: «Instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y el artículo 72 de la Constitución», en *Quinto coloquio de derecho público*. Montevideo: Editorial Universidad; y «La Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración America-

4. *El «bloqueo» de los derechos humanos*: En este esquema se acepta la coexistencia de los dos órdenes, constitucional y nacional, conformando un conjunto normativo que se rige por el principio de preferencia de normas (el intérprete debe preferir, en caso de divergencia normativa, aquella norma que mejor protege o mayor alcance reconoce al derecho), sin que las normas pierdan su fuente normativa. Esta es la posición que toma la SCJ en la sentencia que se comenta.

IV. JURISPRUDENCIAS EXTRANJERA E INTERNACIONAL

La otra gran cuestión que plantea la sentencia en el aspecto que se está analizando es el de la importancia que asigna a la opinión de la comunidad internacional a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia extranjera. Expresamente dice la SCJ que estos pronunciamientos no pueden soslayarse y son tenidos en cuenta por la Corporación para dictar la sentencia.

Se plantean acá varias cosas: a) incidencia en el ámbito interno, fuera del campo de aplicación de la propia sentencia, de los pronunciamientos de la Corte y la Comisión Interamericanas y cómo influyen en las decisiones de los tribunales nacionales; b) incidencia y peso del pensamiento de la comunidad internacional en el tema a decidir y cómo incide en el pronunciamiento del tribunal nacional.

1. Incidencia en el ámbito interno, fuera del campo de aplicación de la propia sentencia, de los pronunciamientos de la Corte y de la Comisión Interamericanas

La influencia de la jurisprudencia internacional en las cuestiones internas no es un tema novedoso en el derecho comparado. Algunos autores hablan del principio de interacción¹⁵ y otros del principio de retroalimentación y optimización,¹⁶ pero en ambos casos se hace referencia a cómo el juez nacional debe tener en cuenta al juez internacional y cómo el juez internacional, también, debe considerar las reglas del derecho nacional aplicables al caso.

na de los Derechos y Deberes del Hombre y la Constitución uruguaya», en *Derechos Humanos*. Montevideo: Amalio Fernández, 1999, pp. 61 ss.

15 Néstor P. SAGÜÉS: «La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional», Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de *Anales*, año XLII, segunda época, n.º 36, Buenos Aires, 1998, pp. 9 ss.

16 Humberto NOGUEIRA: *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, cit., pp. 207 ss.; y Juan C. HITTERS y Oscar L. FAPPIANO: *Derecho internacional de los...*, cit., t. I, v. I, p. 448.

Sagüés recuerda la tesis del estándar mínimo, conforme la cual los ciudadanos de una comunidad de Estados pueden gozar de las mismas garantías más protectoras de las que gozan los ciudadanos de otros Estados de la comunidad.¹⁷ Para cumplir con esta máxima encontramos dos grandes variantes: a) la doctrina del «seguimiento nacional» y b) la interpretación conforme a los instrumentos internacionales de los derechos humanos.¹⁸

Conforme la primera variante (seguimiento nacional) se postula que la interpretación realizada por los tribunales internacionales debe servir de guía a los tribunales nacionales. Incluso, como lo hace la SCJ en la sentencia en análisis, estas apreciaciones no se extienden solo a la Corte Interamericana sino también a las resoluciones de la Comisión Interamericana. Esta variante se basa en la mayor calidad, jerarquía e imparcialidad de los criterios de las jurisdicciones supranacionales sobre la nacional. Además, es lógico que los tribunales nacionales conozcan los criterios supranacionales ya que el caso podrá llegar a ese nivel.

La segunda variante (interpretación de las normas internas conforme los criterios emanados de las normas internacionales), que tiene por ejemplo texto expreso en España (art. 10), es aún más clara que la anterior. Así como se acepta por la comunidad internacional que el ordenamiento jurídico infraconstitucional debe ser interpretado conforme a la Constitución, o *desde* la Constitución,¹⁹ es claro que las normas nacionales debe ser interpretadas, dentro de la concepción del bloque, *desde* la Constitución y *desde* el derecho internacional. O si se prefiere, *desde* el bloque.

