



Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

ESTUDIOS DOCTRINALES

LUIS LÓPEZ GUERRA

El derecho a la verdad: ¿la emergencia de un nuevo derecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?

LUIS JIMENA QUESADA

El control de convencionalidad y los derechos sociales: nuevos desafíos en España y en el ámbito comparado europeo (Francia, Italia y Portugal)

CARLOS BERNAL PULIDO

Prescindamos del poder constituyente en la creación constitucional. Los límites conceptuales del poder para reemplazar o reformar una constitución

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

GONZALO GABRIEL CARRANZA

Educación religiosa en escuelas públicas.
A propósito de la sentencia *Castillo* de la Corte Suprema de Argentina

GERARDO RUIZ-RICO RUIZ

Un diagnóstico constitucional de la justicia transicional en Colombia

ROBERTO VICIANO PASTOR Y GABRIEL MORENO GONZÁLEZ

Cuando los jueces declaran inconstitucional la Constitución: la reelección presidencial en América Latina a la luz de las últimas decisiones de las Cortes Constitucionales

22

enero/diciembre

2018

PRESENTACIÓN



ESTUDIOS
DOCTRINALES



ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES



CRÓNICA JURISPRUDENCIAL
IBEROAMERICANA



COMENTARIOS
BIBLIOGRÁFICOS

*Anuario Iberoamericano
de Justicia Constitucional*
ISSN-L 1138-4824
Núm. 22, enero-diciembre 2018

Directores

Javier Díaz Revorio, Universidad de Castilla-La Mancha
Joan Oliver Araujo, Universidad de las Islas Baleares

Secretario

David Delgado Ramos, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid

Vocales

Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia
Raúl Canosa Usera, Universidad Complutense, Madrid
José María Castellá, Universidad de Barcelona
Domingo García Belaunde, Pontificia Universidad Católica del Perú
Piedad García-Escudero Márquez, Universidad Complutense, Madrid
Ricardo Haro, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina
Luis López Guerra, Universidad Carlos III, Madrid
Jorge Miranda, Universidad de Lisboa
Josefa Ridaura, Universidad de Valencia
Diego Valadés Ríos, Universidad Nacional Autónoma de México

Comité Científico Asesor

ALEMANIA

Peter Häberle, Universidad de Bayreuth
Armin von Bogdandy, Instituto Max Planck, Heidelberg

ARGENTINA

Jorge Omar Barcholc, Universidad de Buenos Aires
Walter F. Carnota, Universidad de Buenos Aires
Alberto R. Dalla Via, Universidad de Buenos Aires
Antonio María Hernández, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina
Juan Carlos Hitters, Universidad Nacional de La Plata
Patricio Maraniello, Universidad de Buenos Aires
Daniel Alberto Sabsay, Universidad de Buenos Aires
Néstor Pedro Saqués, Universidad de Buenos Aires
Jorge Reinaldo Vanossi, Universidad de Buenos Aires
Alberto Zarza Mensaque, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

BOLIVIA

Jorge Asbun Rojas, Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra
José Antonio Rivera Santiviáñez, Universidad Mayor de San Simón

BRASIL

José Afonso da Silva, Universidad de São Paulo
Celso Antônio Bandeira de Mello, Pontificia Universidad Católica de São Paulo
José Carlos Barbosa Moreira, Universidad del Estado de Rio de Janeiro
Luís Roberto Barroso, Universidad del Estado de Rio de Janeiro
Paulo Bonavides, Universidade Federal do Ceará
Dalmo A. Dallari, Universidad de São Paulo
Ivo Dantas, Universidad Federal de Pernambuco
Gilmar Ferreira Mendes, Supremo Tribunal Federal
Márcio Gonçalves Ferreira Filho, Universidad de São Paulo
Eros Roberto Grau, Supremo Tribunal Federal
Regina Maria Macedo Nery Ferrari, Universidad de Curitiba
José M.ª Othon Sidou, Academia Brasileira de Letras
Juri-dicas
Lenio Luiz Streck, Universidad de Vale do Rio dos Sinos

CHILE

José Luis Cea Egaña, Pontificia Universidad Católica de Chile
Humberto Nogueira Alcalá, Universidad Talca
Lautaro Ríos Álvarez, Universidad de Valparaíso
Fernando Saenger Gianoni, Universidad Católica de la Santísima Concepción
Alejandro Silva Basculán, Universidad Central de Chile

COLOMBIA

Manuel José Cepeda Espinosa, Universidad de los Andes
Eduardo Cifuentes Muñoz, Universidad de los Andes
Augusto Hernández Becerra, Universidad Externado de Colombia
Fabio Morón Díaz, Corte Constitucional
Julio César Ortiz, Universidad Externado
Carlos Restrepo Piedrahíta, Universidad Externado
Álvaro Tafur Galvis, Corte Constitucional
Jaime Vidal Pardo, Corte Constitucional

COSTA RICA

Rubén Hernández Valle, Universidad de Costa Rica
Victor Eduardo Orozco Solano, Universidad de Costa Rica

CUBA

Diego F. Cañizares Abedo, Universidad de La Habana
Eduardo Lara Hernández, Unión Nacional de Juristas de Cuba

ECUADOR

Rodrigo Borja, Universidad de Quito
Oswaldo Cevallos Bueno, Tribunal Constitucional
Hernán Salgado Pesantes, Pontificia Universidad Católica del Ecuador

EL SALVADOR

Salvador Enrique Anaya, Universidad del Salvador
Mario Antonio Solano Ramírez, Tribunal Supremo

ESPAÑA

Eliseo Ala, Universidad de Barcelona
Oscar Alzaga Villaamil, Universidad Nacional de Educación a Distancia
Miguel Ángel Aparicio, Universidad de Barcelona
Manuel Aragón Reyes, Universidad Autónoma de Madrid
Roberto L. Blanco Valdés, Universidad de Santiago de Compostela
Ana María Carmona Contreras, Universidad de Sevilla
José Luis Cascao, Universidad de Salamanca
Javier Corcuera Ateiza, Universidad del País Vasco
Pedro Cruz Villalón, Universidad Autónoma de Madrid
Eduardo Espín Templado, Universidad de Castilla-La Mancha
Ángela Figueroa, Universidad de Salamanca
Teresa Freixes Sanjuán, Universidad Autónoma de Barcelona
Manuel B. García Álvarez, Universidad de León
Mariano García Canales, Universidad de Murcia
Javier García Fernández, Universidad de Alicante
José Luis García Guerrero, Universidad de Castilla-La Mancha
María del Rosario García Mahamut, Universidad Jaume I, Castellón de la Plana
Javier García Roca, Universidad Complutense, Madrid
Ángel Garroena Morales, Universidad de Murcia
Dolores González Ayala, Universidad Carlos III, Madrid
Esther González Hernández, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid
Pedro González-Treviño, Tribunal Constitucional
Luis Ignacio Gordillo, Universidad de Deusto
Luis Jimena Quesada, Universidad de Valencia
Javier Jiménez Campo, Tribunal Constitucional
Juan Fernando López Aguilar, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria
Raúl Morodo Leoncio, Universidad Complutense, Madrid
Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Tribunal Supremo
Alberto Pérez Calvo, Universidad Pública de Navarra
Pablo Pérez Tremps, Universidad Carlos III, Madrid
Antonio Porras Nadales, Universidad de Sevilla
Artemi Rallo Lombarte, Universidad Jaume I, Castellón de la Plana
Miguel Revenga Sánchez, Universidad de Cádiz
Agustín Ruiz Robledo, Universidad de Granada
Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, Universidad de Jaén
Remedio Sánchez Ferriz, Universidad de Valencia
Antonio Torres del Moral, Universidad Nacional de Educación a Distancia

Rosario Tur Ausina, Universidad Miguel Hernández de Elche
José Manuel Vera Santos, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid
Jaume Vernet i Llobet, Universidad Rovira i Virgili
Roberto Viciano, Universidad de Valencia
Camino Vidal Fueyo, Universidad de Burgos

FRANCIA

Guillaume Tusseau, Sciences Po, Paris

GUATEMALA

Jorge Mario García Laguardia, Universidad de San Carlos de Guatemala
Carmen M.ª Gutiérrez de Colmenares, Tribunal Constitucional

HONDURAS

José Rolando Arriaga M., Tribunal Supremo

ITALIA

Roberto Romboli, Universidad de Pisa
Giancarlo Rolla, Universidad de Génova
Lucio Pegoraro, Universidad de Bologna

MÉXICO

César Astudillo Reyes, Universidad Autónoma de México
José Barragán Barragán, Universidad Nacional Autónoma de México
Miguel Carbonell, Universidad Autónoma de México
José Ramón Cossío Díaz, Suprema Corte de Justicia de la Nación
Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Universidad Nacional Autónoma de México
Héctor Fix-Zamudio, Universidad Nacional Autónoma de México
Sergio García Ramírez, Corte Interamericana de Derechos Humanos
Felipe de la Mata Pizaña, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
Mario Melgar Adalid, Universidad Nacional Autónoma de México
J. Jesús Orozco Henríquez, Tribunal Electoral Federal
José Ovalle Favela, Universidad Nacional Autónoma de México
José Luis Soberanes Fernández, Comisión Nacional de Derechos Humanos
Salvador Valencia Carmona, Universidad Nacional Autónoma de México
Arturo Zaldívar Leto de Larrea, Universidad Nacional Autónoma de México

NICARAGUA

Iván Escobar Fornos, Tribunal Supremo

PANAMÁ

Arturo Hoyos, Tribunal Supremo
Francisco Rodríguez Robles, Universidad de Panamá

PARAGUAY

Luis Lezcano Claude, Tribunal Supremo
Jorge Seall-Sasiain, Universidad Nacional de Asunción

PERÚ

Enrique Bernales Ballesteros, Pontificia Universidad Católica del Perú
Alberto Borea Odría, Pontificia Universidad Católica del Perú
Francisco J. Eguiguren Praeli, Pontificia Universidad Católica del Perú
César Landa Arroyo, Pontificia Universidad Católica del Perú
Marcial Rubio Correa, Pontificia Universidad Católica del Perú
Eloy Espinosa-Saldaña, Tribunal Constitucional del Perú

POLONIA

Krzysztof Komplik, Universidad de Wrocław

PORTUGAL

José J. Gomes Canotilho, Universidad de Coimbra
Vital M. Moreira, Universidad de Coimbra
Afonso d'Oliveira Martins, Universidades Lusíada
María Fernanda Palma, Tribunal Constitucional
Marcelo Rebelo de Sousa, Universidad de Lisboa

URUGUAY

Rubén Correa Freitas, Universidad de la Empresa
Eduardo Esteva Gallicchio, Universidad Católica del Uruguay
Martín Rísso Ferrand, Universidad Católica del Uruguay

VENEZUELA

Asdrúbal Aguiar Aranguren, Universidad Católica Andrés Bello
José Guillermo Andueza, Universidad Central de Venezuela
Carlos M. Ayala Corao, Universidad Católica Andrés Bello
Allan R. Brewer-Carías, Universidad Central de Venezuela
Josefina Calcaño de Temeltas, Academia de Legislación y Jurisprudencia
Ricardo Combellas, Universidad Central de Venezuela

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional

22

2018

ISSN-L: 1138-4824

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Plaza de la Marina Española, 9 - 28071 Madrid

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Los contenidos del ANUARIO IBEROAMERICANO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
están disponibles en acceso abierto en las direcciones:

Revistas electrónicas del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8>

Repositorio Español de Ciencia y Tecnología
<http://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/index>

Catálogo General de Publicaciones Oficiales
<http://publicacionesoficiales.boe.es>

Dialnet
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=4240>

SUSCRIPCIONES

Para adquirir números sueltos en papel debe dirigirse a:
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Plaza de la Marina Española, 9 - 28071 MADRID (España)
Tel. (34) 91 4228 972/91 4228 973
email: suscripciones@cepc.es
<http://www.cepc.gob.es/tienda/c%C3%B3mo-comprar-una-revista>

El Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional cumple con los criterios de calidad
LATINDEX y está indizado en SCOPUS.

ISSN-L: 1138-4824
Depósito legal: M. 491-1997

DOI: 10.18042/cepc/aijc

NIPO pdf: 787170591
NIPO html: 787180345

Fotocomposición e impresión: TRECEOCHO EDICIÓN, S.L. - ÁVILA, 12-28830 San Fernando de Henares



PAPEL RECICLADO
LIBRE DE CLORO

SUMARIO

Núm. 22, año 2018

Presentación 9-10

ESTUDIOS DOCTRINALES

LUIS LÓPEZ GUERRA

El derecho a la verdad: ¿la emergencia de un nuevo derecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos? 11-30

LUIS JIMENA QUESADA

El control de convencionalidad y los derechos sociales: nuevos desafíos en España y en el ámbito comparado europeo (Francia, Italia y Portugal) 31-58

CARLOS BERNAL PULIDO

Prescindamos del poder constituyente en la creación constitucional. Los límites conceptuales del poder para reemplazar o reformar una constitución. 59-99

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

GONZALO GABRIEL CARRANZA

Educación religiosa en escuelas públicas. A propósito de la sentencia *Castillo* de la Corte Suprema de Argentina. 103-131

GERARDO RUIZ-RICO RUIZ

Un diagnóstico constitucional de la justicia transicional en Colombia. 133-164

ROBERTO VICIANO PASTOR Y GABRIEL MORENO GONZÁLEZ

Cuando los jueces declaran inconstitucional la Constitución: la reelección presidencial en América Latina a la luz de las últimas decisiones de las Cortes constitucionales 165-198

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL IBEROAMERICANA

SERGIO DÍAZ RICCI

Crónica 2017 de la Corte Suprema de Justicia Argentina. 201-234

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO

Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro em 2017 235-262

PAULA ROBLEDO SILVA Y SNEITHER CIFUENTES

La jurisprudencia constitucional colombiana sobre el pago por servicios ambientales: la Sentencia c-644 de 2017 263-278

ALBERTO OEHLING DE LOS REYES

Crónica de la jurisprudencia constitucional española en el año 2017 279-313

ALFONSO HERRERA GARCÍA

Jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de Justicia de México en 2016 315-335

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

JOAN OLIVER ARAUJO: *Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad*, por Vicente Juan Calafell Ferrá 339-344

FABIO E. PULIDO ORTIZ: *Jueces y reglas: la autoridad del precedente judicial*, por Luciano D. Laise 344-348

Noticias de libros 349-351

TABLE OF CONTENTS

Issue 22, Year 2018

<i>Presentation</i>	9-10
-------------------------------	------

STUDIES

LUIS LÓPEZ GUERRA “Right to truth”: Emergence of a new right in the case law of the European Court of Human Rights?	11-30
--	-------

LUIS JIMENA QUESADA Control of conventionality and social rights: New challenges in Spain within the field of European Comparative Law (France, Italy and Portugal).	31-58
---	-------

CARLOS BERNAL PULIDO Constitution-making (without) constituent power. On the conceptual boundaries of the power to replace or amendment the Constitution	59-99
---	-------

CASE LAW

GONZALO GABRIEL CARRANZA Religious education in public schools. Comments on the sentence <i>Castillo</i> of the Supreme Court of Argentina.	103-131
--	---------

GERARDO RUIZ-RICO RUIZ A constitutional diagnosis of transitional justice in Colombia	133-164
--	---------

ROBERTO VICIANO PASTOR Y GABRIEL MORENO GONZÁLEZ When judges declare Constitution as unconstitutional: Presidential reelection in Latin-American according to the last decisions of the Constitutional Courts	165-198
--	---------

IBERO-AMERICAN JURISPRUDENTIAL CHRONICLE

SERGIO DÍAZ RICCI Argentina Supreme Court of Justice. Report 2017.	201-234
PAULO GUSTAVO GONET BRANCO 2017 Brazilian Supreme Court case law reviewed	235-262
PAULA ROBLEDO SILVA Y SNEITHER CIFUENTES The Colombian constitutional jurisprudence in 2017 about pay- ments for ecosystem services (PES)	263-278
ALBERTO OEHLING DE LOS REYES Jurisprudential chronicle of the Spanish Constitutional Court in 2017.	279-313
ALFONSO HERRERA GARCÍA Constitutional Case-Law of the Mexican Supreme Court of Justice in 2016.	315-335
BOOKS REVIEWS	
JOAN OLIVER ARAUJO: <i>Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad</i> , by Vicente Juan Calafell Ferrá	339-344
FABIO E. PULIDO ORTIZ: <i>Jueces y reglas: la autoridad del precedente judi- cial</i> , by Luciano D. Laise	344-348
New titles	349-351

PRESENTACIÓN

JOAN OLIVER ARAUJO
FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO

La publicación de este número del *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* viene acompañada de algunos cambios significativos. En enero de 2018 se ha producido un cambio en su dirección, y justamente antes de la publicación del número y con este ya prácticamente ultimado, se ha llevado a cabo la renovación del secretario.

En este contexto, es imprescindible dedicar unas palabras sinceras y efusivas a reconocer el gran trabajo realizado por Francisco Fernández Segado, uno de nuestros constitucionalistas más ilustres, que ha sido director del *Anuario* desde su creación, convirtiéndolo en una publicación de referencia en España y en Iberoamérica. Por este motivo, consideramos justo que su nombre figure como fundador en los sucesivos números.

Por otro lado, queremos expresar nuestro reconocimiento y profunda gratitud a Alberto Oehling de los Reyes, quien ha actuado como secretario hasta el momento de la publicación del número, habiendo dejado esta labor por voluntad propia, y cuyo trabajo ha sido esencial para facilitar la labor de quienes firmamos esta presentación, pero sobre todo para mantener y sacar adelante la publicación desde su origen, y especialmente en esta etapa de transición.

En esta nueva etapa, nos hemos propuesto mantener los elementos esenciales que dan valor al *Anuario*, y al tiempo seguir trabajando para alcanzar los máximos estándares de calidad científica. Hemos iniciado así una actualización y ampliación de los Consejos de Redacción y Asesor. Cabe destacar

la incorporación a este último de prestigiosos especialistas de otros países europeos, siempre que su actividad académica o sus investigaciones se hayan orientado de algún modo a la justicia constitucional iberoamericana. También se han ampliado los evaluadores y, en general, se ha procedido a una revisión de los órganos de gestión y los procedimientos de publicación, con el objetivo de avanzar en el logro de una publicación de máxima calidad científica y nivel académico, cuyos contenidos respondan a su título, estén adecuadamente sistematizados y constituyan trabajos innovadores y relevantes en la materia.

Pretendemos que en esta nueva etapa se logren estos objetivos ambiciosos, ya que estamos plenamente convencidos de la necesidad y la utilidad de una publicación con este perfil para todos los estudiosos de la justicia constitucional en Europa y América. Todo nuestro trabajo, así como el del nuevo secretario, David Delgado Ramos, irá en esta línea, en la que nos sabemos apoyados por los miembros de los Comités de Redacción y Asesor, así como por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y su dirección.

El *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* está al servicio de toda la comunidad jurídica, especialmente de los constitucionalistas iberoamericanos, y de aquellos europeos que se dedican a esta temática. Solo con el apoyo de los autores, y de todos los estudiosos como lectores interesados, este objetivo será posible.

Por último, para simbolizar esta nueva etapa, y sobre todo para adecuarnos a la estética del resto de las revistas del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, hemos cambiado la imagen del *Anuario*, que esperamos ayude a identificar esta publicación como la revista periódica del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales dedicada a la justicia constitucional iberoamericana.

ESTUDIOS DOCTRINALES

EL DERECHO A LA VERDAD: ¿LA EMERGENCIA DE UN NUEVO DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS?

“Right to truth”: Emergence of a new right in the case law of the European Court of Human Rights?

LUIS LÓPEZ GUERRA¹
lopez@der-pu.uc3m.es

Cómo citar/Citation

López Guerra, L. (2018).

El derecho a la verdad: ¿la emergencia de un nuevo derecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos? *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 22, 11-30.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.22.01>

Resumen

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el «derecho a la verdad» tiene una dimensión individual, en cuanto aparece como elemento integrante del aspecto procesal de los derechos del Convenio relativo a la obligación positiva de los Estados de realizar la adecuada investigación de las circunstancias de una violación de esos derechos a efectos de proporcionar una adecuada reparación a las víctimas. El Tribunal también ha reconocido el interés del público en general de que se realice esa investigación, pero sin que ese interés se traduzca en un derecho autónomo y diferenciado. En todo caso, la jurisprudencia del Tribunal admite que el derecho a informar y ser informado del art. 10 del Convenio supone la obligación de los Estados de proveer la información de que dispongan en materias de interés general, incluyendo violaciones graves de derechos humanos.

¹ Catedrático de Derecho Constitucional. Exjuez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Palabras clave

Derecho a la verdad; obligaciones positivas; derecho a la información; Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Abstract

In the case law of the European Court of Human Rights the “right to truth” has an individual dimension, as it appears as integrated into the procedural aspect of Convention rights. It refers to the States’ positive obligation to perform an adequate investigation on the circumstances of the alleged violation of these rights, in order to provide a reparation to the victims. The Court has recognized the general interest of the public to an effective investigation of these violations, but this interest does not constitute an independent and autonomous right. In any case, the Court’s case law admits that from the right to inform and being informed derived from Convention article 10 results the obligation of the States to provide, for the general knowledge, the information they have on matters of general interest, including grave violations of human rights.

Keywords

Right to truth; positive obligations; right to information; European Convention on Human Rights.

SUMARIO

I. DIMENSIONES INDIVIDUAL Y COLECTIVA DEL DERECHO A LA VERDAD. II. LA DIMENSIÓN INDIVIDUAL DEL DERECHO A LA VERDAD: DERECHOS A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA. III. DERECHO A UNA INVESTIGACIÓN EN SUPUESTOS DE DESAPARICIONES. IV. LA DIMENSIÓN COLECTIVA DEL «DERECHO A LA VERDAD». V. LOS PROBLEMAS DE UNA EXTENSIÓN «COLECTIVA» DEL DERECHO A LA VERDAD. VI. ¿UN DERECHO COLECTIVO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN?
BIBLIOGRAFÍA.

I. DIMENSIONES INDIVIDUAL Y COLECTIVA DEL DERECHO A LA VERDAD

En la literatura académica, en la legislación y en la jurisprudencia, la expresión «derecho a la verdad» se refiere al conocimiento de las circunstancias relativas a la vulneración de una serie de derechos fundamentales²; en la jurisprudencia tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ese derecho versaría esencialmente sobre las vulneraciones de los derechos a la vida (art. 2 del CEDH, art. 4 de la Convención), a no sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes (art. 3 del CEDH, art. 5 de la Convención) o al derecho a no ser privado de libertad (art. 5 del CEDH, art. 7 de la Convención) .

La cuestión se ha planteado en ambos contextos, europeo y americano, con supuestos fácticos muy distintos, aun cuando pudiera ya decirse que ambos tribunales han adoptado líneas muy similares; en la presente exposición se hará referencia al caso europeo, que posiblemente haya tenido menor difusión (y quizá trascendencia) que la experiencia americana.

Como es bien sabido, la cuestión relativa a la existencia, extensión y titulares de un derecho a la verdad en el contexto americano se ha encontrado en gran parte vinculada a la transición entre regímenes autoritarios y regímenes constitucionales, y a la presencia de la llamada justicia transicional. Esta experiencia se extiende a países como Uruguay, Argentina, Bolivia, Brasil (y en cierta forma, en lo que se refiere a la existencia de

² Para una exhaustiva visión general, Rodríguez (2017).

una justicia transicional, Colombia)³. El paso de una situación de violación generalizada de los derechos humanos a una situación de normalidad constitucional ha dado lugar en estas situaciones a la exigencia de responsabilidad por las violaciones producidas, y correlativamente, a la exigencia de una exposición de los abusos realizados en este aspecto. En gran parte, las resoluciones de la Corte Interamericana han versado sobre obstáculos a estas pretensiones, por ejemplo, las leyes de amnistía o autoamnistía en ocasiones, que pretenden hacer lo que pudiera llamarse borrón y cuenta nueva respecto de esas violaciones, con las consecuencias de irresponsabilidad individual y desinformación colectiva. Ejemplos de sentencias de la Corte en este aspecto podría ser la bien conocidas *Almonacid Arellano contra Chile*, *Gelman contra Uruguay* o *Barrios Altos contra Perú*, para poner ejemplos que ya son clásicos.

El caso europeo es en gran manera distinto en lo que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ciertamente, no han dejado de producirse en Europa transiciones de regímenes autoritarios poco respetuosos con los derechos humanos a regímenes con la pretensión de instaurar un sistema constitucional; y ello no solo en los bien conocidos casos de Europa Central y del Este, sino en contextos más cercanos, como el español. Pero aun cuando ciertamente se han producido en muchos de los países suscriptores del Convenio ese tipo de procesos de cambio, las decisiones del Tribunal no han versado, como regla general y con las excepciones que se verán, sobre cuestiones de justicia de transición, relativas a las responsabilidades incurridas por regímenes predemocráticos: las referencias a la obligación de establecer la verdad sobre vulneraciones de derechos se han referido a violaciones actuales de esos derechos, sin perjuicio de la dimensión individual o colectiva que quiera darse a esa obligación⁴.

Ahora bien, y pese a esas diferencias, una cuestión central con respecto a ese derecho a la verdad, en su aplicación hasta el momento tanto por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo como por la Corte Interamericana, es la que versa no tanto sobre su alcance como sobre todo sobre quiénes son sus titulares. Y ello tanto en un sentido sustantivo (quién ostenta ese derecho) como procesal (quién está legitimado para invocarlo en el curso de un proceso).

A este respecto, valga ya señalar la existencia inicial de dos perspectivas:

³ Sobre el caso de Colombia, con un proceso transicional de características propias (dentro de un sistema constitucional), véase De Prada Solaesa (2015).

⁴ Para un tratamiento de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en esta materia, López Ulla (2013) y Chersinova (2016).

- a) Por un lado, una perspectiva que pudiéramos denominar individual, atribuyendo la titularidad y el ejercicio del «derecho a la verdad» a las víctimas de la violación de los derechos en cuestión, o bien a sus allegados y familiares más directos. El reconocimiento del derecho a la verdad estaría directamente vinculado a la reparación de vulneraciones de derechos fundamentales del Convenio a individuos concretos, mediante los correspondientes procesos ante los Tribunales, aplicando las reglas generales de legitimación procesal. Se trataría de un derecho de las víctimas.
- b) Por otro lado, una perspectiva colectiva o pública. Yendo más allá de reclamaciones individuales, el derecho a la verdad aparecería como el derecho, por parte del público en general, a conocer la existencia de las violaciones en cuestión y sus circunstancias, aún por quienes no fueron víctimas directas de las mismas. El reconocimiento de esta dimensión colectiva tendría consecuencias también en el aspecto procesal, no solo en cuanto a los procedimientos para averiguar esas circunstancias, y los órganos encargados de esa averiguación, sino también en cuanto a la extensión de la legitimación al extender la legitimación para iniciar esos procedimientos, o participar en ellos, más allá del círculo de las víctimas directas de esas violaciones.

Una manifestación de esa dimensión colectiva del «derecho a la verdad» es la que se ha producido en varios países con ocasión de procesos de cambio de regímenes políticos dictatoriales a regímenes constitucionales, con la consecuente exigencia de publicidad y delimitación de responsabilidades derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, no solo por vías judiciales sino también por vías no judiciales (por ejemplo, mediante la creación de «comisiones de la verdad» no jurisdiccionales) como un elemento más de la llamada justicia transicional⁵.

Valga señalar ya que en el caso europeo, quizá debido a esta relativa ausencia de casos de «justicia transicional» sometidos a las decisiones del Tribunal de Estrasburgo⁶, este se ha centrado sobre todo en el primer aspecto señalado del derecho a la verdad —esto es, su dimensión individual, tanto sustantiva como procesal, como vía de reparación de la violación y compensación a las víctimas—. Pero no faltan muestras de una evolución que tiene en cuenta la dimensión colectiva, bien, aun manteniendo la atención en los derechos de las víctimas, como refuerzo de sus pretensiones, bien como un posible «derecho autónomo» con sujetos no identificados en todo caso con estas. Ello en virtud de un desarrollo no solo de la

⁵ Sobre este tema, Fornasari (2017) y Sweeney (2018).

⁶ Para una exposición inicial, Brems (2011).

protección de los derechos sustantivos recogidos en los arts. 2, 3 y 5 del Convenio, sino también, y significativamente, en virtud del derecho a la libertad de expresión recogido en su art. 10. Como se indicó, ello ha llevado a posiciones cercanas a las del la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

II. LA DIMENSIÓN INDIVIDUAL DEL DERECHO A LA VERDAD: DERECHOS A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA

Una versión inicial de las obligaciones de las autoridades nacionales de proporcionar un conocimiento veraz respecto de circunstancias de (alegadas) vulneraciones de los derechos del Convenio (sin que se emplee la expresión «derecho a la verdad») fue la derivada del concepto de «obligaciones positivas» de los Estados en relación con esos derechos. En expresión repetida, a partir de *Marckx contra Bélgica* del año 1979, el Tribunal de Estrasburgo ha partido de la base de que de los derechos del Convenio deriva no solo la obligación negativa de no actuar en su contra, sino también la de prevenir su posible violación, y, si esta se ha producido, llevar a cabo una averiguación suficiente al respecto para determinar las correspondientes responsabilidades y remediar o al menos paliar sus daños.

Este enfoque fue aplicado, en supuestos de alegada vulneración del derecho a la vida, en la sentencia en el caso *McCann y otros contra Reino Unido*, del año 1995, a raíz de la muerte, por fuerzas especiales británicas, de varios componentes de un grupo terrorista. El Tribunal, ante la demanda de familiares de las víctimas, halló una violación del art. 2, pero no respecto de las circunstancias de la muerte, sino debido a la falta de una suficiente investigación posterior en cuanto a tales circunstancias. El derecho a una investigación adecuada en casos de alegada vulneración del derecho a la vida o a la integridad física se configura, en *McCann* y jurisprudencia posterior, como un derecho autónomo, de tipo procesal incluso en casos en que no se hubiera producido una vulneración sustantiva del derecho. A lo largo de su jurisprudencia, el Tribunal ha ido perfilando las características que debe adoptar esa investigación, en supuestos de alegada vulneración de los derechos reconocidos en los arts. 2 y 3 del Convenio: debe ser pronta (para evitar la desaparición de pruebas con el paso del tiempo) por un órgano con la suficiente independencia, y, desde luego, contando con la presencia y participación de las víctimas o sus familiares y allegados directos⁷. La falta

⁷ Una enumeración de estos requisitos puede encontrarse, por ejemplo, en la sentencia en el caso *Husayn (Abu Zubayda) contra Lituania* (2018), par. 608.

de esta investigación adecuada puede suponer que el Tribunal encuentre la presencia de dos violaciones simultáneas del art. 2 (o del 3 en otros supuestos): una violación sustantiva, derivada de la realidad de las circunstancias de la muerte o los malos tratos, y otra procesal, derivada de la ausencia de la necesaria investigación. Ello parte de la posible existencia de una vulneración adicional del derecho a un recurso o remedio adecuado (art. 13 del Convenio) frente a la alegada violación, debido a la ausencia legal, o a la falta de efectividad práctica de las vías procesales necesarias para ello.

Por otro lado, ha de destacarse que el Tribunal ha ido ampliando la legitimación para presentar demandas referentes a la vulneración del derecho a la vida y a la integridad física; por una lado, aparte de la víctima cuando ello fuera posible, por parte de los familiares y allegados directos (por ejemplo, en *Orhan contra Turquía*, del año 2002), pero además, y en algún caso, sin duda extremo, la legitimación de terceros, concretamente de organizaciones no gubernamentales. Tal fue el caso en *Campeanu contra Rumanía*, del año 2011. Como se verá, esta admisión de la legitimación de este tipo de organizaciones no deja de tener relevancia en cuanto a la posible admisión de un derecho a la verdad, al menos en algunos aspectos.

Esta jurisprudencia extiende la obligación de investigar a los supuestos de alegaciones de torturas o tratos inhumanos o degradantes del art. 3 del Convenio, y ello no solo imponiendo esa obligación a las autoridades competentes, sino también en cuanto que la inexistencia o insuficiencia de esa investigación puede suponer no solo una vulneración del aspecto procesal de los derechos en cuestión respecto de la víctima, sino también, respecto de sus familiares y allegados, un sufrimiento añadido constitutivo en sí mismo de una vulneración sustantiva del art. 3 del Convenio.

III. DERECHO A UNA INVESTIGACIÓN EN SUPUESTOS DE DESAPARICIONES

Esta exigencia de una investigación adecuada en supuestos de vulneración alegada del derecho a la vida ha tenido un desarrollo posterior en casos referentes a un supuesto específico, el relativo a las desapariciones forzadas de personas (en relación con la actividad de las autoridades). La jurisprudencia del Tribunal en estos casos, asimilando esa desaparición en determinadas circunstancias con una efectiva violación del derecho, tiene antecedentes (expresamente reconocidos por el Tribunal) tanto en disposiciones de derecho internacional como en la jurisprudencia de otras instancias internacionales.

Con respecto a lo primero⁸, y en referencia a hostilidades armadas, el art. 32 del Primer Protocolo Adicional a la Convención de Ginebra establece que «las actividades de las Altas Partes contratantes, de las Partes en conflicto y de las organizaciones humanitarias internacionales mencionadas en los Convenios y en el presente Protocolo deberán estar motivadas ante todo por el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros». En una dimensión más amplia, el Convenio Internacional de Naciones Unidas para la protección de todas las personas frente a desapariciones forzadas (ICED, por sus siglas en inglés) establece en su art. 24:

2. Cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Cada Estado Parte tomará las medidas adecuadas a este respecto.

3. Cada Estado Parte adoptará todas las medidas apropiadas para la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, para la búsqueda, el respeto y la restitución de sus restos⁹.

Con respecto a lo segundo, esto es, los precedentes en otras instancias internacionales, el Tribunal de Estrasburgo hace expresa referencia en su jurisprudencia sobre desapariciones forzadas a la jurisprudencia al respecto del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos y especialmente al conocido caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, del año 1988, respecto a las responsabilidades de los Estados en supuestos de desapariciones forzadas¹⁰. El Tribunal de Estrasburgo tuvo oportunidad de pronunciarse sobre estos supuestos a partir de su sentencia en el caso *Varnava contra Turquía*, del año 2009. El Tribunal, en su jurisprudencia, considera la desaparición como un fenómeno caracterizado por una continua situación de incertidumbre y ausencia de responsabilidad en la que se produce una falta de información o una ocultación deliberada sobre lo que ha ocurrido (*Ashlakanova y otros contra Rusia*, 2012, párr. 100). La ausencia de información y la falta de explicaciones sobre la desaparición de una persona tras haberse encontrado bajo el control de las

⁸ Ver al respecto *in extenso*, Chersinova (2016).

⁹ En esta misma línea, cabe recordar la Resolución 68/185 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Verdad, que efectúa un llamamiento a los Estados para que actúen en caso de violaciones graves de los derechos humanos, y establezcan vías para asegurar el respeto a esos derechos.

¹⁰ En general, sobre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en esta materia, véase Keller y Chersinova (2012).

autoridades conduce, por un lado, a una presunción de muerte de esa persona, trasladando a las autoridades la carga de la prueba de la no violación del art. 2, y por otro, a la constatación de una situación de angustia e incertidumbre de los familiares constitutiva de una violación del art. 3 del Convenio. En *Varnava* los hechos versaban sobre el destino de un conjunto de militares greco-chipriotas, con ocasión del enfrentamiento con el ejército turco; constatada la situación inicial de captura por las fuerzas turcas, la falta continuada de información sobre su situación y paradero condujo a la apreciación por el Tribunal de la violación de los arts. 2 (respecto de los desaparecidos) y 3 (respecto de los familiares de las víctimas).

La definición de las desapariciones como una situación continuada tiene consecuencias en cuanto al cálculo de los plazos para presentar la demanda ante el Tribunal; ello será posible siempre que esa situación de desaparición continuada sin la necesaria investigación se mantenga, esto es, no tomando como punto de referencia el momento de la constancia de la desaparición, sino dejando abierta la posibilidad del planteamiento de la demanda en tanto no se dé una explicación suficiente al respecto. Ello, sin embargo, de acuerdo con lo sentado en *Varnava*, no supone una prolongación indefinida de ese plazo, ya que los límites empezarán a computarse a partir del momento en que ya resulte evidente que las autoridades no van a llevar a cabo investigación alguna.

En general, debe señalarse que sobre la obligación de investigar en alegaciones relativas a los arts. 2 y 3 se ha planteado en alguna ocasión el alcance de la jurisdicción del Tribunal en aquellos casos en que los hechos se han producido con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio respecto del país en cuestión (por ejemplo, en la sentencia en el caso *Silih contra Eslovenia*, del año 2009, o *Janowiec contra Rusia*, del año 2013, relativa a los desaparecidos durante el episodio de la Segunda Guerra Mundial conocido como «las fosas de Katyn»). Al tratarse la obligación de investigar de una obligación de procedimiento (esto es, de llevar a cabo las necesarias investigaciones), el Tribunal considera que puede desligarse del momento de realización de los hechos, al tratarse, como se apuntó, de una obligación autónoma, que se mantiene una vez el Convenio ha entrado en vigor, en el país, aun cuando los hechos fueran anteriores a esa entrada en vigor (*Silih contra Eslovenia*, 2009). Sin embargo, el Tribunal ha establecido también que no puede apreciarse una conexión entre los hechos originarios del caso, anteriores a la entrada en vigor del Convenio y la aplicación del mismo cuando tales hechos se produjeron con anterioridad a la misma adopción del Convenio el 4 de noviembre de 1950; pues solo entonces el Convenio se estableció como un tratado internacional. Ello independientemente de que diversos países condujeran

actuaciones procesales contra violaciones de derechos humanos anteriores a esa fecha¹¹.