Pero lo anterior, como señala Sagüés, debe ser completado con la doctrina del «margen de apreciación nacional» que postula que los tribunales internacionales no apliquen el derecho internacional con criterios puramente generales o abstractos, sino teniendo en cuenta las particularidades (normativas y fácticas) del país donde se presenta el problema. Pero aclara que el margen de apreciación nacional variará según las circunstancias, la materia y el contexto. Claro que esta doctrina puede llevar a que un derecho no tenga el mismo alcance o protección en todos los lugares y, además, se afecte la universalidad de los derechos permitiendo interpretaciones desiguales. Pero si esto es cierto, también lo es que un derecho no puede juzgarse en abstracto, omitiendo los marcos culturales y económicos que lo rodean. También la jurisdicción internacional tiene sus riesgos, como el autismo

17 Néstor P. SAGÜÉS: «La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional», cit., pp. 9 ss.

18 Néstor P. SAGÜÉS: *La interpretación judicial de la Constitución*, cit., pp. 220 ss.

19 Me remito a: *Derecho constitucional*, cit., pp. 265-285.

jurídico (se interpreta el documento internacional pero se prescinde de la realidad), actitudes hedonistas y narcisistas, razones ideológicas, etcétera.²⁰

De estas tensiones concluye Sagüés que habrá topes para el margen de apreciación nacional y que la doctrina no funcionará para justificar cegueras axiológicas de una sociedad (no puede fundarse o aceptarse una situación de semiesclavitud). Hay un margen de apreciación nacional aceptable y otro inaceptable²¹ y habrá que actuar dentro de dichos topes.

También desde el punto de vista del derecho internacional, y como ha señalado la Corte Interamericana,²² conforme la Convención de Viena (art. 31) si un Estado suscribe un tratado internacional, especialmente si se trata de derechos humanos, tiene la obligación de realizar los mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como lo es la Comisión Interamericana. Este razonamiento refuerza la importancia de la jurisprudencia internacional (y de las recomendaciones de la Comisión) a la hora de aplicar el derecho interno por parte del juez nacional.

En definitiva, y en la medida que la SCJ se alinea inequívocamente con estas posiciones que reconocen el peso de las jurisdicciones internacionales a la hora de aplicar el derecho interno, aparece un segundo aspecto, extraordinariamente relevante, que permite concretar una imprescindible actualización de nuestra jurisprudencia en estos temas.

2. Incidencia y peso del pensamiento de la comunidad internacional en el tema a decidir y cómo incide en el pronunciamiento del tribunal nacional

Pero la SCJ no se limita a reconocer la incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de las recomendaciones de la Comisión a los efectos de la aplicación del derecho interno, sino que va más allá y reconoce la incidencia, por ejemplo, de la jurisprudencia extranjera (citando expresamente jurisprudencia argentina).

Si bien en este punto la SCJ no es tan clara como cuando refiere a la jurisprudencia internacional, estas referencias al derecho y la jurisprudencia comparados son relevantes.

Sosteniendo que la Constitución es mucho más que su propio texto, y que además de la Carta en sus aspectos normativos, sociológicos, valorativos, en tanto código

20 Néstor P. SAGÜÉS: «La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional», cit., p. 27.

21 *Ibidem*, pp. 9-27. Y del mismo autor: *La interpretación judicial de la Constitución*, cit., pp. 220-221.

22 Caso *Loayza Tamayo vs. Perú*. Puede verse en César LANDA ARROYO: *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Palestra, 2005, p. 261.

político y como código de valores, y tomando el desarrollo de Tribe,²³ se ha señalado la existencia de una Carta invisible o de procesos de mutación constitucional que deben ser reconocidos por el intérprete.²⁴ En este sentido, se señaló como las formas más apropiadas para llegar a esta parte de la Constitución, el recurso del pasado (tradicción, costumbre propiamente dicha, prácticas o ideas que no llegan a constituir derecho consuetudinario, etcétera), el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho comparado, y las convicciones colectivas de una sociedad en un momento determinado.²⁵

En este esquema, la aceptación de la SCJ de que, además de recurrir a la jurisprudencia internacional, puede recurrirse a la jurisprudencia nacional de otros Estados (coincidente con la internacional) abre interesantísimas posibilidades interpretativas que no pueden ser analizadas en este trabajo.

V. CONCLUSIONES

En definitiva, es claro que la sentencia n.º 365, del 19 de octubre de 2009, en lo que refiere al relacionamiento del derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos y con la jurisprudencia internacional y extranjera, aparece como uno de los pronunciamientos más importantes de las últimas décadas, en la medida que:

1. Acepta sin ninguna duda la aplicación directa del derecho internacional de los derechos humanos dentro del ámbito interno.
2. Es incuestionable que el rango normativo de las disposiciones internacionales referidas a los derechos humanos es supralegal, similar a la Constitución.
3. La aceptación de la noción del *bloque de los derechos fundamentales* coloca a la SCJ entre los supremos tribunales (o cortes constitucionales) con posiciones más avanzadas y protectoras de los derechos humanos del continente.

23 Laurence TRIBE: *The invisible constitution*, Oxford University Press, 2008.

24 Me remito a lo dicho en: *¿Qué es la Constitución?*, cit., pp. 50-76.

25 Sobre el «recurso al intérprete externo», puede verse Néstor P. SAGÜÉS: *La interpretación judicial de la Constitución*, cit., pp. 235 ss.

4. El bloque, reconocido ahora jurisprudencialmente, puede definirse, siguiendo a Nogueira, con base en el individuo, como el conjunto de derechos de la persona (atributos) asegurados por fuente constitucional o por fuentes del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional, como el derecho consuetudinario y los principios de *ius cogens*) y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del artículo 29 literal *c* de la CADH y del artículo 72 de la Constitución uruguaya. Y también puede definirse el bloque desde el punto de vista normativo como el conjunto de disposiciones constitucionales e internacionales referidas a los derechos fundamentales, sin perjuicio de la aceptación de los derechos implícitos. Cada disposición mantiene su fuente normativa.
5. Dentro de este bloque, las normas mantienen su fuente original (constitucional o internacional) y las diferencias normativas se superan con aplicación de la directriz de preferencia de normas.
6. Se reconoce la necesidad de considerar en estos temas los criterios y parámetros internacionales (no solo de la Corte Interamericana sino también de la Comisión), así como la incidencia de la opinión de la comunidad internacional, a través de la jurisprudencia extranjera.

La relativización de la garantía de los derechos fundamentales por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela

Jesús M. Casal*

I. INTRODUCCIÓN

Tal como se explicó en el estudio correspondiente al año anterior, el sistema venezolano de justicia constitucional se caracteriza por ser mixto o integral, dado que todos los jueces están facultados para desaplicar las leyes que estimen incompatibles con la Constitución, al tiempo que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia cuenta con la atribución de declarar la nulidad de las disposiciones legislativas inconstitucionales. Más allá del ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes, nuestro sistema otorga también una función importante a los jueces ordinarios en la protección de los derechos fundamentales en casos concretos, incluso mediante mecanismos específicos del derecho procesal constitucional como el amparo constitucional. No obstante, ya entonces se señalaba que, pese a estos rasgos distintivos del sistema, que se encuentran consagrados en la Constitución, se apreciaba en los últimos años una tendencia centrípeta que estaba conduciendo a acrecentar el papel de la Sala Constitucional en todo lo relativo a la defensa e interpretación constitucional.

Esta tendencia no ha cesado y los jueces ordinarios siguen siendo víctimas de una significativa reducción de su posible campo de acción en la materia, lo cual es consecuencia, entre otros factores, del sobredimensionamiento del efecto vinculante de las interpretaciones de la Sala Constitucional, de los criterios restrictivos

* Profesor de Derecho Constitucional y director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas). Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional. Miembro de la Comisión Andina de Juristas.

predominantes en relación con la procedencia del amparo y de la amplitud conferida a la facultad de revisión de sentencias ejercida por dicha Sala.

Tampoco ha variado la orientación material o sustancial de la jurisprudencia constitucional, ya que esta no ha estado encaminada a la garantía de las libertades y derechos fundamentales ni a la preservación del pluralismo político y de los equilibrios institucionales. Se mantiene igualmente vigente la concepción que supedita la protección internacional de los derechos humanos a la salvaguarda de la soberanía estatal, del proyecto ideológico-constitucional y de las decisiones que bajo ese manto hayan adoptado los órganos judiciales del país y, en particular, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Se han producido algunas novedades legislativas en virtud de la reciente promulgación de la reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que incorpora reglas sobre los supuestos de procedencia y los procedimientos de algunos de los mecanismos de la justicia constitucional.¹ Esta reforma introduce algunas