IV. LA DIMENSIÓN COLECTIVA DEL «DERECHO A LA VERDAD»

Las violaciones de los arts. 2 y 3 del Convenio (entre otros, como se verá) debidas a situaciones de desapariciones forzadas, o cualquier otro tipo (muertes, torturas, malos tratos), aparte de afectar a las víctimas directas o indirectas de tales violaciones, no dejan de tener incidencia sobre intereses más amplios, afectando también a las condiciones de convivencia de la comunidad en su conjunto. Por ello, la obligación de investigar, de hacer públicos los hechos en el origen de esas violaciones, respondería a intereses más allá de los intereses de las víctimas como tales. Ello ha dado lugar a que se plantee, en múltiples contextos, la posible existencia no solo de un derecho de las víctimas a la investigación (como derecho procesal) sino además de un derecho colectivo a la verdad, en cuanto conocimiento general de las circunstancias de la violación grave de derechos humanos con consecuencias sobre la sociedad en general.

La jurisprudencia del Tribunal ha tenido en cuenta en diversas ocasiones la existencia de ese interés colectivo en el descubrimiento y publicidad de la verdad. Ahora bien, y hasta el momento, ese reconocimiento, en supuestos de violaciones de derechos humanos con una repercusión amplia, resulta esencialmente en un reforzamiento del derecho de las víctimas, sin que cobre una dimensión autónoma, ni, con las precisiones que luego se harán, resulte en

¹¹ *Janowiec y otros contra Rusia*, 55508/07/ y 29520/09, párr. 151: «Sin embargo, el Tribunal considera que el criterio de los “valores del Convenio” no es aplicable a hechos anteriores a la aprobación del Convenio el 4 de diciembre de 1950 porque fue la fecha en que nació como instrumento internacional de protección de los derechos humanos. Por ello, no puede considerarse responsable en virtud del Convenio a un Estado parte por no investigar un delito de derecho internacional, por execrable que sea, si es anterior al Convenio. Pese a que el Tribunal es sensible al argumento de que, incluso actualmente haya países en los que se ha logrado juzgar a responsables de crímenes de guerra que se remontan a la Segunda Guerra Mundial, subraya que hay una diferencia esencial entre poder perseguir a alguien por un grave delito en derecho internacional si las circunstancias lo permiten y la obligación de hacerlo con arreglo al Convenio». Sobre esta cuestión, ver «International and National Courts confronting large-scale Violations of Human Rights. Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes. Background paper for the Seminar Opening of the Judicial Year, January 2016», Strasbourg, European Court of Human Rights, 2016. En <https://bit.ly/2SV-pHIY>.

el establecimiento de nuevos titulares de legitimación procesal para acudir al Tribunal distintos de las víctimas como tales.

Una primera referencia al carácter colectivo de los intereses en juego puede hallarse, en la jurisprudencia del Tribunal, en la sentencia en el caso *Asociación 21 de diciembre 1989 y otros contra Rumania*, del año 2011. El caso versaba sobre los daños y lesiones causados en la represión de diversas manifestaciones en Rumania, y el Tribunal destacó «la importancia de la investigación para la sociedad rumana, consistente en el derecho de las numerosas víctimas a saber que había ocurrido, incluyendo el derecho a una investigación judicial efectiva y el posible derecho a una compensación» (párr. 142). En forma más directa, la cuestión relativa al derecho a la verdad en su dimensión colectiva se planteó en el mencionado caso *Janowiec contra Rusia*, por parte de diversas organizaciones no gubernamentales participantes como terceros en el proceso, que pidieron del Tribunal el reconocimiento de un «derecho a la verdad» autónomo, en la línea con los mandatos del derecho internacional. El Tribunal no siguió esta línea, centrándose en su doctrina sobre las obligaciones positivas de tipo procesal en relación con las víctimas; aparte de ello, consideró, respecto a la situación de los familiares, que, en realidad, el tema no versaba sobre «desapariciones», puesto que las muertes en Katyn se habían reconocido ampliamente y se habían convertido en un hecho histórico.

Una consideración más detenida de los aspectos colectivos del «derecho a la verdad» fue la que llevó a cabo el Tribunal (con diversos votos particulares al respecto) en su sentencia en el caso *El Masri contra Macedonia*, del año 2014. El caso versaba sobre una «entrega extraordinaria» (*extraordinary rendition*), esto es, sobre la entrega a la Agencia Central de Inteligencia (CIA) norteamericana de un sospechoso de terrorismo por parte de las autoridades de Macedonia, y la subsiguiente detención y maltrato del mismo en Afganistán por miembros de esa Agencia. El Tribunal llega a la conclusión de que se ha producido, por un lado, la violación sustantiva de una serie de derechos relativos a la integridad física del recurrente (art. 3, apreciando el Tribunal que el tratamiento infligido caía bajo la consideración de tortura), a su libertad personal (art. 5), vida privada (art. 8) y acceso a recursos frente a atentados a sus derechos humanos (art. 13); y por otro, que esa violación se ha producido igualmente respecto a los aspectos procedimentales de los arts. 3 y 5 del Convenio. A este respecto, el Tribunal destaca la importancia del conocimiento público de las actividades relativas a la *extraordinary rendition* por parte de las autoridades de la República de Macedonia y de la Agencia Central de Inteligencia norteamericana. En los reveladores términos del Tribunal, (las negritas son del autor):

192. El Tribunal no subestima la innegable complejidad de las circunstancias del caso de autos. Así las cosas, aunque en ocasiones, en tal o cual situación concreta, existen obstáculos o dificultades que impiden a una investigación progresar, cuando se trata como en este caso de indagar sobre acusaciones de violaciones graves de los derechos humanos, generalmente la respuesta adecuada de las autoridades es esencial para preservar la confianza del público en el respeto del principio de legalidad y evitar cualquier apariencia de complicidad o tolerancia en relación con los actos ilícitos. Por las mismas razones, el público debe tener un derecho suficiente de seguimiento de la investigación o de sus conclusiones, de forma que se garantice, tanto en teoría como en la práctica, la búsqueda de responsabilidades (*Al-Skeini y otros contra Reino Unido [GS]*, núm. 55721/2007, par. 167, TEDH-2011; *Asociación «21 de diciembre 1989» y otros contra Rumanía*, núms. 33810/2007 y 18817/2008, par. 135, 24 de mayo de 2011; y *Angelova contra Bulgaria*, núm. 38361/1997, par. 140, TEDH 2002-IV). Según lo declarado por el Consejo de Europa en sus directrices de 30 de marzo de 2011 sobre la erradicación de la impunidad para las violaciones de los derechos humanos (apartado 105 supra), «[L]os Estados tienen el deber de luchar contra la impunidad, al objeto de hacer justicia a las víctimas, disuadir de la comisión ulterior de violaciones de los derechos humanos y preservar el Estado de Derecho y la confianza de la opinión pública en el sistema judicial» (párrafo 192 de la sentencia).

Como se apuntó, este desarrollo de la posición del Tribunal no dejó de dar lugar a opiniones divergentes dentro del Tribunal, en forma de votos concurrentes (esto es, de acuerdo con el fallo, pero con divergencias en cuanto a sus fundamentos). Por una parte, una opinión concurrente de varios jueces¹² consideró que el Tribunal debía haber puesto más énfasis en el derecho a la verdad en relación con el art. 13 del Convenio, y que debía haber tratado más en profundidad ese tema en relación con el derecho a recibir información derivado del art. 10 del Convenio. En otra dirección, otra opinión concurrente¹³ estimó que no cabía establecer el derecho a la verdad como algo separado y autónomo de las exigencias procesales de los arts. 3 y 5, y que no cabía tampoco graduar la presencia de un «derecho a la verdad» en función de la mayor o menor publicidad dada a un caso.

La cuestión volvió a plantearse en casos sucesivos. En primer lugar, en los casos *Husayn (Abu Zubaydah) contra Polonia* y *Al Nashiri contra Polonia*, ambos de 2014, posteriormente, en las sentencias en los casos *Husayn (Abu Zubaydah) contra Lituania* y *Al Nashiri contra Rumania*, ambos esta vez del año 2018. En todos estos casos, los recurrentes fueron trasladados a centros de detención de la Agencia Central de Inteligencia en los diversos países en cuestión, con

¹² Jueces Tulkens, Spielmann, Sicilianos y Keller.

¹³ Jueces Casadevall y López Guerra.

la connivencia de las autoridades competentes, donde fueron torturados mediante diversos procedimientos (las llamadas «técnicas coercitivas», incluyendo los conocidos *waterboarding* y *walling* por la agencia norteamericana) durante largo tiempo. Elemento común en todos estos casos fue la declaración por el Tribunal de la violación de derechos de los recurrentes, tanto de orden sustantivo como de orden procesal, en la línea establecida en *El Masri*. En el caso *Al Nashiri*, resuelto por la sentencia de 2014, el informador (Rapporteur) especial de Naciones Unidas alegó ante el Tribunal la necesidad de ampliar el concepto de «derecho a la verdad», y extender la titularidad de este derecho más allá de las víctimas a grupos de interés, así como, bajo las previsiones del derecho a la libertad de expresión del art. 10 del Convenio, a los medios de comunicación que debían informar al público. El Tribunal, no obstante, no consideró que el caso pudiera considerarse bajo la óptica del art. 10.

En las sentencias en ambos casos del año 2018 el Tribunal insistió en la vertiente «colectiva» del derecho a la verdad, pero mantuvo su posición contraria a su consideración como un derecho autónomo. Así, en *Abu Zubaydah*, el Tribunal mantuvo:

El Tribunal pone énfasis en que la importancia y gravedad de los temas en cuestión requieren un escrutinio público particularmente intenso de la investigación. El público de Lituania tiene un interés legítimo en estar informado de los procedimientos penales y su resultado. Por lo tanto, corresponde a las autoridades nacionales asegurar que sin poner en peligro la seguridad nacional, se mantiene un escrutinio público en grado suficiente con respecto a la investigación [...]. El Tribunal además subraya que asegurar la debida responsabilidad de aquellos responsables de haber permitido a la CIA gestionar el lugar de detención «Violet» en territorio lituano es relevante para mantener la confianza en la adhesión de las autoridades lituanas al estado de derecho. El recurrente y el público tienen derecho a conocer las circunstancias en que se produjeron las operaciones de entrega extraordinaria (*extraordinary rendition*) en Lituania, y la detención secreta, así como a saber que ocurrió en esos momentos. Una víctima que ha llevado a cabo una alegación verosímil de haber sido sometida a tratamientos contrarios al artículo 3 del Convenio tiene derecho a obtener una exposición adecuada de los sufrimientos infligidos y del papel de aquellos responsables de sus tormentos (párrs. 619 y 620 de la sentencia).

Valga señalar que en gran manera esta posición coincide con la mantenida hasta el momento por la Corte Interamericana, al considerar el derecho a la verdad como un «derecho ligado al derecho a la justicia de las víctimas de violaciones de derechos humanos y a la sociedad en su conjunto, derivado de la obligación de los Estados de emprender acciones judiciales eficaces» (Rodríguez, 2017: 535), por ejemplo en *Masacre de el Mozote contra el Salvador* y otros muchos casos.

En todo caso, la Corte Interamericana ha venido a añadir un elemento adicional al derecho a la verdad; las víctimas tendrían derecho a que el resultado de las investigaciones y el reconocimiento de las vulneraciones constatadas se llevaran a cabo públicamente.

V. LOS PROBLEMAS DE UNA EXTENSIÓN «COLECTIVA» DEL DERECHO A LA VERDAD

La jurisprudencia citada del Tribunal muestra que este ha preferido, sin ignorar la dimensión colectiva del derecho a la verdad, limitar sus efectos a constituir un elemento de la determinación de la existencia de una investigación adecuada. Lo que plantea la cuestión de si cabe hacer equivaler el derecho a la verdad únicamente al derecho a la investigación destinada a remediar en lo posible la violación producida y el daño causado a las víctimas. El Tribunal, si bien ha apuntado en ocasiones la conveniencia de establecer órganos encargados de llevar a cabo adecuadamente la investigación en estos supuestos (así en *Aslakhanova*), no ha considerado incluidas en las obligaciones derivadas de la protección de derechos del Convenio la creación de instituciones como «comisiones de la verdad» o la práctica de investigaciones parlamentarias (*Janowiec*, párr. 143).

Como explicación a esta posición, debe tenerse en cuenta que no es difícil hallar dificultades relevantes que podrían derivar del reconocimiento de un «derecho autónomo» a la verdad distintas de la vertiente procesal de los arts. 2, 3 y 5. Por una parte, ¿quién sería el titular del derecho? Hablar de un «derecho del público» no resuelve la cuestión, cuando se tiene en cuenta que la efectiva existencia de un derecho deriva de su protección procesal. ¿Quién estaría legitimado para actuar ante los tribunales (y concretamente ante el Tribunal de Estrasburgo) alegando una violación de su «derecho a la verdad»? Una legitimación universal (*actio popularis*) no deja de presentar evidentes dificultades; y su restricción a grupos de interés plantea el problema de la definición y selección de esos grupos; sobre este punto se harán algunas consideraciones más abajo. Por otra parte, y como se señaló en uno de los votos particulares a *El Masri*, no es simple definir qué tipo de violaciones de derechos son de «interés público» justificativo de la aparición de un derecho a la verdad autónomo, y qué tipo no lo son. ¿Debe hacerse ello depender únicamente de la atención de los medios de comunicación sobre determinados casos?

En relación con estos puntos, cabe también tener en cuenta las cuestiones que se plantean en torno a si puede aceptarse un derecho a la verdad que sea solo eso, un derecho al conocimiento de determinadas situaciones, independientemente de sus consecuencias sancionatorias, penales o de otro tipo.

El carácter autónomo del derecho a la verdad en relación con violaciones de los arts. 2 y 3 supondría la presencia de sujetos legitimados ante los Tribunales, distintos de las víctimas de esas violaciones, y por ello con pretensiones distintas de estas, centradas en la información y el conocimiento más que en el remedio y la reparación. La pregunta es si tiene sentido, desde la misma perspectiva de la justicia, que haya un derecho, en estos casos, a una investigación destinada únicamente a la información pública, y separado y distinto del derecho de las víctimas a una reparación. Aparte, naturalmente, de las dificultades que ello plantearía en la práctica, como se ha visto en supuestos de coexistencia de procedimientos en comisiones de la verdad y, simultáneamente, ante órganos jurisdiccionales sobre los mismos hechos.

Es por eso comprensible que, aún reconociendo, como en el caso también de la Corte Interamericana, la posible utilidad de las comisiones de la verdad como elementos auxiliares, el Tribunal se haya centrado en la vertiente procesal del derecho, con referencia expresa a las víctimas.

Ahora bien, es posible hallar en la jurisprudencia del Tribunal, siguiendo en esto líneas apuntadas por la jurisprudencia de la Corte de San José, una tendencia a reconocer un derecho autónomo a la verdad, pero basado fundamentalmente en el art. 10 del Convenio, esto es, el derecho a la libertad de expresión (y de información), paralelo al reconocido en el art. 13 de la Convención Americana.

VI. ¿UN DERECHO COLECTIVO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN?

Como se ha señalado, y con ocasión de alegaciones de vulneraciones graves de derechos del Convenio, el Tribunal ha considerado que no resulta de sus mandatos la existencia de un derecho autónomo, separado del derecho de las víctimas, a que se efectúe una investigación adecuada sobre los hechos. El derecho, derivado de las obligaciones positivas de los Estados, a que se lleve a cabo esa investigación se incluiría dentro de la dimensión procesal de los derechos sustantivos alegadamente violados (usualmente referidos a los arts. 2, 3 y 5 del Convenio), y la legitimación para acudir al Tribunal, pertenecería a las víctimas directas o indirectas de esas violaciones. Si el Tribunal tiene en cuenta el interés del público por estar informado de la existencia de esas violaciones y sus consecuencias, ese interés ha sido considerado por el Tribunal como un factor que refuerza la obligación de investigar del Estado, pero no como el origen de un derecho propio de naturaleza colectiva.

En particular, en diversos supuestos (así en *El Masri*) el Tribunal no ha considerado el caso desde la perspectiva del art. 10, relativo al derecho a recibir o impartir informaciones, por cuanto,

[...] el Tribunal considera que la cuestión suscitada al amparo de esta disposición se asemeja en el fondo a las quejas relativas al artículo 3, y ya ha sido tratada en el contexto del examen de las mismas (apartado 192 supra). Considera también que el presente caso no plantea ninguna cuestión específica que deba ser analizada en el terreno solamente del artículo 10, ya que esta disposición no es aplicable a los hechos enjuiciados. Por consiguiente, no revela ningún indicio de violación, respecto al demandante, de los derechos y libertades que garantiza este artículo. 265. De ello se infiere que esta queja carece manifiestamente de fundamento en el sentido del artículo 35.3 a) y debe desestimarse en aplicación del artículo 35.4 del Convenio (párrs. 263 y 264 de *El Masri*).

La cuestión relativa al conocimiento de los hechos mediante la debida investigación se incardinaría así dentro de las obligaciones derivadas del derecho sustantivo vulnerado, de titularidad de las víctimas.

Ahora bien, de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal, si bien no resulta del art. 10 del Convenio la existencia de un derecho autónomo de titularidad colectiva a la apertura de una investigación sobre alegadas graves vulneraciones de derechos del Convenio, sí se desprende la existencia de un derecho (de titularidad, podríamos decir, difusa) al acceso a aquellas informaciones con una relevancia pública en poder de las autoridades, informaciones que sin duda incluyen aquellos supuestos de violaciones de derechos humanos que afecten en profundidad a la opinión y que resulten de general interés.

La jurisprudencia del Tribunal ha experimentado un cierto giro en este aspecto en la sentencia de la Gran Sala en el caso *Magyar Helsinki Bizottság contra Hungría*, del año 2016. En el caso, una organización gubernamental solicitó al Gobierno húngaro la lista de abogados de oficio designados para una serie de casos, lista que constaba en los registros públicos y que le fue denegada por el Gobierno. La organización recurrente ante el Tribunal alegó la violación de su derecho a recibir e impartir información, reconocido en el art. 10 del Convenio.