1 Cf. *Gaceta Oficial* n.º 5991, del 29 de julio de 2010, reimpressa en la *Gaceta Oficial* n.º 39483 del 9 de agosto de 2010 y, luego, en la *Gaceta Oficial* n.º 39522 del 1 de octubre de 2010. Los principales contenidos de la reforma en ese ámbito son los siguientes:

a) Se establecen los supuestos en que procede la facultad de revisión de sentencias definitivamente firmes por la Sala Constitucional, con arreglo en principio a los criterios que ya había sentado la jurisprudencia constitucional. Se prevé que es posible ejercerla cuando los tribunales hayan desconocido un precedente «dictado» (sic) por la Sala Constitucional, hayan efectuado una indebida aplicación de un principio o norma constitucional o cometido un error grave en su interpretación, o hayan dejado de aplicar un principio o norma constitucional (art. 25, num. 10). De estos cuatro supuestos el primero es en realidad nuevo, pues la jurisprudencia de la Sala no había llegado tan lejos en la extensión de la comentada facultad. Permitir que ante cualquier indebida aplicación de un principio o norma constitucional pueda revisarse una sentencia definitivamente firme es poner aún más en riesgo la seguridad jurídica y el respeto al orden competencial de lo que hasta el presente había ocurrido en virtud de la jurisprudencia precedente.

Además, en lo relativo a la revisión, por la Sala Constitucional, de sentencia de otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, inexplicablemente se agregan dos supuestos de procedencia adicionales a los anteriores, referidos a los casos de vulneración de «principios jurídicos fundamentales que estén contenidos en la Constitución de la República, tratados, pactos o convenios internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República», y de «[...] violaciones de derechos constitucionales» (art. 25, num. 11). En cuanto a lo primero, no se entiende por qué esa causal no rige respecto de otras sentencias definitivamente firmes, sino solamente en relación con las dictadas por otras Salas del Máximo Tribunal. En cuanto a lo segundo, es superfluo pues ya queda comprendido por los supuestos generales de la revisión de sentencias arriba enunciados. Por otra parte, se prevén los efectos, devolutivos o no, de la revisión (art. 35).

b) Se ratifica la obligación de los jueces que ejerzan el control difuso de la constitucionalidad de las leyes de informar a la Sala Constitucional sobre los fundamentos y alcances de la desaplicación acordada, así como la potestad revisora de la Sala sobre las correspondientes sentencias, y se clarifica que, si ella confirma la desaplicación, queda facultada para ordenar el inicio del procedimiento de control abstracto de la constitucionalidad de la ley, que puede concluir con la anulación de la misma (arts. 33 y 34).

mejoras en la regulación de la materia, pero sigue pendiente la aprobación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional, la cual debería poner coto al desbordamiento competencial de la Sala Constitucional y reivindicar el papel del juez ordinario en la defensa e interpretación de la Constitución.

A continuación se analizarán dos sentencias de la Sala Constitucional correspondientes al período examinado que han suscitado justificada preocupación por representar serias amenazas a la garantía jurídica de los derechos fundamentales.

II. EXAMEN JURISPRUDENCIAL

1. La limitación de la libertad económica y la teoría de las restricciones a los derechos fundamentales

Una sentencia de la Sala Constitucional ha dejado establecidos criterios inquietantes en relación con la limitación de la libertad económica u otros derechos constitucionales.² En el recurso interpuesto se objetaba, entre otras regulaciones, la obligación impuesta por la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, de 2004, de imprimir o marcar en los productos o mercancías el precio correspondiente, aunque no se trate de bienes declarados de primera necesidad. Se alegaba que no existe una razón de interés social para exigir dicho marcaje cuando los bienes respectivos no han sido declarados de primera necesidad, lo cual vulneraba, a juicio de los accionantes, el artículo 112 de la Constitución, que solo permite limitar la libertad económica «por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social».

c) Se mantiene con gran amplitud la atribución de la Sala de avocarse al conocimiento de causas que cursen ante otros tribunales u otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia (art. 25, num. 16).

d) Se prevé la facultad de la Sala Constitucional, que ella misma se había atribuido, de resolver recursos directos de interpretación de la Constitución (art. 25, num. 17).

e) Se regulan transitoriamente las acciones interpuestas en defensa de intereses o derechos difusos o colectivos y se reduce el monopolio competencial que la Sala Constitucional había asumido en la materia a los hechos que posean trascendencia nacional, previéndose que aun en estos supuestos las leyes especiales pueden atribuir la competencia a otro órgano judicial, como ocurre en el ámbito del contencioso electoral o del contencioso de los servicios públicos (arts. 25, num. 21 y 146 ss.).

f) Se regula transitoriamente el procedimiento del hábeas data. Se suprime el monopolio competencial que la Sala Constitucional había asumido pretorianamente, aunque se asigna la competencia a unos tribunales de Municipio del orden contencioso administrativo que aún no han sido creados (arts. 167 ss.).

2 Sentencia de la Sala Constitucional n.º 1049, del 23 de julio de 2009.

La Sala Constitucional, después de adoptar la distinción entre reglas y principios e intentando aplicarla al caso de autos, sostuvo que el derecho a la libertad económica es un principio y agregó: «Dichas “razones”, cuya presencia podría “limitar” la aplicación del contenido del derecho a la libertad económica, no podrían asimilarse a las denominadas “restricciones” de los derechos fundamentales, pues el término “restricción” debe reservarse a aquella parte de las disposiciones de derechos fundamentales que expresamente indican en cuáles casos no se aplica el mandato contenido en el derecho o en cuáles casos no quedan protegidos por el mismo».

Es decir, según la sentencia, el concepto de restricción —y no solo el término— debe reservarse para los supuestos en que la Constitución recorta el ámbito del derecho reconocido, como sucede cuando el artículo 53 de la Constitución garantiza el derecho a reunirse «con fines lícitos y sin armas». En cambio, si el Estado interviene en la libertad económica en consideración a algunas de las razones mencionadas en el artículo 112 de la Constitución, lo hace porque la remisión a la ley contenida en esta disposición va dirigida a: «autorizar al legislador a que, a la hora de establecer una normativa en relación con la actividad económica, también proteja, promueva y garantice otros bienes de igual entidad. En otro sentido, es una autorización para, al tiempo que se promueve la libertad de empresa, se garantizan otros bienes jurídicos atendibles. El resultado de dicha tarea puede resultar en la protección de unos u otros bienes jurídicos, en grados diversos, e incluso, como se verá más adelante, en la precedencia de unos respecto de otros. El legislador disfruta, respecto al artículo 112 constitucional, de un margen de creatividad y poder de configuración sensiblemente mayor que en el caso en que afronte el desarrollo del artículo 53 de la Constitución, el cual le marca una frontera infranqueable: aquella en que consiste la prohibición según la cual los que participen en una reunión estén armados. Los demás poderes públicos deben hacer lo propio en el ámbito que les corresponda.

Esta facultad que ha venido calificando la Sala como creadora de normas, y que sería el producto de la combinación de los mandatos de derecho fundamental pertinentes para dictar una ley, una sentencia o un acto administrativo, ha sido vinculada por la doctrina al uso de una técnica llamada *ponderación de principios*.

En otras palabras, según la Sala Constitucional los numerosos supuestos en los cuales la Constitución consagra un derecho bajo reserva de limitación o restricción mediante ley no deberían calificarse como autorizaciones constitucionales para una restricción legislativa sino para una limitación, ya que la expresión restricción debería emplearse exclusivamente para aludir a lo que hemos

denominado la delimitación constitucional del derecho.³ El asunto no es meramente semántico e incluso aquí lo terminológico puede encubrir el sentido de la teoría planteada: pudiera parecer más garantista afirmar que el legislador no *restringe* sino *limita* los derechos fundamentales (aunque esta distinción resulta discutible desde el punto de vista lingüístico), pero al indagar en el alcance de la diferenciación esta primera impresión se disipa, pues de la previsión constitucional de la posibilidad de una limitación la Sala deduce una amplia facultad de creación y configuración legislativa que relativiza la resistencia del derecho fundamental a la injerencia del Estado. La Sala termina confesando su comprensión del asunto cuando asevera: «En consecuencia, la *delimitación* del grado en que el derecho a la libertad económica o de libre empresa se garantice en un caso particular, no constituye una anormalidad, no es una *restricción* al mismo, ni de por sí dice nada respecto a si fue violado o no. Exigir, pues, que cualquier norma que establezca un *margen de protección* de la libertad económica deba estar fundada en un interés general, entendiendo por interés general una grave amenaza a otro derecho, es desconocer la naturaleza principialista de la mayoría de los derechos, así como la ponderación como técnica de concreción o *delimitación* del margen de protección adecuado» (*cursivas nuestras*).