El Tribunal se plantea si el art. 10 contiene o no un derecho de acceso a la información que el Estado posea sobre una determinada materia. El Tribunal, examinando su jurisprudencia, reconoce que su posición ha sido inicialmente restrictiva: así, en *Leander contra Suecia*, del año 1987, pudo afirmar que el art. 10 «no confiere a un individuo un derecho de acceso a un registro que contenga información sobre su situación personal, ni implica una obligación del Estado de facilitar esa información al individuo» (párr. 74). Posteriormente, en *Guerra y otros contra Italia*, del año 1998, el Tribunal insistió en que «la libertad de recibir información no puede interpretarse como imponiendo al Estado, en circunstancias como las del presente caso, obligaciones positivas de recoger y diseminar información por su propia iniciativa» (párr. 53). En general,

el Tribunal prefería enfocar la cuestión desde la perspectiva del derecho a la vida privada, y no desde la perspectiva del art. 10.

Ahora bien, esta posición inicial se vio matizada en la jurisprudencia posterior, teniendo en cuenta, entre otros factores, si la legislación establecía una obligación de suministrar la información que se solicitase de los registros públicos. El Tribunal pudo así considerar que se producía una violación del art. 10 cuando tal obligación legal existía, y la información en cuestión era un elemento esencial en el ejercicio de la libertad de expresión del recurrente, o bien este ejercitaba una recopilación legítima de información de interés general, con la intención de impartir esa información al público, contribuyendo así a un debate público (así, *Guseva contra Bulgaria*, de 2015). Partiendo de esta línea evolutiva, el Tribunal, en *Magyar Helsinki* procede a clarificar su posición.

Y considera que nada le impide interpretar el art. 10 del Convenio en el sentido de incluir un derecho de acceso a la información, siguiendo además las tendencias del derecho internacional. Para el Tribunal, mantener una posición negativa respecto de la inclusión del derecho de acceso a la información en la protección del art. 10 llevaría a situaciones donde el derecho a recibir y suministrar información se vería afectado de tal manera que eliminaría el mismo contenido de la libertad de expresión. En casos en que el acceso a la información sea un instrumento para el derecho del individuo a recibir y suministrar información, su negativa puede suponer una injerencia indebida en ese derecho.

El Tribunal establece una serie de criterios para determinar cuándo existe una obligación del Estado (correlativa a un derecho derivado del art. 10 del Convenio) de permitir el acceso a información en su poder. Por una parte, el propósito de la petición de información: el Tribunal pone el acento sobre si la recopilación de información representa un paso preparatorio importante en actividades periodísticas, o en otras actividades que creen un foro o representen un elemento esencial para un debate público (párr. 158). Y esas consideraciones se aplican también a organizaciones no gubernamentales que asumen una función de vigilancia (*social watchdog*) pública (párr. 159).

En efecto, el Tribunal concede especial importancia al papel del demandante de información, subrayando la importancia de la prensa o las actividades de entidades no gubernamentales: «El Tribunal ha reconocido que las funciones de crear varias plataformas de debate público no se limitan a la prensa sino que también pueden llevarse a cabo por (entre otros) organizaciones no gubernamentales, cuya actuación es un elemento esencial del debate público informado» (párr. 166). Y ese nivel de protección puede extenderse también a investigadores académicos o autores de estudio o literatura sobre temas de atención pública. Adicionalmente, atendiendo al papel de internet, «la

función de los *bloggers* y los usuarios populares de los medios sociales puede asimilarse a la de los vigilantes públicos (*public watchdogs*)» en lo que se refiere a la protección del art. 10 (par. 168). El Tribunal precisa en todo caso que el derecho de acceso a la información se refiere a aquella en manos del Estado que esté inmediatamente disponible (*ready and available*) y no necesite de una actuación de recopilación por las autoridades.

Cabe considerar que la doctrina sentada en *Magyar Helsinki* supone un cierto reconocimiento de un «derecho a la verdad» de titularidad pública, ciertamente con algunas matizaciones. Por una parte, y desde una perspectiva positiva, por cuanto informaciones sobre violaciones graves de derechos del Convenio, particularmente relativas a muertes, torturas, secuestros o desapariciones con implicación de los poderes públicos representan sin duda materias de interés general cubiertas por la protección del derecho a recibir e impartir información del art. 10. Y como consecuencia, la legitimación para iniciar acciones procesales al respecto, en supuestos de ocultación de los hechos por las autoridades, se amplía considerablemente, al no encontrarse limitada a los titulares de las violaciones de los derechos sustantivos (de los arts. 2, 3, 5 o cualquier otro) de que se trate. Esa titularidad para la invocación del art. 10 se extenderá ya, más allá de las víctimas (en cuyo caso, como se vio, el derecho a la verdad se integra dentro de la dimensión procesal de los derechos alegadamente violados), a individuos u organizaciones que cumplan una función de «vigilancia social» según la enumeración que se realiza en *Magyar Helsinki*.

Ciertamente, ese «derecho a la verdad» se ve limitado en cuanto se refiere a informaciones ya existentes en las instituciones del Estado, sin que incluya la obligación de una actividad investigadora de este; se trataría de un derecho a la información, y no de un «derecho a una investigación». Pero sin duda, y en cuanto, de una forma u otra, exista constancia en las instituciones y archivos estatales de la práctica de actividades en violación de los derechos humanos, no podrá denegarse el acceso a la información existente a los representantes de esa «vigilancia social». Desde esta perspectiva sí puede hablarse de un «derecho colectivo» a la verdad, cuyo ejercicio se encomienda a sujetos especialmente cualificados.

Este derecho tiene además importantes consecuencias; el acceso a los archivos públicos solo será posible si tales archivos efectivamente existen. Por ello, un corolario del derecho a la información es la obligación de mantener esos archivos y, desde luego, no destruirlos; valga recordar que una práctica frecuente en procesos de transición es la destrucción de los registros que se consideran comprometedores para las autoridades del momento. Tal actuación resultará ilegítima desde la perspectiva de resoluciones internacionales en materia de derechos humanos. Particularmente relevante al respecto resulta,

por ejemplo, el informe del Consejo de Derechos Humanos del año 2009 sobre conservación de archivos¹⁴.

Valga señalar que la posición del Tribunal Europeo en *Magyar Helsinki* ha sido ya anticipada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el caso *Gomes Lund y otros* contra Brasil de 2010, la Corte puso el acento en el derecho a la información derivado del art. 13 del Convenio para fundamentar la obligación de las autoridades de suministrar la información requerida sobre violación de derechos humanos; en un paso más avanzado, la sentencia en el caso *Gudiel Alvarez y otros contra Guatemala* vino a condenar a este país por no haber suministrado la información obrante en su poder a la comisión de la verdad actuante.

Desde esta perspectiva, cabe inferir una serie de consecuencias derivadas de este (limitado) «derecho a la verdad» que resulta de las obligaciones positivas del Estado. Por un lado, el deber de las autoridades de conservar aquellos archivos que versen sobre actuaciones de los poderes públicos con incidencia en el respeto a los derechos humanos: la (frecuente) destrucción de documentación en situaciones de transición a la democracia supone una práctica que imposibilita no solo la debida reparación a las víctimas, sino también, desde una perspectiva general, el conocimiento por la sociedad de materias de extrema importancia para la convivencia. A ello se une el deber de permitir el acceso a los archivos existentes, tanto a los afectados como a los medios de comunicación y a aquellos sujetos que cumplen un papel relevante en los procesos de información y conocimiento por parte del público. Desde esta perspectiva, y aun cuando esa labor de información y divulgación no tenga inmediatos efectos jurídicos, los poderes públicos no deben oponerse a ella; y aún más allá, y como se apuntó por la Corte Interamericana en *Gudiel*, la colaboración por parte de esos poderes puede considerarse en determinados supuestos (así al respecto de las comisiones de la verdad), obligatoria.

Bibliografía

- Chersinova, O. (2016). Right to truth in the case law of the European Court of Human Rights. En L. Early *et al.* (dirs.). *The right to life* (pp. 145-160). Osterwijk Wolf Legal Publishers.
- De Prada Solaesa, R. (2015). Justicia transicional en Colombia. *Jueces para la Democracia*, 85, 135-148.

¹⁴ Consejo de Derechos Humanos. *El derecho a la verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, Doc. A/HRC/12/19, 21 de agosto de 2009.

- Brems, E. (2011). Transitional Justice in the Case Law of the European Court of Human Rights. *International Journal of Transitional Justice*, 5 (2), 282-303. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ijtj/ijr010>.
- Fornasari, G. (2017). Justicia de transición: una visión de conjunto con la lente del penalista. *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 21, 154-185.
- Keller, H. y Chersinova, O. (2012). Disappearance cases before the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee: Convergences and divergences. *Human Rights Law Journal*, 32, 237-249.
- López Ulla, J. M. (2013). El derecho a la verdad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Persona y Derecho*, 69, 127-164.
- Rodríguez, J. (2017). *Derecho a la verdad y Derecho internacional en relación con graves violaciones de los derechos humanos*. Madrid: Biblioteca de Derechos Humanos Berg Institute.
- Sweeney, J. A. (2018). The elusive right to truth in transitional human rights jurisprudence. *International and Comparative Law Quarterly*, 67, 353-387. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0020589317000586>.

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LOS DERECHOS SOCIALES: NUEVOS DESAFÍOS EN ESPAÑA Y EN EL ÁMBITO COMPARADO EUROPEO (FRANCIA, ITALIA Y PORTUGAL)

Control of conventionality and social rights: New challenges in Spain within the field of European Comparative Law (France, Italy and Portugal)

LUIS JIMENA QUESADA¹
Universidad de Valencia
luis.jimena@uv.es

Cómo citar/Citation

Jimena Quesada, L. (2018).

El control de convencionalidad y los derechos sociales: nuevos desafíos en España y en el ámbito comparado europeo (Francia, Italia y Portugal).

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 22, 31-58.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.22.02>

Resumen

El presente trabajo aborda el impacto positivo del control de convencionalidad como exigencia constitucional de coherencia normativa e institucional y de optimización de la dignidad humana a través de la protección de los derechos sociales. En efecto, con un enfoque de constitucionalismo multinivel, se toman en consideración los parámetros europeos en materia de derechos sociales (del Consejo de Europa

¹ Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Valencia. Expresidente del Comité Europeo de Derechos Sociales (Consejo de Europa).

—especialmente, la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales— y de la Unión Europea) y la experiencia comparada en la cultura constitucional *latinoeuropea* (España, Francia, Italia y Portugal). El autor concluye poniendo el énfasis en el papel esencial de los órganos judiciales nacionales para articular correctamente los sistemas de fuentes jurídicas, de instituciones y de derechos fundamentales. Ahora bien, ese papel debe venir precedido y completado constantemente por una contribución sincera y positiva de la academia tendente a reforzar los estándares de los derechos sociales.

Palabras clave

Diálogo judicial; constitucionalismo multinivel; prevalencia de tratados; efectividad de derechos sociales.

Abstract

This essay tackles the positive impact of the control of conventionality as a constitutional requirement of coherence (at both normative and institutional levels) and optimization (of human dignity) through the protection of social rights. Indeed, under a multi-level constitutionalism approach, the European parameters in the field of social rights (those pertaining to the Council of Europe—especially the case-law of the European Committee of Social Rights—and those relating to the European Union) as well as the comparative experience in the *Latin-European* constitutional culture (Spain, France, Italy and Portugal) are taken into account. The author concludes by emphasizing the essential role of domestic courts in correctly articulating the systems of legal sources, institutions and fundamental rights. However, this role must be preceded and constantly completed by a sincere and positive contribution from Academia, aiming at strengthening social rights standards.

Keywords

Judicial dialogue; multi-level constitutionalism; prevalence of treaties; effectiveness of social rights.

SUMARIO

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO EXIGENCIA CONSTITUCIONAL DE COHERENCIA NORMATIVA E INSTITUCIONAL Y DE OPTIMIZACIÓN PROTECTORA PARA LA DIGNIDAD. II. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y DERECHOS SOCIALES EN ESPAÑA: 1. La inaplazable superación de los recelos dogmáticos al control de convencionalidad. 2. La positiva experiencia reciente y pujante de la jurisdicción ordinaria en materia de derechos sociales. III. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y DERECHOS SOCIALES EN PERSPECTIVA COMPARADA LATINOEUROPEA: 1. La prácticamente consolidada experiencia francesa. 2. El peso entrecruzado del parámetro comunitario europeo en Italia. 3. La influencia condicionante del control de constitucionalidad en Portugal. IV. REFLEXIONES FINALES: LA INCOMPRESIBLE DESAFECCIÓN ACADEMICISTA Y LA POSITIVA VOLUNTAD JURISDICCIONAL EN EL EJERCICIO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y EL RESPETO DE LA DIGNIDAD. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO EXIGENCIA CONSTITUCIONAL DE COHERENCIA NORMATIVA E INSTITUCIONAL Y DE OPTIMIZACIÓN PROTECTORA PARA LA DIGNIDAD

De entrada, soy consciente de que plantearse actualmente la posibilidad del control de convencionalidad en un Estado social y democrático de derecho e internacionalmente integrado se revela más controvertido que cuestionar en nuestros días la propia existencia de una jurisdicción y un control de constitucionalidad (esgrimiendo la insostenible soberanía parlamentaria), o que poner en entredicho el papel primordial de la jurisdicción ordinaria como defensora cotidiana de los derechos fundamentales (bajo el pretexto de configurarla irrealistamente como boca muda que pronunciaría las palabras de la ley).

En efecto, un orden constitucional contemporáneo no puede prescindir ni de una alta jurisdicción que asegure extraordinariamente la supremacía de la carta constitucional (ello sin perjuicio de la panoplia de competencias que en tal cometido se atribuya a dicha jurisdicción constitucional) ni de

unos órganos jurisdiccionales que garanticen ordinariamente la eficacia de los derechos constitucionales, pues, en otro caso, el propio texto constitucional deviene papel mojado. Del mismo modo, entiendo que la prevalencia de las normas internacionales sobre las nacionales y el lógico control de convencionalidad susceptible de ser operado por los órganos jurisdiccionales domésticos deberían resultar constitucionalmente incontestables, más allá del modo —más o menos explícito— en que cada orden constitucional nacional haya interiorizado la solución de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

En realidad, esa prevalencia de las normas internas de producción internacional (señaladamente cuando, como en el caso que nos ocupa, reconozcan derechos humanos y sean más favorables que las de producción nacional) y el correspondiente control de convencionalidad, concebidos en clave de constitucionalización de la Convención de Viena de 1969, comportan simple y llanamente una exigencia constitucional de respeto de los compromisos internacionales. De tal suerte, canon de constitucionalidad y estándar internacional se perfilan como convergentes y complementarios.

Con semejantes premisas, deberían quedar superadas las antiguas disputas entre las normas internacionales y nacionales a cuenta de la discusión en torno al monismo, al dualismo o a la combinación de ambos (Cañado Trindade, 1995: 7 y 20), para sostener con firmeza y solidez que los diversos cánones normativos del sistema global de derechos humanos quedan articulados en aras de su optimización e «integralidad maximizadora» (Bidart Campos, 1994: 29-31). De hecho, la referencia aislada al control de convencionalidad en algunos sistemas constitucionales europeos (así lo es en los cuatro *latinoeuropeos* analizados en el presente ensayo, salvo en Francia) no lo es tal en el contexto latinoamericano (Bazán, 2010; Sagüés, 2011). En este, más allá de esas posturas encontradas entre monismo y dualismo, gana fuerza el juego combinado del binomio *constitucionalidad-convencionalidad* (Hitters, 2009) a través del planteamiento del valor supralegal —y aun supraconstitucional en algunos ordenamientos jurídicos— (Rouvillois, 2002: 327; Bidart Campos, 1996: 46) de los tratados internacionales (Riofrío Martínez-Villalba, 2007: 259).

Al tiempo, deben quedar zanjados los celos entre derecho constitucional y derecho internacional, para avanzar por la senda de las sinergias siguiendo el movimiento de internacionalización del derecho constitucional y de constitucionalización del derecho internacional; de igual manera, especialmente en la órbita globalizada de los derechos humanos, es inexorable la internacionalización de otras disciplinas como el derecho penal, el derecho procesal, el derecho laboral, etc.

Otra acotación. Cuando nos situamos en la esfera del derecho internacional de los derechos humanos (en este caso, de los derechos sociales), la eventual divergencia entre el canon doméstico y el estándar de producción externa no se producirá normalmente en el plano normativo, dado que las normas internacionales suelen contener cláusulas generales que devienen instrumentos vivos (adaptados a la realidad y enfocados al respeto de la dignidad humana y a la consecución de la justicia social) a través de la interpretación dinámica o evolutiva de las correspondientes instancias internacionales de control, monitoreo o garantía. En otros términos, la prevalencia del parámetro exterior vendrá dada por la asunción interna del texto y la interpretación internacionales, lo cual no debe sino entenderse como un acto de prevalencia de la misma fuerza normativa de la Constitución nacional, vigorizada a través de su apertura internacional.

En resumen, la puesta en práctica del control de convencionalidad ha de concebirse como una exigencia constitucional que, avalada por una adecuada praxis, permite fortalecer el conjunto de las fuentes del derecho dotándole de coherencia sistemática, engrasar el entramado institucional restándole fricciones interorgánicas y, ante todo, reforzar el sistema de derechos fundamentales imprimiéndole dinamismo y mejorando los medios de garantía, en este caso la garantía suministrada por la jurisdicción ordinaria. Naturalmente, la puesta en marcha de un mecanismo difuso de supervisión como es el control de convencionalidad pasa, irremediablemente, por el previo conocimiento de las normas y las jurisprudencias internacionales que sirven como parámetro de control y por el consecuente *self-restraint* en el momento de su efectivo ejercicio por la jurisdicción nacional (Gelli, 2007: 1-2).

Bajo el ángulo expuesto, las razonables cautelas con las que tiene que ser enfocado el control de convencionalidad (para evitar un *activismo judicial* que genere inseguridad jurídica y desigualdad aplicativa del derecho) no pueden erigirse en otros tantos pretextos para descartar ese control (para no dejar de infundir una necesaria *voluntad jurisdiccional* que, como se viene insistiendo, respondería a un mandato constitucional de optimización de los derechos y libertades). Las ventajas, en todo caso, parecen mayores que los inconvenientes; adicionalmente, aquellas serían trasunto de una obligación constitucional, mientras que estos traducirían excesivos recelos hacia un control difuso operado por la jurisdicción nacional.

Obviamente, la tarea formativa de la Judicatura y demás actores jurídicos no debe descuidarse. De todas formas, es menester recordar que, en el ámbito europeo, se asumió con naturalidad, y aun con ostensible entusiasmo, que la jurisdicción nacional estaba habilitada en el ámbito de la Unión Europea para operar semejante control difuso a través de los principios de primacía y efecto directo del derecho comunitario europeo. Luego, ¿por qué no admitir

el ejercicio responsable del control de convencionalidad como elemento, no de debilidad, sino de fortaleza del ordenamiento constitucional?

II. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y DERECHOS SOCIALES EN ESPAÑA

1. LA INAPLAZABLE SUPERACIÓN DE LOS RECELOS DOGMÁTICOS AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Como adelantaba, en mi opinión el ordenamiento español ofrece bases constitucionales explícitas que dan soporte al control de convencionalidad y a la efectividad de la tutela multinivel de los derechos, especialmente el mandato aplicativo de los tratados internacionales (arts. 93 a 96 de la Constitución española) en conjunción con el mandato interpretativo (del art. 10.2 de la propia Constitución) (Fernández de Casadevante y Jiménez García, 2006: 21 y 31; Sáiz Arnáiz, 1999; Aparicio Pérez, 1989; De Carreras Serra, 2000). En este sentido, del art. 96.1 de la Constitución española se deriva la superioridad de los tratados con respecto a la ley española y, en todo caso, ese carácter supralegal se revela indiscutible cuando se trata de tratados sobre derechos humanos (art. 94.1.c de la Carta Magna), por más que el texto constitucional español no hable explícitamente de esa supralegalidad (Peces Barba Martínez, 1988: 97).

Es cierto que en esto último diverge la Carta constitucional española de otras constituciones extranjeras, como es el caso de la francesa vigente de 1958 (art. 55)². No obstante, el texto final del art. 96 de la Constitución de 1978 recoge esa superioridad applicativa de los tratados sobre las leyes, en la línea de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Carcassonne, 2002: 250). Con tal filosofía, sobre no ser necesario, la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, viene a poner negro sobre blanco lo que dispone el reiterado art. 96 de la Constitución española al establecer explícitamente esa prevalencia (Jiménez García, 2015: 54).

Como antes se apuntaba, la lógica del principio de primacía del derecho de la Unión Europea es la misma que inspira el ejercicio del control de convencionalidad con apoyo en la posición prevalente o supralegal de los tratados internacionales. Si se tiene en mente ese sencillo paralelismo, quedarán

² Según el art. 55 de la Constitución francesa, «los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, bajo reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra Parte».

superados los recelos dogmáticos (acusadamente, en la doctrina constitucionalista) a la asunción del control de convencionalidad operado por los órganos jurisdiccionales. Cabalmente, aunque la primacía sea una creación jurisprudencial del Tribunal de Justicia de Luxemburgo en cuanto a su formulación (Tajadura Tejada y De Miguel Bárcena, 2008; Torres del Moral, 2010: 718-724), ella no es ajena a la posición de los tratados comunitarios europeos en el ordenamiento interno a tenor de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

De análogo razonamiento se hizo eco, con gran acierto e inspirándose en la experiencia constitucional francesa, el Consejo de Estado español en su *Memoria anual de 1997*. Decía así el Consejo de Estado:

En las consultas sobre proyectos legislativos el Consejo de Estado sustituye su tradicional examen de legalidad del texto reglamentario por *un doble control o examen de constitucionalidad y de «convencionalidad»*. Estas verificaciones se realizan también en materia reglamentaria, pero en materia legislativa se hace con mayor meticulosidad. También en los aspectos formales y de contenido se observan matices en los Dictámenes, posiblemente por el mayor rigor y mejor cuidado con que se emiten las consultas legislativas³.

Y proseguía:

Al examinar los anteproyectos legislativos, el Consejo de Estado realiza además lo que se ha venido llamando «control de convencionalidad». Es enteramente aplicable aquí la conclusión a la que ha llegado la doctrina francesa respecto a su *Conseil d'État*: desde que es consultado de un anteproyecto de ley, el Consejo de Estado debe sistemáticamente plantearse la cuestión de saber si ese proyecto es compatible con el Derecho Comunitario y el Derecho Internacional⁴.

Pero, sobre todo, al hilo del citado ejemplo, recuerda el Consejo de Estado el carácter supralegal o prevalente de los tratados internacionales, en estos términos: «La problemática de las relaciones entre la ley interna y los tratados internacionales correspondientes y la prevalencia de la fuente internacional, es objeto de examen detenido en el Dictamen 176/1997. [...] El Dictamen 4810/1997 advierte sobre la innecesidad de las cláusulas de reserva o remisión expresas a tratados por su dudosa utilidad, dada la primacía de éstos» (*ibidem*: 164-165.). Y agrega: «En esta materia el Consejo de Estado se mueve con un mayor margen creativo, que en la materia constitucional, dado lo limitado de

³ *Memoria anual del año 2007*, p. 149.

⁴ *Memoria anual del año 1997*, p. 158.

la intervención del Tribunal Constitucional en materia de Tratados internacionales (artículo 95 de la Constitución española) y su rechazo a controlar el respeto de los compromisos internacionales y del Derecho comunitario».

Estimo que las citas anteriores quedan plenamente justificadas. Si se aplica esa lógica argumentativa al terreno de la técnica legislativa (fase de elaboración de la norma), ¿qué impide trasladarla al campo de la praxis judicial (fase de aplicación de la norma)? A mi entender, los argumentos tendentes a excluir el neto control difuso de convencionalidad de la esfera judicial ordinaria para reconducirla a la supervisión concentrada de la jurisdicción constitucional (Bandrés Sánchez-Cruzat, 1996: 134-136; Canosa Usera, 2015; Jimena Quesada, 2013) parecen poco realistas y, sobre todo, se alejan del principal papel y mayor virtud del primer control, a saber, la efectividad de la tutela judicial de los derechos fundamentales en plazo razonable. Efectivamente, al margen de ese obstáculo principal consistente en diferir el control a sede jurisdiccional constitucional con la consiguiente demora, se presenta irrealista esa solución por implicar incluso un cambio de mentalidad que, hoy por hoy, no se atisba todavía en la justicia constitucional española: esta ha rechazado incluir los tratados como parte del bloque de constitucionalidad al tiempo que *de facto* los ha utilizado aleatoriamente como tal parámetro.

Curiosamente, ha asumido el instituto francés del bloque de constitucionalidad con esa poca fortuna y aleatoriedad y, al tiempo, se ha mostrado reacio a reconocer explícitamente que la justicia ordinaria está habilitada para ejercer el control de convencionalidad. Dicho sea de paso, es mi parecer que tampoco hace falta que el Tribunal Constitucional efectúe ese reconocimiento, que ya se desprende de la propia Constitución. Ahora bien, lo que sucede es que el aval del Alto Tribunal serviría ciertamente para apuntalar la convicción y la voluntad positiva de los órganos jurisdiccionales ordinarios. Por el contrario, a día de hoy, no se vislumbra ese aval, hasta tal punto que podría argüirse que la Corte Constitucional española, en materia de control de convencionalidad, ni hace ni deja hacer, como en el seno del propio Tribunal se ha criticado.

Así, gran interés despierta el voto particular concurrente de Juan Antonio Xiol Ríos (*al que se adhieren Adela Asua Batarrita y Fernando Valdés Dal-Ré*) formulado a la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 270/2015, de 17 de diciembre, en donde se afirma que la cuestión del control de convencionalidad «debería ser sometida a una reconsideración más profunda por este Tribunal para evitar determinadas situaciones paradójicas que se plantean en el ordenamiento jurídico español» y con respecto a lo cual «este Tribunal, como máximo intérprete de la Constitución, deberá pronunciarse más fundadamente en algún momento». Y se recapitula así la crítica a esa elusión del control de convencionalidad:

La actual jurisprudencia parece que aboca a que sólo se posibilite el desarrollo de ese control de convencionalidad de manera concreta por parte de los órganos judiciales cuando deba aplicarse la ley que se estime contraria a un tratado internacional a partir de considerarlo una mera cuestión de selección normativa, lo que, en su caso, podría ser impugnado en amparo por la vía del artículo 24.1 de la Constitución española en caso de arbitrariedad o irrazonabilidad. Ahora bien, no deja de resultar paradójico que en el contexto de una creciente propensión al control abstracto de normas con fundamento en razones de seguridad jurídica, el único control abstracto que quede ayuno de cualquier vía de planteamiento sea el control de convencionalidad de las normas con rango de ley que, si no puede ser ejercido por la jurisdicción ordinaria, tampoco este Tribunal está posibilitando que se ejerza a través del recurso de inconstitucionalidad o la cuestión de inconstitucionalidad por la vía de la invocación de los artículos 9.1 o 96 de la Constitución española.

Por lo demás, los recelos dogmáticos (y jurisdiccionales) se presentan tanto más injustificados cuanto que, en la praxis (y el cómputo no puede ser estadísticamente más sencillo, por su carácter excepcional), el ejercicio responsable del control de convencionalidad se operará en supuestos aislados en los que la norma internacional (y, sobre todo, la jurisprudencia internacional correspondiente) ofrezcan claridad y certeza en cuanto al supuesto controvertido, como queda ilustrado a continuación en el terreno de los derechos sociales.

2. LA POSITIVA EXPERIENCIA RECIENTE Y PUJANTE DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES

La actual y prometedor praxis de la jurisdicción ordinaria española en el terreno de los derechos sociales se ha visto dinamizada por la asunción del parámetro de la Carta Social Europea del Consejo de Europa y la jurisprudencia de su instancia máxima de garantía —el Comité Europeo de Derechos Sociales— (Bonet Pérez, 2016a: 22; Bonet Pérez, 2016b: 122-127) en el contexto de la crisis económica y por referencia a dos ámbitos controvertidos, a saber, flexibilidad en el mercado laboral y flexiseguridad en el sistema de pensiones a cuenta de diversas decisiones adoptadas por dicho órgano frente a Grecia.

Con relación al primer ámbito, el Comité Europeo de Derechos Sociales dictó en el año 2012 las dos primeras decisiones que abordaron frontalmente la problemática de las medidas «anticrisis» de austeridad y flexibilidad del mercado laboral adoptadas bajo imposición de la Troika (Comisión Europea, Banco Central Europeo y Fondo Monetario Internacional). Se trata de las dos decisiones de fondo del Comité de 23 de mayo de 2012 de resolución de las reclamaciones colectivas n.º 65/2011 y n.º 66/2011 (ambas contra Grecia, formuladas por los sindicatos griegos Federación General de Empleados

de las Compañías Públicas de Electricidad y Confederación de Sindicatos de Funcionarios Públicos).

En la primera decisión (Reclamación n.º 65/2011), el Comité Europeo concluyó que se había producido una violación del art. 4.4 de la Carta Social, por cuanto la ley nacional que autorizaba el despido sin preaviso ni indemnización a los asalariados con contrato de duración indefinida durante un período inicial de doce meses es incompatible con dicha disposición de la Carta. En la segunda decisión (Reclamación n.º 66/2011), el Comité llegó a la conclusión de violación de diversas disposiciones de la Carta Social (arts. 4.4, 7.7, 10.2 y 12.3), al enjuiciar las disposiciones restrictivas sobre vacaciones anuales, sistemas de aprendizaje y formación, y cobertura de la seguridad social en los llamados «contratos de aprendizaje especiales» para asalariados de entre 15 a 18 años, así como las disposiciones referentes a la irrisoria remuneración (un pequeño porcentaje del salario mínimo nacional) susceptible de ser percibida por los asalariados recién incorporados al mercado laboral menores de 25 años.

Lo interesante de ambas decisiones es que el Comité Europeo ha establecido una especie de ponderación de las medidas de flexibilización con la salvaguardia prioritaria de la dignidad de los trabajadores y trabajadoras⁵.

⁵ En síntesis, el Comité sostuvo en su argumentación jurídica: «La crisis económica no debe traducirse en una reducción de la protección de los derechos reconocidos por la Carta. Los Gobiernos deben por tanto adoptar todas las medidas necesarias para conseguir que esos derechos sean efectivamente garantizados en el momento en el que la necesidad de protección se hace sentir más [...] si la crisis puede legítimamente conducir, en unos u otros ámbitos, a reorganizar los dispositivos normativos y las prácticas vigentes con vista a limitar algunos costes para los presupuestos públicos o a aligerar las cargas que pesan sobre las empresas, semejante reorganización no debería traducirse en una precarización excesiva de los beneficiarios de los derechos reconocidos por la Carta.

El Comité considera que una mayor flexibilidad en el trabajo para luchar contra el desempleo no puede conducir a privar a amplias categorías de asalariados, singularmente quienes ya no son titulares desde hace mucho tiempo de empleos estables, de sus derechos fundamentales en materia laboral, contra la arbitrariedad del empleador o los avatares de la coyuntura. Es precisamente a la instauración y al mantenimiento de tales derechos, en los dos ámbitos mencionados, a lo que tienden justamente las disposiciones de la Carta. Renunciar a tales garantías tendría, a mayor abundamiento, no solamente como efecto el hacer recaer sobre los asalariados indebidamente una parte excesiva de las consecuencias de la crisis, sino incluso aceptar efectos pro-cíclicos susceptibles de agravar la crisis y de aumentar la carga de los regímenes sociales, en particular los asistenciales, a menos que ello no suponga compensar las pérdidas de

Ambas decisiones (lo mismo que las cinco decisiones de 7 de diciembre de 2012 sobre la drástica reducción de pensiones en Grecia, *infra*) han gozado de cierta aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales y gran eco mediático, en la medida en que el Gobierno griego incidía en el argumento de haber adoptado dichas medidas por imposición de la Troika. Lo cual suscita las posibles divergencias de enfoques entre el Consejo de Europa y la Unión Europea (Jimena Quesada, 2016).

¿Qué ha sucedido en España? El Tribunal Constitucional se vio enfrentado de lleno a ese tipo de medidas anticrisis con motivo del recurso de inconstitucionalidad n.º 5603-2012 interpuesto por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral, resuelto en sentido desestimatorio mediante la Sentencia núm. 119/2014, de 16 de julio. En el recurso se denunciaba que, más allá de la pretendida superación de la rigidez del mercado laboral (con la nueva modalidad de «contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores» —análogo al examinado por el Comité Europeo en relación con Grecia—) y la flexibilización de la regulación de las instituciones laborales (nueva regulación del descuelgue o inaplicación en la empresa de los convenios colectivos aplicables, así como un arbitraje obligatorio), la reforma resultaría «más incisiva y de mayor envergadura, hasta el punto de que en algunos aspectos constituiría una ruptura con el modelo constitucional de relaciones laborales» (antecedente 2).

La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 119/2014 cuenta con un contundente voto particular discrepante suscrito por varios magistrados constitucionales que sí se hacen eco de la normativa y la jurisprudencia internacionales. Lo preocupante es que el Tribunal ha establecido un canon constitucional divergente con respecto al estándar europeo más favorable (Salcedo Beltrán, 2016b: 57-62; Santiago Rivera, 2016: 309-364; Valdés Dal-Ré, 2016b: 63-65). Y dicha brecha no debería producirse, por la sencilla razón de que, como se indicaba, el canon europeo es también canon constitucional (impuesto por los arts. 10.2 y 93 a 96 de la Constitución) y, consecuentemente, canon que se impone a la propia Corte Constitucional (Molina Navarrete, 2014: 183-190).

En particular, en el plano judicial ordinario, algunos órganos jurisdiccionales españoles han llegado a ejercer el control de convencionalidad con apoyo explícito en esa decisión de 23 de mayo de 2012 (Reclamación n.º 65/2011) para, haciendo valer la prevalencia de un tratado (a la sazón, la Carta Social

recursos vinculadas al retroceso de las actividades, lo cual comportaría un atentado a las obligaciones de la Carta en materia de protección social».

Europea) sobre la citada legislación de reforma del mercado laboral de 2012, descartar la aplicación de esta última: esa postura la inauguró la Sentencia n.º 412/2013, de 19 de noviembre de 2013, del Juzgado de lo Social n.º 2 de Barcelona (procedimiento n.º 426/2013 en materia de despido) y ha sido seguida con diversa intensidad por otros órganos jurisdiccionales del orden social. Lo curioso es que, incluso tras la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 119/2014, se ha seguido aplicando el criterio convencional marcado por el Comité Europeo en el ámbito de la jurisdicción ordinaria (por ejemplo, Sentencia n.º 352 de 5 de noviembre de 2014 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona, procedimiento de despido n.º 116/2014; ese criterio también ha sido seguido en apelación o suplicación por algunos Tribunales Superiores de Justicia⁶, sin que el Tribunal Supremo se haya pronunciado al respecto sobre el fondo)⁷, resaltando esas disposiciones constitucionales y el valor de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, una

⁶ Entre otros, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (por ejemplo, sentencias de fecha 28 de enero, 30 de marzo y 18 de abril de 2016, en los recursos de suplicación, respectivamente, núm. 581/2015, núm. 989/2015 y núm. 110/2016), o del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid; por ejemplo, sentencia de 26 de septiembre de 2015, recurso de suplicación núm. 1527/2016).

⁷ Efectivamente, el Auto de 4 de noviembre de 2015 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo resolvió declarar la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por un trabajador contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 2 de diciembre de 2014 (recurso de suplicación núm. 5253/14, interpuesto por la empresa condenada en la instancia) frente a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Mataró de fecha 9 de abril de 2014 (procedimiento de despido núm. 492/2013). Esta sentencia del Juzgado de lo Social había sido estimatoria y declaró que la extinción del contrato indefinido de apoyo a emprendedores del trabajador recurrente (este había empezado a prestar sus servicios el 14 de mayo de 2012, notificándole la empresa el 26 de abril de 2013 la extinción de su contrato con efectos de 13 de mayo de 2013, por no haber superado el período de prueba) debía ser calificada como despido improcedente. Lo interesante de la sentencia del Juzgado de lo Social es que, en una plausible argumentación jurídica que revela una correcta aprehensión del sistema constitucional de fuentes y particularmente del ordenamiento laboral, descarta la aplicación de la disposición (art. 4.3) de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de reforma del mercado de trabajo, que estableció esa figura contractual, por disconformidad con el art. 4.4 de la Carta Social a la luz de la Decisión de fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales de 23 de mayo de 2012 de resolución de la Reclamación núm. 65/2011 dictada contra Grecia. Con ello, el Juzgado de instancia ejerció con determinación y convicción el control de convencionalidad.

internacionalización de nuestro ordenamiento constitucional que por lo demás ha sido consolidada y reforzada por la reciente Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

Por añadidura, ese criterio de la jurisdicción ordinaria ejerciendo acertadamente el control de convencionalidad tampoco entra en colisión con el otro canon europeo (el de la Unión Europea), en la medida en que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha decidido sencillamente eludir la problemática y declararse incompetente para enjuiciar el controvertido contrato de apoyo a emprendedores (Sentencia de 5 de febrero de 2015, *Nisttahuz Poclava*, asunto C117/14)⁸. Por lo demás, incluso para quienes entendían (erróneamente) que las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales de 2012 frente a Grecia no eran trasladables a España (por no haber aceptado nuestro país el procedimiento de reclamaciones colectivas), tampoco se reveló útil dicho pretexto tras la conclusión frente a España (en el marco del sistema de informes) en enero de 2015, en donde, precisamente con apoyo en la decisión sobre la Reclamación n.º 65/2011 contra Grecia, declaró explícitamente que «el artículo 4, párrafo 3, de la Ley 3/2012 no es conforme al artículo 4.4 de la Carta de 1961».