Así, lo que comenzaba siendo una tímida limitación equivale a una delimitación del derecho por vía legislativa, que determinaría el ámbito de su protección, lo cual pretende encubrir, bajo este manto aparentemente protector, la faceta restrictiva de la regulación legislativa y, al hacerlo, debilitar la respuesta del ordenamiento frente a la injerencia subyacente. Esto evoca teorías como la de Häberle,⁴ que han sido mayoritariamente rechazadas en Alemania justamente en lo concerniente a su visión sobre el papel del legislador en el campo de los derechos fundamentales, fundada en el fallido intento de abandonar el pensamiento de la intervención y de la restricción que soporta la teoría (garantista) de los derechos fundamentales. Conforme a la sentencia, la preferencia por la noción de delimitación no es un mero giro terminológico; por el contrario, es la manifestación de una reinterpretación de la posición de los derechos fundamentales en el sistema jurídico y de las relaciones existentes entre estos y otros bienes jurídicos, que se alejaría del enfoque clásico: «Por otra parte, dicha tesis, en tanto tributaria de la doctrina liberal del carácter cuasi-absoluto, abstracto y negativo

3 Jesús M. CASAL: *Los derechos humanos y su protección*. Caracas: UCAB, 2009, p. 69.

4 Peter HÄBERLE: *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*. Heidelberg: Müller, 1983, pp. 3 ss.

de los derechos fundamentales, ha sido sustituida por la de *la delimitación* de los mismos. Ello supuso un cambio en la técnica con que se suponía debían resolverse los «conflictos» entre tales derechos. Bajo esta nueva visión, tales «conflictos» han perdido su dramatismo. Los derechos fundamentales como normas que son no entran propiamente en «conflicto»; por el contrario, en su mayoría no son más que mandatos de optimización, es decir, no ordenan que se cumpla o haga algo de modo pleno o irrestricto. Siendo así, la «guerra entre los derechos» no es tal, y toca a los poderes públicos resolver la cuestión que deseen regular o solucionar en un sentido cónsono con los objetivos que se les han impuesto, para lo cual deberán tener en cuenta la situación concreta y los referidos mandatos. A tal fin deberán examinarlos y combinarlos en la medida en que la situación y los fines constitucionalmente establecidos lo señalen».

En la declaración histórico-ideológica que finalmente hace la sentencia para explicar su postura todo se confirma, ya que la Sala Constitucional considera superada la adopción de la libertad como regla general, susceptible de excepciones o restricciones: «De la teoría del Estado limitado a la teoría de las «restricciones» (es decir, al carácter excepcional de las limitaciones de los derechos fundamentales), solo hay un paso. Si se tiene a tales derechos como irrestrictos, y solo por la necesidad imperiosa de protegerlos fue que se creó el Estado, los límites que imponga al ejercicio de tales derechos ese Estado gendarme serán, como gusta decir la academia, de *«interpretación restrictiva»*, o a los solos efectos de proteger el «interés general», como se esgrime en el escrito de este recurso».

Obsérvese que este párrafo encubre peligrosas falacias. La teoría de los derechos fundamentales nunca ha hablado indiscriminadamente de derechos irrestrictos, o absolutos, como dice otro pasaje de la decisión. Asume más bien la posibilidad de su restricción, sin perjuicio de la existencia de algunos derechos o normas sobre derechos fundamentales de carácter absoluto (prohibición de la tortura), pero la somete a rigurosos requisitos de validez. Además, la referencia al interés general efectuada por los recurrentes no es caprichosa ni fruto necesariamente de una particular visión ideológica, sino un resultado de la propia letra del artículo 112 de la Constitución, que en virtud de la sentencia también ha sufrido indebidamente una relativización.

Lo que se presenta como un método para tratar las aparentes colisiones entre derechos es en principio extensible, en la concepción de la Sala, a las tensiones entre derechos fundamentales y otros «bienes jurídicos atendibles», lo cual comprende, en el supuesto del artículo 112 de la Constitución, a las exigencias del desarrollo humano, de la seguridad, de la sanidad, de la protección del ambiente o a otras razones de

interés social. Sin embargo, considerando lo sostenido por la Sala en casos previos,⁵ cabe aseverar que en esta hipótesis tendrían prevalencia los intereses calificados como públicos o colectivos, más aún si se tiene en cuenta que, según la particular lectura que hace la sentencia del Estado social de derecho, los propios derechos habrían sido «socializados» y el Estado tendría el deber de «promover y garantizar positiva y proactivamente el ejercicio equitativo y justo de los derechos fundamentales».