En lo que concierne al segundo ámbito, a finales de diciembre de 2012 fueron adoptadas por el Comité Europeo cinco nuevas decisiones de fondo (7 de diciembre de 2012) de resolución de las reclamaciones (n.º 76 a 80/2012) que denunciaban las leyes anticrisis de 2010 adoptadas en Grecia imponiendo una reducción drástica de las pensiones tanto en el sector público como en el privado; todas ellas concluyeron que se había violado el art. 12 de la Carta Social (derecho a la seguridad social)⁹.

⁸ En dicha sentencia, el Tribunal de Luxemburgo se declaró incompetente para enjuiciar el controvertido contrato de apoyo a emprendedores (un año de período de prueba con posible despido sin preaviso ni indemnización) previsto por el art. 4.3 de la Ley española 3/2012, de 6 de julio, de reforma del mercado de trabajo. Una modalidad contractual análoga, introducida con anterioridad en Grecia asimismo por influencia de la Troika, que había sido declarada por el Comité Europeo contraria al art. 4.4 de la Carta Social Europea de 1961 (ratificada por España en 1980) mediante su Decisión de 24 de mayo de 2012 (Reclamación colectiva núm. 65/2011).

⁹ Reclamación núm. 76/2012, *Federación de pensionistas asalariados de Grecia c. Grecia*; reclamación núm. 77/2012, *Federación Pan-helénica de pensionistas de la función pública c. Grecia*; reclamación núm. 78/2012, *Sindicato de pensionistas del personal ferroviario de Atenas-Piraeus c. Grecia*; reclamación núm. 79/2012, *Federación pan-helénica de pensionistas de la empresa pública de electricidad c. Grecia*, y reclamación núm. 80/2012, *Sindicato de pensionistas del Banco agrícola de Grecia c. Grecia*.

Es interesante traer a colación la fundamentación jurídica común de dichas decisiones:

- 1.º El art. 12 de la Carta Social Europea está concebido más en términos de progresividad que de regresión. Pero, en caso de establecerse restricciones, ellas no deben conducir a una precarización o a una pauperización de la población afectada¹⁰.
- 2.º El Gobierno griego no ha demostrado que, bajo el pretexto de las medidas de austeridad impuestas por la Troika, haya intentado adoptar otras medidas alternativas menos costosas para la población afectada.
- 3.º Dicho Gobierno tampoco ha acreditado que haya habido consultas y diálogo con los interlocutores sociales en un ámbito tan esencial.
- 4.º En fin, el efecto acumulativo de todos estos *déficits*, unido a las reducciones de las pensiones en sí, hace descansar exclusivamente sobre los pensionistas, en su calidad de contribuyentes, las consecuencias de la crisis económica de manera injustificada y contraria a la Carta Social Europea.

De nuevo, frente a ese canon europeo, la jurisdicción constitucional española ha adoptado decisiones divergentes, como ponen de manifiesto las sentencias núm. 49/2015, de 5 de marzo, y núm. 95/2015, de 14 de mayo, reveladoras de ese enfoque deficitario. En ellas se sustanciaron, respectivamente, un recurso de inconstitucionalidad¹¹ y una cuestión de

¹⁰ ¿Cuál fue el alcance de esas reducciones o restricciones? Para el Comité Europeo de Derechos Sociales, si bien algunas primas o parte de las pagas extras (en Pascua, Navidad y vacaciones) cabe reducirlas o incluso suprimirlas, las pensiones básicas y las complementarias no pueden reducirse de la manera tan drástica como se ha efectuado (en porcentaje de entre el 20 % hasta el 50 % según el montante de la pensión), pues ello no solo es contrario a esa obligación de los Estados de establecer progresivamente un régimen de seguridad social de un nivel más elevado (art. 12.3 de la Carta Social), sino que se aparta asimismo en muchos casos de situaciones vulnerables (las pensiones más bajas) de la obligación de protección social de las personas mayores (art. 4 del Protocolo de 1988), para que no queden por debajo del umbral mínimo de riesgo de pobreza, para lo que el Comité Europeo toma como referencia el 50 % de la renta mediana ajustada que establece Eurostat en función de la riqueza y coyuntura económica de cada país.

¹¹ Recurso de inconstitucionalidad núm. 1114-2013, interpuesto por más de 50 diputados integrantes de los grupos parlamentarios Socialista, Izquierda Unida, Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida y Alternativa, Chunta Aragonesista, La Izquierda

inconstitucionalidad¹² frente al art. 2.1 del Real Decreto Ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del Sistema de la Seguridad Social, mediante el que se dejaba sin efecto para el ejercicio 2012 la actualización de las pensiones prevista en la Ley de Clases Pasivas del Estado (Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril) y en Ley General de Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio). Los dos pronunciamientos constitucionales son desestimatorios y cuentan con opiniones discrepantes similares a las expresadas frente a la Sentencia núm. 119/2014. Y nuevamente, también en este terreno algunos órganos de la Jurisdicción Ordinaria, tanto Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Social)¹³ como Juzgado de lo Social¹⁴, han decidido ejercer el control de convencionalidad.

III. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y DERECHOS SOCIALES EN PERSPECTIVA COMPARADA LATINOEUROPEA

1. LA PRÁCTICAMENTE CONSOLIDADA EXPERIENCIA FRANCESA

Ya se ha avanzado que el ordenamiento constitucional francés ha reconocido sin ambages en el art. 55 de su Constitución vigente de 1958 el carácter suprallegal de los tratados y el control de convencionalidad. Concretamente, al acometer el alcance de dicha disposición constitucional, la doctrina gala ha constatado que «bajo la Vª República, los tratados o convenios internacionales de entrada ostentan una posición privilegiada en la jerarquía de las normas jurídicas, por encima de la ley» (Formery, 2003: 108-109).

El caso es que las instancias jurisdiccionales supremas, de la justicia ordinaria primero, y de la justicia administrativa después, fueron consecuentes hace décadas derivando de dicha base constitucional el control de convencionalidad. En efecto,

Plural, Partido Nacionalista Vasco, Convergencia i Unió y Unión Progreso y Democracia.

¹² Cuestión de inconstitucionalidad núm. 7434-2013, planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

¹³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Albacete) núm. 1040 de 6 de octubre de 2015 (recurso núm. 694/15), Fundamento Jurídico 3.º.

¹⁴ Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 12 de Barcelona núm. 287 de 4 de septiembre de 2015 (recurso núm. 220/2014), Fundamento Jurídico 4.º, en el que se alude expresamente a las Decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales de 7 de diciembre de 2012 sobre recorte de pensiones.

al no estar habilitada ninguna jurisdicción, en el sistema francés, para censurar la ley, restaba por saber si las jurisdicciones administrativa y judicial se iban a mostrar dispuestas a aceptar la posibilidad de descartar su aplicación en el caso de haberse adoptado en contradicción con una norma internacional ya en vigor. La Corte de Casación tomó partido rápidamente en tal sentido (24 de mayo de 1975, *Société des Cafés Jacques Vabre*), haciendo prevalecer la norma internacional sobre la ley. Por el contrario, el Consejo de Estado, en nombre del respeto absoluto de la norma legislativa rehusó, hasta 1989, examinar la compatibilidad con un compromiso internacional de una ley posterior a dicho compromiso. Desde la *Sentencia Nicolo* (Consejo de Estado, 20 de octubre de 1989), un control efectivo de la norma establecida en el artículo 55 queda asegurado por los dos órdenes jurisdiccionales ordinarios. Pero se trata de un control por vía de excepción de la ley, que queda descartada puntualmente por el juez y no desaparece del ordenamiento jurídico (Formery, 2003: 110).

Pese a la experiencia del control de convencionalidad en el sistema constitucional francés (más consolidada que la más reciente del control de constitucionalidad difuso operado por los órganos jurisdiccionales), la actualidad de los derechos sociales ha revelado carencias en la justicia francesa a la hora de decantarse por el estándar más favorable del Consejo de Europa (de nuevo, la Carta Social y la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales) frente al más restrictivo de la Unión Europea (que ha ejercido una *vis atractiva* incoherente en este caso con el principio *favor libertatis* o *pro personae*). Resulta imperioso que la Carta Social Europea y las realizaciones del Comité dejen de estar «moderadamente infravaloradas» (Stangos, 2017: 3).

Sobre este punto, las estrategias procesales de órganos jurisdiccionales nacionales son determinantes en el momento de ejercer una voluntad positiva tendente a hacer valer el estándar más favorable. Lo ilustraré con un ejemplo crítico, que muestra que la justicia francesa (en este caso, la Corte de Casación) podía haber aplicado la solución más favorable ya sentada por el Comité Europeo de Derechos Sociales (ejerciendo su rica experiencia precedente sobre ejercicio directo del control de convencionalidad) en lugar de suscitar un control indirecto y diferido planteando una arriesgada e innecesaria cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que podía saldarse (como así sucedió) con una solución más restrictiva.

Ese riesgo se verificó con motivo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de enero de 2014 (*Association de médiation sociale*, asunto C-176/2012), que trae su causa de la petición de decisión prejudicial formulada por la Corte de Casación francesa en el marco de un litigio entre la Association y diversos agentes sindicales acerca de la sujeción de la constitución de órganos representativos de personal a ciertos umbrales de trabajadores empleados; ello a la luz de la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la

información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, y del derecho fundamental a la información y consulta de los trabajadores en el seno de la empresa del art. 27 de la Carta de los Derechos Fundamentales.

Los avatares procesales nacionales vinieron precedidos de una controvertida prejudicialidad ante el Consejo Constitucional (una cuestión prioritaria de constitucionalidad que fue resuelta por este el 29 de abril de 2011 declarando que el art. L. 1111-3 del Código de trabajo era conforme con la Constitución francesa)¹⁵, cuya decisión no fue curiosamente acatada por el órgano jurisdiccional de primera instancia (el Tribunal de Instancia de Marsella, que decidió descartar la aplicación de ese canon constitucional dando primacía al derecho de la Unión Europea). Posteriormente, en vía casacional, la Corte de Casación gala formuló la cuestión prejudicial que dio origen a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de enero de 2014.

Esta venía sustancialmente a corroborar la posición del tribunal de instancia desautorizando el canon establecido por el Consejo Constitucional (apdo. 29)¹⁶, efectuando contrariamente a renglón seguido un salto cualitativo nada desdeñable al descartar no solo el efecto directo entre particulares de la Directiva 2002/14 (apdos. 30 a 41)¹⁷ sino, de manera más decepcionante aún, ese mismo efecto horizontal del art. 27 de la Carta de los Derechos Fundamentales (Lizzerini, 2014).

Con tal proceder, el Tribunal de Justicia no solo se apartaba de la razonable —y, a mi entender, acertada— lectura combinada de dicha directiva y del art. 27 de la Carta de los Derechos Fundamentales incluida en las conclusiones del

¹⁵ Así se recoge en los apdos. 17 y 18 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de enero de 2014.

¹⁶ A tenor del apdo. 29 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de enero de 2014, «se ha de concluir que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2002/14 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional como el artículo L. 1111-3 del Código de trabajo, que excluye a los trabajadores titulares de contratos de trabajo apoyados del cómputo del personal de la empresa para la determinación del número de trabajadores requerido legalmente para constituir órganos de representación del personal».

¹⁷ El fallo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de enero de 2014 dispone que el art. 27 de la Carta de los Derechos Fundamentales, «por sí solo o en conjunción» con la Directiva 2002/14/CE, «deben interpretarse en el sentido de que, cuando una disposición nacional de transposición de esa Directiva, como el artículo L. 1111-3 del Código de trabajo francés, es incompatible con el Derecho de la Unión, ese artículo de la Carta no puede ser invocado en un litigio entre particulares para excluir la aplicación de esa disposición nacional».

abogado general Pedro Cruz Villalón¹⁸ —autorizada opinión saludada por la doctrina— (Millán Moro, 2014; Ward, 2014; Buffa, 2015; Laulom, 2014), sino, asimismo, del efecto útil del equivalente art. 21 de la Carta Social Europea revisada de 1996¹⁹. A este último respecto, en sus conclusiones publicadas en enero de 2015, el Comité Europeo condenó a Francia por los mismos motivos que los expresados en el apdo. 29 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de enero de 2014, pero lógicamente por disconformidad del art. L. 1111-3 del Código de Trabajo con el citado art. 21 de la Carta Social²⁰.

La lectura que, en mi opinión, se desprende de cuanto antecede es clara: primeramente, el Tribunal de Instancia de Marsella podría haber inaplicado el controvertido art. L. 1111-3 del Código laboral (previamente declarado conforme a la Carta Magna francesa por el Consejo Constitucional), no tanto acudiendo a los principios de primacía y efecto directo del derecho de la Unión Europea, sino ejerciendo el control de convencionalidad con apoyo en el art. 21 de la Carta Social; y, en segundo término, la propia Corte de Casación podría haber omitido el innecesario planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria, ejerciendo ese mismo control de convencionalidad para alcanzar la solución de aplicación horizontal de dicho art. 21 y evitando así el restrictivo fallo en tal sentido del Tribunal de Justicia.

En fin, semejante línea argumental se revela tanto más practicable en Francia cuanto que, como se viene reiterando, en el país vecino el control de convencionalidad se ha estado ejerciendo con naturalidad (Pacteau, 2004; De Lamy, 2009), ante la ausencia de la cuestión de inconstitucionalidad hasta hace pocos años (Bon, 2009: 321). Y, de hecho, tanto la Corte de Casación como instancias jurisdiccionales inferiores francesas cuentan ya con experiencia en materia de control de convencionalidad con apoyo en la Carta Social y en la jurisprudencia del Comité Europeo en ámbitos como las guardias localizadas/*périodes d'astreinte* o el sistema de remuneración a tanto alzado/*forfait en jours* (Johansson, 2013).

¹⁸ Apdos. 97 y 98 de las conclusiones de Pedro Cruz Villalón.

¹⁹ Véase asimismo el apdo. 52 de las conclusiones de Pedro Cruz Villalón.

²⁰ Concluye el Comité: «La exclusión, establecida por el artículo L. 111-3 del Código, de los trabajadores titulares de contratos apoyados o tutelados del cálculo del efectivo de la empresa —cálculo necesario para la determinación de los umbrales mínimos que permiten la creación de instituciones representativas del personal que aseguren la información y la consulta de los trabajadores— no es conforme a la Carta [al art. 21 de la Carta Social Europea revisada]».

2. EL PESO ENTRECruzADO DEL PARÁMETRO COMUNITARIO EUROPEO EN ITALIA

En el sistema constitucional italiano, hasta hace pocos años anclado en el dualismo, el control de convencionalidad se ha analizado como temática más reciente asociada especialmente en un primer momento al papel de la justicia ordinaria con relación al Convenio Europeo de Derechos Humanos y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Mirate, 2007). Ahora bien, como en el caso francés, en Italia ha ganado asimismo peso entrecruzado el parámetro comunitario europeo (Montanari, 2003: 143), con soluciones reacias hacia el ejercicio del control de convencionalidad y también más restrictivas para el disfrute efectivo de los derechos sociales.

Argumento a continuación esta crítica. En particular, hasta fechas recientes, incluso la Corte de Casación italiana utilizaba frases recurrentes con relación a la Carta Social Europea que evocaban esa postura reacia (Guiglia, 2013: 23) —en contraste con países como Francia, Bélgica u Holanda (Nivard, 2016)—, con expresiones del tipo «las disposiciones de la Carta no tienen eficacia directa en el ordenamiento interno de los Estados contrayentes, sino que se concretan en compromisos jurídicos de carácter internacional en las relaciones entre los mismos Estados, a quienes por ello mismo se les exige el cumplimiento de los principios y derechos en ella contemplados, con amplia discrecionalidad en cuanto a los modos, plazos y medios²¹». Sin embargo, ese carácter reacio es criticado en la doctrina italiana, que apunta cada vez más a una garantía integrada de los derechos humanos extraída de los varios niveles internacionales (Guiglia, 2014; Oliveri, 2007; Panzera, 2015).

Por su lado, volviendo al entrecruzamiento (*rectius*: interferencia) del parámetro comunitario europeo, es verdad que el propio Tribunal de Justicia de Luxemburgo no ha contribuido a potenciar el control de convencionalidad, al rechazar equipararlo a la primacía del derecho de la Unión Europea. Semejante postura viene ilustrada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo (Gran Sala) de 24 de abril de 2012 (caso *Servet Kamberaj*, asunto C-517/10), en la que se concluye:

La referencia que hace el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, apartado 3, al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, no obliga al juez nacional, en caso de conflicto entre una norma de Derecho nacional y dicho Convenio, a aplicar directamente las disposiciones del Convenio y a no aplicar la norma de Derecho nacional incompatible con el mismo.

²¹ Corte cass. civile, VI sez., 13 de julio de 2016, núm. 14 340.

El asunto no era menor en clave de diálogo entre jurisdicciones europeas y protección multinivel de derechos, pues versaba sobre la denegación de solicitud de vivienda a un residente europeo extracomunitario (albanés) de larga duración por agotamiento del presupuesto aprobado por la provincia autónoma de Bolzano para la concesión de dicha ayuda a los nacionales de países terceros. En la cuestión prejudicial formulada por el órgano jurisdiccional italiano se suscitó la posible sinergia entre los arts. 21 (no discriminación) y 34 (seguridad social y ayuda social) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el principio de no discriminación reconocido por los artículos 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 1 del Protocolo n.º 12 al Convenio Europeo, sin que no obstante se trajera a colación el parámetro más específico e importante en este terreno como es el art. 31 de la Carta Social Europea revisada (derecho a la vivienda) y la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales en la materia²².

Resumiendo; tal como critiqué en el caso francés, la estrategia procesal de la justicia italiana podía haber consistido en aplicar directamente el parámetro más favorable de la Carta Social Europea ejerciendo el control de convencionalidad, en lugar de plantear esa innecesaria y arriesgada cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pues, finalmente, la postura del Tribunal de Justicia no se ha mostrado entusiasta con esa tutela multinivel de derechos recogida en el propio título VII de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ni tampoco muy coherente con las nociones de estándar mínimo y cláusula *favor libertatis* a que apuntan los arts. 52.3 y 53 de esa Carta Europea de Derechos.