Pero al margen de esta posible prevalencia general, a la luz de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, de lo calificado como público o colectivo sobre lo individual, la objeción central que merece la tesis vertida en esta sentencia es que despoja a las libertades amparadas por derechos fundamentales del punto de partida favorable metodológico inherente a la afirmación de la libertad como regla y de la restricción como excepción. Tales libertades y derechos serían solamente un peso o punto de vista más en la ponderación a la que, según la Sala, ellos siempre estarían sujetos, sin que se admitan, sostiene la sentencia, prohibiciones *a priori* o posiciones preferentes (*prima facie*), lo que trasladado a las colisiones entre derechos y bienes colectivos, o entre libertades individuales y necesidades sociales reflejadas en derechos, conduce a la relativización y eventual disolución de la garantía constitucional de los derechos fundamentales y de estos mismos derechos. De ahí que la sentencia concluya que: «La relatividad es guía rector[a] existencial de los derechos humanos en esta dimensión de análisis».

Pese a que la sentencia se apoya en la distinción entre reglas y principios extendida por Alexy al campo de las normas sobre derechos fundamentales, la desfigura completamente cuando la usa para diluir los derechos en la tensión entre principios que resultaría de la previsión en la Constitución de reservas legales. Desconoce, además, la posición favorable que el autor otorga a los derechos fundamentales en sus posibles conflictos con bienes colectivos.⁶

La defensa de la relativización de los derechos fundamentales y de los derechos humanos efectuada por la Sala Constitucional es reiterada por la sentencia cuando declara que: «Los derechos fundamentales no exigen, en su mayoría, un cumplimiento pleno e irrestricto, no son absolutos; son, por el contrario, instrumentos jurídicos para la convivencia y el desarrollo humanos, y en tal sentido, deben ser

5 Véase Víctor BAZÁN y Claudio NASH (eds.): *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela - 2009*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2010, pp. 92 ss.

6 Robert ALEXY: *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997, pp. 179 ss.

objeto de una aplicación dosificada. Dicha dosificación la impone la naturaleza de la vida en sociedad, en la cual confluyen intereses de diversa entidad».

Esta curiosa tesis de la necesaria relativización o dosificación de los derechos fundamentales se aparta completamente de la razón de ser y del estudio dogmático de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales se reconocen para ser ejercidos y deben cumplirse plenamente. Por lo general no son absolutos, aunque algunos sí lo son. Los que no lo son están expuestos a colisiones con otros derechos o bienes jurídicos que pueden traducirse en la fijación de límites mediante ley, pero esto no significa que deban ser dosificados. Por el contrario, la Constitución asegura su disfrute, el cual ha de ser pleno, a menos que se *cumplan* las condiciones para permitir una restricción o limitación. Entre el carácter limitable de los derechos y su obligada relativización hay una gran distancia conceptual, mientras que entre la tesis de la necesaria dosificación de los derechos fundamentales y su negación hay un solo paso.

Nótese que nuestra objeción no recae sobre la afirmación según la cual no siempre habría que exigir una grave amenaza al interés general para justificar la limitación de la libertad económica. A una conclusión similar puede llegarse desde una visión garantista de los derechos fundamentales, con apoyo en el principio de proporcionalidad, pues una restricción mínima o leve de la libertad económica puede estar justificada aunque no exista una grave amenaza al interés general. Lo que se cuestiona es que esta conclusión y el resto de la argumentación de la sentencia parten de una concepción de los derechos fundamentales y de sus restricciones que dislocaría el sistema constitucional y la preeminencia que en él deben ostentar los derechos humanos. La sentencia pone en entredicho el postulado de la libertad como regla y su limitación como excepción, antes examinado, que ni siquiera asume como premisa metodológica o formal. La misma proporcionalidad, como instrumento formal-material condicionante de la intervención estatal en los derechos fundamentales, queda atrapada por la ponderación general e indiferenciada de bienes que la sentencia propicia.

La afirmación de la libertad como punto de partida y el rigor metodológico en el examen de la licitud de las limitaciones a los derechos fundamentales, no implican optar por un Estado mínimo, sino someter los intentos estatales de restringir los derechos a condiciones formales (de legalidad) y materiales (de justificación) que eviten la afectación innecesaria o excesiva de tales derechos. La negación de la posibilidad de restringir mediante ley los derechos fundamentales, con el argumento de que esta solo delimita o concreta el ámbito de su protección, como sostiene la Sala Constitucional, termina siendo una tesis muy peligrosa para las libertades, porque oscurece el efecto reductor de la intervención del Estado y, con ello, resta importancia a las

cautelas que la ciencia jurídica del constitucionalismo ha elaborado para que el Estado, con todo el activismo que deba desarrollar en determinadas áreas, contextos o coyunturas, no ponga en riesgo la dignidad y la autonomía de la persona.

2. El financiamiento de Estados extranjeros como causal para la privación de derechos fundamentales

Un segundo pronunciamiento especialmente relevante de la Sala Constitucional versa sobre las consecuencias que puede tener para una asociación civil dedicada a temas relacionados con la política interna la percepción de financiamiento internacional.⁷ Particularmente, la Sala negó *ex officio* la legitimación activa o «idoneidad para actuar en juicio en defensa de un estatus jurídico» a la asociación civil Súmate, argumentando que esta recibía financiamiento de la National Endowment for Democracy (NED), entidad ligada al Congreso de los Estados Unidos, lo cual representaba, según la sentencia: «una típica manifestación de la política intervencionista de una potencia extranjera para incidir en los asuntos internos del Estado venezolano, toda vez que la aportación de recursos, es sin duda, una de las modalidades a través de las cuales se sirven los distintos centros de poder (entre ellos otros Estados), para el fomento de sus intereses, incluso, fuera de sus fronteras. Efectivamente, el estímulo económico es una de las vías para permeabilizar la intervención en los asuntos internos de un Estado, ya que hace dependiente a la organización financiada y la somete a la línea de actuación que determina el financista para que continúe la asignación de los fondos».

De esta forma, dicha asociación civil, dedicada estatutariamente a la promoción de la democracia, fue privada de uno de los atributos de la personalidad jurídica de la que es titular, como lo es el derecho a comparecer en juicio en defensa de sus intereses, que es una manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Lo más sorprendente es que ello sucede sin que se haya incoado un proceso judicial para ventilar los señalamientos que la propia Sala Constitucional *motu proprio* realiza. La Sala simplemente suprime unilateralmente uno de los atributos de la personalidad jurídica de una asociación civil con base en la sola circunstancia de que recibe algún financiamiento internacional de organizaciones como NED. La sentencia alude a supuestas declaraciones que uno de los directivos de Súmate habría emitido en los medios de comunicación, en las que habría admitido que

7 Sentencia de la Sala Constitucional n.º 796, del 22 de julio de 2010.

las actividades de la asociación eran financiadas parcialmente por NED, y con base únicamente en estas supuestas declaraciones, que la misma Sala trajo a colación, trata a Súmate como un simple instrumento de un Estado extranjero y la despoja del derecho a accionar. El pronunciamiento no se detiene a examinar los términos de ese financiamiento, la eventual autonomía de acción de la organización interna, la vinculación de los recursos a un proyecto específico o la proporción que ellos representan dentro del giro global de la asociación. El solo olor o el *fumus* de financiamiento internacional bastó para decapitar procesalmente a esa asociación y advertir sobre la posible comisión del delito de traición a la patria. Las reservas frente a esta clase de financiamiento se extendieron al universalismo: «Permitir que posiciones políticas o económicas, supuestamente universales, ilustren los procesos sociales de cada Estado, no solo desconoce las realidades concretas de las naciones, sino que presenta una agresión a su independencia y a la libertad de los pueblos. No es, desde luego, que referencialmente no puedan analizarse o estudiarse las instituciones políticas, económicas o sociales de otros Estados, sino que estos (los Estados y otros factores de poder internacional) no deben ejercer una influencia práctica sobre los destinos de otro país».

Esta sentencia, que lleva a sus últimas consecuencias pronunciamientos previos de la misma Sala,⁸ constituye un grave cercenamiento de derechos fundamentales que se produce merced a la vulneración de otro de ellos, como lo es el derecho al debido proceso. Es expresiva además de una visión decimonónica o incluso preilustrada de la soberanía nacional, que coloca en el banquillo a toda la cooperación internacional al desarrollo promovida desde los Estados y a quienes la reciben, en la medida en que esté asociada al fortalecimiento de la democracia. Ello confirma la lamentable línea jurisprudencial reacia a aceptar las implicaciones de la internacionalización de la promoción de la democracia y de los derechos humanos.⁹ La preocupación ante eventuales procesos de intervención indebida de un Estado en los asuntos internos de otro, que en sí misma es legítima, no puede conducir a la supresión de derechos humanos ni de las garantías jurídicas más elementales, pues la defensa de la soberanía nacional no ha de realizarse a expensas de estos derechos y garantías.

8 Sentencia de la Sala Constitucional n.º 1395, del 21 de noviembre de 2000.

9 Véase Víctor BAZÁN y Claudio NASH (eds.): o. cit., pp. 100 ss.