3. LA INFLUENCIA CONDICIONANTE DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN PORTUGAL

En el ordenamiento y doctrina portugueses no parece arraigada la temática del control de convencionalidad, tal vez por el amplio alcance de su sistema de control de constitucionalidad (Duarte y Gomes, 2008: 259), que se ha mostrado asimismo bastante incisivo en materia de derechos sociales, incluso en el contexto de la crisis económica (como se concreta a continuación). Por tal razón, al haberse explotado con carácter evolutivo los cánones de producción interna ante el propio Tribunal Constitucional portugués depurando la

²² De hecho, en las explicaciones del Praesidium anexas a la Carta de los Derechos Fundamentales se dice explícitamente, con respecto a su art. 34, que «el apartado 3 se inspira en el artículo 13 de la Carta Social Europea y en los artículos 30 y 31 de la Carta Social revisada».

legislación interna que hubiera podido plantear asimismo potenciales dudas de contrariedad con los parámetros internacionales sobre derechos sociales, el control de convencionalidad por la justicia ordinaria ha quedado relegado a un plano secundario; ello al margen de una ulterior supervisión constitucional del eventual ejercicio del control convencionalidad (Duarte y Gomes, 2008: 264).

Sentado lo anterior, reviste interés aludir a dos sentencias del Tribunal Constitucional portugués cuya jurisprudencia presenta bastantes analogías con la establecida por el Comité Europeo de Derechos Sociales en sus ya citadas cinco decisiones de 7 de diciembre de 2012 sobre el sistema griego de pensiones (reclamaciones n.º 76 a 80/2012).

La primera sentencia portuguesa es la Decisión n.º 353 de 3 de julio de 2012, cuyo objeto de controversia fueron diversas disposiciones de la ley de presupuestos para 2012 mediante las que se suspendía entre 2012 y 2014 el abono de las pagas extraordinarias que normalmente se hacen efectivas en Navidad y meses de vacaciones con respecto a sueldos públicos y pensionistas, justificando el legislador dichas medidas en aras del respeto de los límites de déficit presupuestario (4,5 % del PIB en 2012) impulsados por los memorandos de la Troika. La Corte Constitucional lusa declaró inconstitucionales algunas de esas medidas sobre la base de una argumentación conjunta con apoyo en los principios de seguridad jurídica, proporcionalidad e igualdad, por cuanto debían limitarse los sacrificios impuestos a las mismas categorías de personas en comparación con otras no afectadas por dichas medidas, dado que esa diferencia de trato resultaba desproporcionada.

La segunda resolución portuguesa guarda directa conexión con la anterior, pues tiene su origen precisamente en la declaración de inconstitucionalidad precedente, tras la cual el legislador intentó adoptar nuevas medidas que conciliaran el doble objetivo de luchar contra el déficit y de evitar una nueva censura por parte del Tribunal Constitucional. Se trata de la Decisión n.º 187 de 5 de abril de 2013, mediante la que se censuraron nuevamente los recortes de salarios a los funcionarios públicos y de las pensiones de jubilación por violación del principio de igualdad (al no ponderarse debidamente la justa distribución de las cargas públicas) y por vulneración del principio de proporcionalidad como consecuencia de los efectos acumulativos y continuos de los sacrificios impuestos a los trabajadores del sector público y a los pensionistas. Igual que sucedió con las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales, sumamente complejas en cuanto a su examen, se ha apuntado que la Decisión n.º 187 de 2013 del Tribunal Constitucional portugués es una de las resoluciones «más difíciles de la *jurisprudencia de crisis*», no solo por la extensión de los motivos impugnatorios, sino también por «la complejidad

de las cuestiones constitucionales suscitadas» (Baylos Grau, 2013: 26; Guerra Martins, 2016: 45; Guillem Carrau, 2013: 69).

Como apunte de crítica constructiva cabe concluir que la reseñada jurisprudencia constitucional portuguesa sobre derechos sociales, pese a su carácter avanzado en cuanto al resultado, hubiera podido enriquecerse y reforzarse en sus bases argumentativas acudiendo a los estándares europeos específicos sobre derechos sociales, especialmente la Decisión n.º 187 de 2013 (por tanto, posterior a las decisiones del Comité Europeo sobre Grecia). En efecto, esa omisión de los concretos parámetros internacionales sobre derechos sociales, al margen de la referencia siempre absorbente del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en dicha Decisión n.º 187 de 2013)²³, resulta tanto menos comprensible cuanto que, como bien se ha recordado, «las principales fuentes del capítulo de la Constitución relativo a los derechos sociales son la Carta Social Europea de 1961 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU de 1966. La mayor parte de las disposiciones de la Constitución sobre los derechos económicos, sociales y culturales son transcripciones literales de esas dos convenciones internacionales» (Moreira, 2016: 35).

IV. REFLEXIONES FINALES: LA INCOMPRESIBLE DESAFECCIÓN ACADEMICISTA Y LA POSITIVA VOLUNTAD JURISDICCIONAL EN EL EJERCICIO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y EL RESPETO DE LA DIGNIDAD

Llegados a este punto, comprobamos que los derechos sociales dotan de una nueva dimensión al control de convencionalidad en el continente europeo. En este, los diversos operadores jurídicos se encuentran menos familiarizados, y acaso se muestran más reticentes que en el continente americano, a la hora de explotar positivamente ese instituto, dinamizador de la justicia ordinaria como pieza clave del sistema institucional, como elemento articulador del sistema de fuentes y como eje vertebrador del sistema de derechos

²³ Concretamente, en cuanto a la toma en consideración de los parámetros europeos, únicamente en el apdo. 61 de ese *Acórdão 187/2013 de 5 de abril de 2013* (Tribunal Constitucional, Plenário, Processo No. 2/2013, 5/2013, 8/2013 e 11/2013; <https://bit.ly/2T7W8xR>) se incluye una genérica referencia al art. 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio Europeo para afirmar simplemente que el Tribunal Europeo de Estrasburgo ha analizado con apoyo en dicha disposición situaciones en las que estaban en juego las pensiones.

humanos en pro del respeto de la dignidad. A tal efecto, deben aunarse los esfuerzos de la academia y de la Judicatura.

Con tales premisas, de la experiencia comparada *latinoeuropea* analizada en el presente trabajo se desprenden algunas cuestiones críticas que deben propiciar una mejora de la puesta en práctica del control de convencionalidad. A semejante optimización contribuye que la novedosa jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales esté terciando en el debate, académico y judicial.

Así, en el caso de España, los derechos sociales y el parámetro jurisprudencial de la instancia de garantía de la Carta Social Europea han hecho aflorar una atención nada desdeñable con respecto al control de convencionalidad, de manera más ostensible en la doctrina laboralista y en los órganos jurisdiccionales ordinarios del orden social (Salcedo Beltrán, 2016a: 27), lo cual ha generado a su vez una discusión al respecto en el seno del Tribunal Constitucional; la mayoría de magistrados constitucionales, hasta la fecha, no solo no se ha mostrado receptiva a esa jurisprudencia europea (en contraste con la minoría discrepante), sino que se ha apartado deliberadamente de ella en el terreno de las medidas de austeridad «anticrisis» impulsadas desde la Unión Europea.

Al contrario, las sentencias estudiadas del Tribunal Constitucional de Portugal han convergido con el criterio jurisprudencial del Comité Europeo de Derechos Sociales. Ahora bien, con relación a esas decisiones portuguesas de «jurisprudencia de crisis», cabe criticar que no se hagan eco explícitamente de esa jurisprudencia más específica del Comité Europeo (especialmente en el supuesto de la Decisión n.º 187 de 2013, que es posterior a las decisiones del Comité Europeo sobre el sistema griego de pensiones), puesto que, aunque resulte suficiente la filiación normativa constitucional, la base jurídica europea es susceptible de aportar un *plus* de legitimidad interpretativa, al sugerir un estándar continental compartido y abierto a la tutela multinivel (Valdés Dal-Ré, 2016a: 110). En cuanto a la Decisión n.º 353 de 2012, es cierto que se podría haber planteado ante el Comité Europeo a través del procedimiento de reclamaciones colectivas (pues no es preciso agotar los recursos previos, a diferencia del procedimiento de demanda individual ante el Tribunal Europeo de Estrasburgo) en lugar de acudir al Tribunal Constitucional portugués, si bien la sentencia de este ha sido —como se avanzaba— convergente con la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales. No obstante, esa opción de los recurrentes de residenciar el caso ante la Jurisdicción Constitucional portuguesa en lugar de someterlo al Comité Europeo presentaba riesgos potenciales de divergencia si la sentencia constitucional hubiese sido desestimatoria y entonces una ulterior decisión europea hubiere acogido la reclamación.

En el caso de Italia, ha sido criticada la ausencia de voluntad jurisdiccional como falta de «sensibilidad de la judicatura» al subrayar el paralelismo entre el principio de primacía del derecho de la Unión Europea y el carácter supralegal del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Montanari, 2003: 142); una asimetría en perjuicio del canon del Consejo de Europa que todavía ha sido más acentuada en el ámbito de los derechos sociales. Si bien, recientemente, se ha acrecentado el interés de la doctrina italiana por la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales, sin duda merced a la adopción de relevantes decisiones de este con relación a Italia en el marco del procedimiento de reclamaciones colectivas.

En fin, en el caso de Francia, el clásico y asentado control de convencionalidad, incluso con relación a la Carta Social Europea y a la jurisprudencia del Comité Europeo, no ha conseguido eludir la interferencia menos favorable de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ello se ha debido en buena medida al planteamiento innecesario de cuestiones prejudiciales ante la Justicia comunitaria europea, en supuestos en donde el ejercicio del control de convencionalidad aplicando directamente el estándar del Consejo de Europa hubiera evitado un pronunciamiento restrictivo o elusivo de la Corte de Luxemburgo (por ejemplo, en la citada Sentencia de 15 de enero de 2014, *Association de médiation sociale*, asunto C-176/2012). Semejante estrategia jurisdiccional, potencial y realmente generadora de divergencias interpretativas ha sido lamentablemente practicada asimismo en España (verbigracia, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 2015, *Nisttahuz Poclava*, asunto C117/14).

En estas condiciones, en caso de divergencias jurisprudenciales, la opción de la jurisdicción nacional —que cobra una especial relevancia en la supervisión de la Carta Social Europea (García Blasco y Álvarez Gimeno, 2017: 984)— por la solución más favorable al ejercicio de los derechos fundamentales (con eventual ejercicio del control de convencionalidad en caso de que la legislación nacional aparezca alineada con la solución más restrictiva) habrá de verificarse mientras persistan dichas asimetrías. Por otra parte, si esos contenciosos paralelos entre instancias supranacionales hacen emerger una *voluntad jurisdiccional positiva* de enriquecimiento mutuo (convergencias) por parte del órgano que había generado una jurisprudencia más restrictiva, esa adaptación no constituirá en absoluto un signo de debilidad, sino, muy al contrario, un gesto de vigoroso dinamismo y positiva mutua influencia; o sea, un loable escenario de diálogo judicial global y de aproximación sistemática (Ferrer Mac-Gregor y Herrera García, 2013).

En última instancia, tan loable reto culminará exitosamente solo si la doctrina y la judicatura, junto con los demás operadores jurídicos, se implican decididamente haciendo valer una positiva voluntad académica y jurisdiccional.

Bibliografía

- Aparicio Pérez, M. A. (1989). La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales. *Jueces para la Democracia*, 6, 9-18.
- Bandrés Sánchez-Cruzat, J. M. (1996). *Derecho Administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Civitas; Ministerio de Justicia.
- Baylos Grau, A. (2013). La contracción del Estado social. *Revista de Derecho Social*, 63, 11-34.
- Bazán, V. (2010). Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales Latinoamericanos: el control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 16, 15-44.
- Bidart Campos, G. J. (1994). La interpretación del sistema de derechos humanos. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 19, 11-46.
- (1996). *El Derecho constitucional humanitario*. Buenos Aires: Ediar.
- Bon, P. (2009). La cuestión prejudicial de constitucionalidad en Francia: ¿solución o problema? *Teoría y Realidad Constitucional*, 23, 313-325. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.23.2009.6849>.
- Bonet Pérez, J. (2016a). Introducción general: presupuestos y dinamismo evolutivo de la exigibilidad jurídica internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. En J. Bonet Pérez y R. A. Alija Fernández (eds.). *La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la Sociedad internacional del siglo XXI: una aproximación jurídica desde el Derecho internacional*. Madrid: Marcial Pons.
- (2016b). Reflexiones sobre la aplicabilidad en España de las opiniones y decisiones de los órganos de expertos internacionales especializados en derechos económicos, sociales y culturales. En J. Bonet Pérez y R. A. Alija Fernández. *El control de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos: realidad y límites. Una aproximación a la labor de los órganos de expertos desde la perspectiva de la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales*. Barcelona: Atelier.
- Buffa, F. (2015). *I licenziamenti nel Jobs Act e nelle norme internazionali*. Milano: Key Editore.
- Cançado Trindade, A. A. (1995). Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho internacional y el Derecho interno en la protección de los derechos humanos. *Procurador de los derechos humanos*.
- Canosa Usera, R. (2015). *El control de convencionalidad*. Madrid: Civitas; Thomson Reuters.
- Carcassonne, G. (2002). *La Constitution*. Paris: Éditions du Seuil.
- De Carreras Serra, F. (2000). Función y alcance del artículo 10.2 de la Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 60, 321-341.
- De Lamy, B. (2009). Chronique de droit pénal international. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1, 154-172.

- Duarte, M. L. y Amado Gomes, C. (2008). Portugal. En J. Tajadura Tejada y J. De Miguel Bárcena (coords.). *Justicia Constitucional y Unión Europea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Fernández de Casadevante y Romaní, C. y Jiménez García, F. (2006). *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española: 25 Años de Jurisprudencia Constitucional*. Madrid: Thomson; Civitas.
- Ferrer Mac-Gregor, E. y Herrera García, A. (coords.) (2013). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constituciones y Cortes Internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Formery, S. L. (2003). *La Constitution commentée article par article*. Paris: Hachette.
- García Blasco, J. y Álvarez Gimeno, R. (2017). Supervisión y reclamaciones: especial referencia al Comité Europeo de Derechos Sociales. Artículo C y Protocolo de 1991, y artículo D y Protocolo de 1995. En C. Monereo Atienza y J. L. Monereo Pérez (dirs. y coords.). *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*. Granada: Comares.
- Gelli, M. A. (2007). El liderazgo institucional de la Corte Suprema y las perplejidades del caso Mazzeo. *La Ley*, 71 (236).
- Guerra Martins, A. M. (2016). La jurisprudence constitutionnelle portugaise sur la crise de la dette publique, vue par une ancienne juge à la Cour. *Semaine sociale Lamy*, 1746, 35-44.
- Guiglia, G. (2013). La rilevanza della Carta sociale europea nell'ordinamento italiano: la prospettiva giurisprudenziale. Disponible en: <http://www.federalismi.it>, 18.
- (2014). The importance of the European Social Charter in the Italian Legal System: in pursuit of a stronger protection of social rights in a normative and internationally integrated system. En M. D'Amico y G. Guiglia (eds.). *European Social Charter and the challenges of the XXI century. La Charte Sociale Européenne et les défis du XXI^e siècle*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Guillem Carrau, J. (2013). El Constitucional Portugués ante las medidas de ajuste: la Sentencia de 5 de abril de 2013. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 5, 69-77.
- Hitters, J. C. (2009). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios Constitucionales*, 2, 109-128. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-52002009000200005>.
- Jimena Quesada, L. (2013). *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad*. Cizur Menor: Aranzadi.
- (2016). *Social Rights and Policies in the European Union: New Challenges in a Context of Economic Crisis*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Jiménez García, F. (2015). La protección internacional de los derechos sociales y económicos. Avances recientes, técnicas de aplicación y propuestas de reforma constitucional. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 25, 29-59.

- Johansson, A. (2013). Influence sur le droit français de la directive temps de travail 2003/88 (anc. 93/104) et la jurisprudence de la Cour de Justice y afférente (hors congés payés). *Droit Social*, 9, 821.
- Laulom, S. (2014). Les seuils d'effectif: une confirmation et une déception. *Semaine Sociale Lamy*, 1640.
- Lazzerini, N. (2014). Causa C-176/12. Association de médiation sociale: la Corte di giustizia rompe (...in parte) il silenzio sugli effetti orizzontali della Carta. *Diritti comparati. Comparare i diritti fondamentali in Europa*. Disponible en: <https://bit.ly/2Q0NCyp>.
- Millán Moro, L. (2014). Sentencia del Tribunal de Justicia de 15.1.2014 (Gran Sala), Association de Médiation Sociale, Asunto C-176/12. Eficacia directa versus primacía. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 49, 1029-1045.
- Mirate, S. (2007). *Giustizia amministrativa e convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'altro diritto europeo in Italia, Francia e Inghilterra*. Napoli: Jovene.
- Molina Navarrete, C. (2014). Reforma laboral y «Justicia Constitucional»: el Tribunal Constitucional ni es «infalible» ni ya tiene la «última palabra». Comentario a la STC 129/2014, de 16 de julio, RI 5603-2012, interpuesto por el Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012, de 6 de julio, de reforma del mercado de trabajo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social-Centro de Estudios Financieros*, 377-378, 183-190.
- Montanari, L. (2003). Giudici comuni e Corti sovranazionali: rapporti tra sistemi. En P. Falzea, A. Spadaro, y L. Ventura (eds.). *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa: Atti del seminario (Copanello, 31 maggio-1 giugno 2002)*. Torino: Giappichelli.
- Moreira, V. (2016). Droits sociaux constitutionnels sous pression: lessons de l'expérience portugaise. *Semaine sociale Lamy*, 1746.
- Nivard, C. (2016). L'effet direct de la Charte sociale européenne devant le juge administratif. Retour sur la question évolutive de l'effet direct des sources internationales. *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, 22. Disponible en: <https://bit.ly/2PyvRtm>.
- Oliveri, F. (2007). *La lunga marcia verso l'effettività. La Carta sociale europea tra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle corti nazionali*. Disponible en: <https://bit.ly/2RmkoKY>.
- Panzer, C. (2015). La «voce» del Comitato europeo dei diritti social. En B. Caruso y G. Fontana (coords.). *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*. Bologna: Il Mulino.
- Pacteau, B. (2004). Relazione sulla Francia. En AA. VV. *Atti del Convegno Principi giuridici e limiti all'autonomia dei legislatori. Profili internazionali, supranazionali e nazionali*. Napoli: Università di Napoli l'Orientale.
- Peces-Barba Martínez, G. (1988). *La elaboración de la Constitución de 1978*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Riofrío Martínez-Villalba, J. C. (2007). ¿Prevalen los tratados internacionales sobre la Constitución? Propuesta de una doctrina no extremista. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2007 (1), 259-281

- Rouvillois, F. (2002). *Droit constitutionnel. Fondements et pratiques*. Paris: Flammarion.
- Sagüés, N. P. (2011). El «control de convencionalidad» en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo. En A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales Antoniazzi, E. Ferrer Mac-Gregor (coords.). *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina* (pp. 381-417). México, DF: UNAM; Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Sáiz Arnáiz, A. (1999). *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Salcedo Beltrán, C. (2016a). La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 13, 27-52.
- (2016b). La réforme du marché du travail en Espagne. *Semaine Sociale Lamy*, 1746.
- Santiago Rivera, C. A. (2016). La duración del período de prueba en la Jurisprudencia Constitucional Española. *Revista de Administración Pública*, 47, 309-364.
- Stangos, P. (2017). Avant-propos. En P. Stangos y C. Deliyanni-Dimitrakou (eds.). *Parcours en Europe sociale, à bord du Comité européen des droits sociaux/Journeys in Social Europe, on board of the European Committee of Social Rights*. Atenas; Tesalónica: Sakkoulas Publications.
- Tajadura Tejada, J. y De Miguel Bárcena, J. (coords.) (2008). *Justicia Constitucional y Unión Europea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Torres del Moral, A. (2010). El Tribunal Constitucional español en negativo: lagunas y rectificaciones; cuestiones disputadas, inéditas, irresueltas, menores y de *lege ferenda*. En V. Bazán (coord.). *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Valdés Dal-Ré, F. (2016a). *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multi-nivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*. Albacete: Bomarzo.
- (2016b). La protection des droits sociaux en Espagne. *Semaine Sociale Lamy*, 1746.
- Ward, A. (2014). Art. 51. Scope. En S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (eds.). *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*. Oxford: Hart Publishing.

PRESCINDAMOS DEL PODER CONSTITUYENTE EN LA CREACIÓN CONSTITUCIONAL. LOS LÍMITES CONCEPTUALES DEL PODER PARA REEMPLAZAR O REFORMAR UNA CONSTITUCIÓN¹

Constitution-making (without) constituent power.
On the conceptual boundaries of the power to
replace or amendment the Constitution

CARLOS BERNAL PULIDO²
Corte Constitucional de Colombia
carloslb@corteconstitucional.gov.co

Cómo citar/Citation

Bernal Pulido, C. (2018).

Prescindamos del poder constituyente en la creación constitucional.
Los límites conceptuales del poder para reemplazar o reformar una constitución
Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 22, 59-99.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.22.03>

¹ Traducción de Santiago García Jaramillo. letrado de la Corte Constitucional de Colombia.

² Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia. Quisiera agradecer a Virgilio Afonso da Silva, Robert Alexy, Rosalind Dixon, Vicki Jackson, Jeff King, José Luis Martí, José Juan Moreso, Rebecca Pendleton, Silvia Suteu, María José Viana Clves y Juliano Zaiden Benvindo los valiosos comentarios que recibí de ellos, en particular, en los seminarios llevados a cabo en la University College London, la University of New South Wales (Sídney), la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona) y en el simposio global de cambio y transformación constitucional en Latinoamérica (Brasil). Estoy en gran deuda con Richard Albert, Jose I. Colón-Ríos, Denise Meyerson y Sergio Verdugo por sus detallados comentarios y sugerencias a versiones previas de este manuscrito. Por último, quisiera expresar mi gratitud a Santiago García Jaramillo por la magnífica traducción de este texto, a la que he hecho una revisión previa a su publicación. Asimismo, agradezco a Henry Retes por una estupenda revisión final de fondo y forma.

Resumen

El presente artículo expone argumentos en contra de la tesis según la cual el poder de creación de la constitución debe entenderse como el poder constituyente. Un análisis conceptual del poder para sustituir o reformar la constitución muestra que este entendimiento es incorrecto. En su lugar, el artículo avanza una concepción socioontológica del poder para reemplazar o revisar una constitución escrita como un poder deóntico limitado, cuyos titulares son los representantes políticos de los ciudadanos, a quienes la colectividad reconoce intencionalmente el estatus de creadores constitucionales y cuya función es institucionalizar el constitucionalismo. Esta concepción ilumina un enfoque más claro para comprender el poder de creación de la constitución y para evaluar la legitimidad de su ejercicio.

Palabras clave

Creación de la constitución; poder constituyente; cambio constitucional; sustitución de la constitución; enmienda constitucional y reforma constitucional.

Abstract

This article makes a case against the wide-spread conception of the constitution-making power as constituent power. A conceptual analysis of the power to replace or revise the constitution shows that this understanding is incorrect. Instead, the article advances a socio-ontological conception of the power to replace or revise a written constitution, as a limited deontic power of citizens' political proxy-agents, who are collectively intentionally recognized as having the status of constitution-makers for performing the function of institutionalizing constitutionalism. This conception illuminates a clearer approach to understand the constitution-making power, and to evaluate the legitimacy of its exercises.

Keywords

Constitution-Making; constituent power; constitutional change; constitutional replacement; constitutional revision; and constitutional amendment.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. SOBRE LA NATURALEZA DEL PODER DE CREACIÓN CONSTITUCIONAL. III. REEMPLAZO DE LA CONSTITUCIÓN, SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y EL ARGUMENTO DEL PODER CONSTITUYENTE. IV. UNA CRÍTICA DEL ARGUMENTO DEL PODER CONSTITUYENTE COMO UNA JUSTIFICACIÓN PARA LOS REEMPLAZOS Y REVISIONES CONSTITUCIONALES: 1. El argumento del resultado. 2. El argumento de la competencia. V. EL PODER DE CREACIÓN CONSTITUCIONAL COMO UN PODER DEÓNTICO PARA INSTITUCIONALIZAR EL CONSTITUCIONALISMO: 1. Ontología Social. 2. Los representantes y las funciones asociadas al estatus. 3. Poderes deónticos. 4. Límites. 5. Reconocimiento intencional colectivo. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN

Algunos doctrinantes y jueces argumentan que el pueblo solo puede sustituir o reformar una constitución en ejercicio del poder constituyente. A su vez, definen el poder constituyente como un poder fundacional, legalmente ilimitado y soberano. Ellos identifican el poder de creación de la constitución con el poder constituyente (Colón-Ríos, 2016: 1)³ o lo caracterizan como una de sus manifestaciones (Loughlin, 2014: 231)⁴.

Este artículo expone argumentos en contra de esta posición. Para tal efecto, muestra que la teoría del poder constituyente es una concepción del poder de creación de constitucional —entre muchas posibles— (Ezcurdia, 1998) y que es incorrecta, porque caracteriza el poder de creación de la constitución como ilimitado.

Para justificar tal crítica, este artículo efectúa un análisis conceptual de un caso nuclear del poder de creación de la constitución: el poder de reemplazo o

³ «El poder constituyente [...] es el poder legalmente ilimitado de crear (y re-crear) constituciones».

⁴ Según Martin Loughlin, en el pensamiento constitucional, «el poder constituyente expresa el aspecto generativo de la relación de poder político». Así mismo, indica: «La creación de la constitución es un evento en el que existe una generación del poder político».

de sustitución de textos constitucionales. Para este propósito, mientras *reemplazo* se entenderá como el cambio de un texto constitucional por otro, *sustitución* se referirá a la modificación de la estructura básica de una constitución por medio de uno de los procedimientos de reforma constitucional. El análisis de este fenómeno demuestra que el poder de creación constitucional no puede ser conceptualmente ilimitado. Por lo tanto, no puede ser entendido según la teoría del poder constituyente. En contraste, este artículo desarrolla una concepción alternativa del poder de creación de la constitución como un poder limitado, que se fundamenta en desarrollos recientes que han tenido lugar en el ámbito de la ontología social.

El contenido de este artículo se estructura de la siguiente forma. La sección II delimita el alcance del análisis al ámbito de la comprensión, la naturaleza del poder de creación constitucional. La sección III explica la teoría del poder constituyente, su uso judicial y doctrinal, como un intento para justificar reemplazos y sustituciones constitucionales, así como para fundamentar la creación de límites sustantivos a las reformas de la constitución. Luego, en la sección IV se ofrece un examen conceptual del poder para reemplazar o sustituir la constitución. Este permite argumentar que resulta conceptualmente incorrecto concebir el poder de creación constitucional como ilimitado o irrestricto en estos casos nucleares. Por su parte, la sección V avanza en una concepción socioontológica del poder para reemplazar o revisar una constitución escrita, esto es, un poder deóntico limitado, cuyos titulares son los representantes políticos de los ciudadanos, a quienes la colectividad reconoce intencionalmente el estatus de creadores constitucionales y cuya función es institucionalizar el constitucionalismo. Esta concepción puede generalizarse como una comprensión más adecuada del poder de creación constitucional.

II. SOBRE LA NATURALEZA DEL PODER DE CREACIÓN CONSTITUCIONAL

Las constituciones escritas surgen en virtud de un acto fundacional. Como explican Loughlin y Walker, ese acto «pretende establecer una organización social, mediante la creación de un marco de gobierno y la definición de la forma esencial del vínculo político entre las personas (los ciudadanos del Estado) y sus autoridades gubernamentales» (Loughlin y Walker, 2007). Cuando se promulga *ex nihilo* una constitución para un nuevo Estado mediante un acto fundacional, tiene lugar el fenómeno de la creación constitucional; mientras que, cuando una constitución es reemplazada por otra o se sustituye, se presenta una reforma constitucional.

La creación constitucional se estudia desde diferentes perspectivas. Los historiadores y los politólogos explican las complejidades de los procesos de creación de las constituciones en jurisdicciones específicas (Miller, 2010). Los filósofos políticos discuten cómo diseñar y llevar a cabo estos procesos (Banks, 2008: 1046; Arato, 2016) y qué resultados se deberían producir para lograr legitimidad (Klein y Sajó, 2012: 419 y ss.). Quienes estudian modelos de diseño constitucional se esfuerzan por descubrir las relaciones teóricas y empíricas existentes entre los procesos de creación de la constitución y sus resultados (Zachary Elkins y Blount, 2009: 201 y ss.; Eisenstadt *et al.* 2015: 592 y ss.). Por último, los comparatistas analizan diferentes modelos de creación constitucional y evalúan cuáles son las mejores prácticas y cómo seguirlas (Contiades, 2012).

En contraste, este artículo versa sobre la naturaleza del poder de creación constitucional. Su enfoque es conceptual y normativo. En él se lleva a cabo un análisis conceptual tanto del reemplazo como de la sustitución constitucional, como casos nucleares del concepto poder de creación constitucional⁵, con el propósito de dar cuenta de sus elementos esenciales (Himma, 2007: 4)⁶. Esta estrategia es análoga a la elucidación de la naturaleza del derecho, que tiene lugar en el interior de la teoría jurídica, y se surte cuando se establece un conjunto de «proposiciones sobre el derecho que son necesariamente verdaderas» (Raz, 2005: 324-325) o cuando se afirman «verdades necesarias sobre el Derecho» (Alexy, 2008: 284). Dichas verdades se refieren a un conjunto de propiedades que confieren a este su esencia (Raz, 2005: 324-325) o su «identidad» (Shapiro, 2011). *Mutatis mutandis* este artículo formula dos interrogantes. Primero, si la concepción de poder constituyente tiene éxito al explicar las propiedades esenciales —o sea, la naturaleza— del poder para reemplazar o sustituir una constitución. En caso contrario, en segundo lugar, ¿cuál podría ser una concepción alternativa apropiada?

El análisis conceptual anterior comprende de forma necesaria consideraciones normativas. Elucidar la naturaleza del poder de creación constitucional para definir si un acto es una manifestación de tal poder implica justificar o criticar ese acto o sus efectos (Nino, 1983: 353). Por ejemplo, analizar si una

⁵ Este análisis conceptual es diferente de lo que Mattias Kumm llama el interrogante «sociológico» (Kumm, 2016: 698). Mientras que una respuesta a la pregunta sociológica dará cuenta de los hechos de un ejercicio real del poder de creación constitucional, la pregunta conceptual indaga acerca de las propiedades esenciales del concepto de poder de creación constitucional. Sobre la diferencia entre el análisis conceptual, empírico (o sociológico) y normativo en la teoría constitucional, véase Alexy, 2002.

⁶ Este texto puede revisarse respecto a las características metodológicas de este tipo de análisis conceptual.

asamblea constitucional que no está prevista en la constitución como mecanismo de reforma está investida del poder para crear una nueva constitución implica tomar partida por reconocer o no sus resultados como una constitución. De la misma forma, evaluar si el poder para reformar la constitución comprende el poder de alterar su estructura básica, es decir, para sustituirla, lleva consigo adoptar una posición sobre la justificación para llevar a cabo cambios constitucionales estructurales por medio de los procedimientos de reforma constitucional.

La pregunta de si es posible llevar a cabo un análisis conceptual que tenga neutralidad normativa es controversial (véase Marmor, 2006, y para una discusión más amplia, véase Ferrer Beltrán, Moreso y Papayannis, 2013). La adscripción del poder de creación constitucional a una autoridad determinada implica un juicio que comprende no solo elementos conceptuales y empíricos sino también normativos⁷. Por lo tanto, en este aspecto resulta relevante la afirmación de Dworkin según la cual la descripción de cualquier fenómeno central para definir la naturaleza del derecho no puede ser normativamente neutral (Dworkin, 2006: 140-141); más bien implica una «interpretación» basada en juicios y creencias morales (Dworkin, 2011: 404).

Una concepción generalizada acerca de la naturaleza del poder de creación constitucional es la teoría del poder constituyente⁸. Si bien hay diversas versiones de esta teoría (Negri, 1999: 4 y ss.), su elemento común es la tesis de

⁷ Mattias Kumm tiene razón al enfatizar que el objetivo de la teoría del poder constituyente es «legitimar cambios jurídicos que no pueden ser legitimados con base en las normas legales existentes». Kumm argumenta: «La función del poder constituyente dentro de la tradición del constitucionalismo del siglo XVIII es normativa y justificativa, no sociológica y explicativa» (Kumm, 2016: 698-699 y 701). Sin embargo, la afirmación de Kumm parece demasiado extrema, al descartar la dimensión sociológica —y tal vez también la conceptual— de la teoría del poder constituyente. Si una «adscripción interpretativa *ex post*» (p. 701) del poder constituyente a una autoridad está justificada, es algo que depende de la corrección de las razones normativas y de la verdad de las proposiciones conceptuales y empíricas que fundamenten dicha adscripción. Mientras las proposiciones conceptuales se relacionan con la pregunta de cuáles son las condiciones suficientes y necesarias para que un poder sea una manifestación del poder constituyente, las proposiciones empíricas se refieren a si la autoridad relevante cumple con esas condiciones. El concepto de Nino de «juicios de adhesión normativa» parece comprender las tres dimensiones: normativa, conceptual y empírica que aquí resultan relevantes (Nino, 1983: 361).

⁸ Hay otras manifestaciones del ejercicio del poder constituyente, además de la promulgación de una constitución. Un ejemplo es la autoridad absoluta del Parlamento inglés para representar al pueblo británico. (Loughlin, 2007: 27-48).

que el poder de creación constitucional es fundacional, jurídicamente ilimitado y soberano (Colón-Ríos, 2012: 7)⁹. A esta concepción me referiré como «el argumento del poder constituyente».

Los defensores de este argumento sostienen que el poder constituyente es fundacional, porque es la fuente primigenia de toda autoridad jurídica (Loughlin, 2014: 219). Caracterización que intenta romper la circularidad implícita en la fundamentación de la autoridad jurídica: una autoridad es jurídica sí y solo si una norma jurídica lo autoriza, y una norma es jurídica sí y solo si ha sido creada por una autoridad jurídica¹⁰. En efecto, asumir la existencia del poder constituyente como autoridad primigenia y prejurídica, que da origen a una constitución, rompe dicha circularidad sin implicar una regresión al infinito¹¹. Con este objetivo, Carl Schmitt afirmó que la fuente de la validez de la constitución descansa en el poder constituyente (Schmitt, 1970: 22), entendido como una «decisión» o una «voluntad política» que define el «tipo y forma» de la entidad política en la que el pueblo se constituye (*ibid.*: 82). Más aún, del carácter fundacional se sigue que todos los poderes constituidos derivan su autoridad jurídica del poder constituyente y, en consecuencia, deben cumplir con las competencias que, de acuerdo con las limitaciones jurídicas, formales y materiales, les han sido atribuidas (Cristi, 1999-2000: 1749).

En segundo lugar, el argumento del poder constituyente señala que el poder de creación constitucional es ilimitado (Böckenförde, 1991: 90 y ss.). Sieyès resaltó dicha propiedad cuando sostuvo que, dado que es fuente de toda juridicidad, dicho poder «no está y no puede ser limitado por la constitución» (Sieyès, 1839: 132)¹². El poder constituyente no puede estar sujeto a limitaciones formales ni materiales. Es libre para crear, reemplazar o sustituir la constitución mediante cualquier procedimiento y con cualquier contenido.

Por último, el mencionado argumento concibe el poder de creación constitucional como un poder soberano, aludiendo a que se trata de la máxima autoridad para crear normas jurídicas (Loughlin, 2013: 45 y 48). Ninguna otra autoridad tiene entonces poder para invalidar las decisiones del po-

⁹ Aunque el concepto de poder constituyente surgió en el derecho inglés del siglo XVII (Loughlin, 2007: 27 y ss.), la comprensión del poder del pueblo para crear una constitución como una especie de poder constituyente comenzó con la Revolución francesa (Colón-Ríos, 2014: 307).

¹⁰ Alf Ross presentó este problema en distintas oportunidades (Ross, 1959: 80; 1969: 1).

¹¹ La regla de reconocimiento de H. L. A. Hart intenta jugar el mismo papel (Hart, 1994: 91 y ss).

¹² De acuerdo con Sieyès, la nación —y no el pueblo— es la titular del poder constituyente.

der constituyente (Agamben, 1998: 43)¹³. Andreas Kalyvas (2005: 225)¹⁴ ha resaltado que esta caracterización implica la mutación del concepto de soberanía, tal y como fue propuesto por Juan Bodino, como el «más alto poder de emitir órdenes» (Bodin, 1993: 74). Como poder constituyente, la soberanía del poder de creación constitucional (Kalyvas, 2018) fundamenta la más alta autoridad de creación de las demás normas jurídicas¹⁵.

III. REEMPLAZO DE LA CONSTITUCIÓN, SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y EL ARGUMENTO DEL PODER CONSTITUYENTE

El argumento del poder constituyente ha sido usado para justificar reemplazos de la constitución y sustituciones constitucionales. Los reemplazos de la constitución y las sustituciones constitucionales son casos especiales de cambios formales estructurales de la constitución. Un cambio constitucional es una modificación en el conjunto de las normas constitucionales válidas. Este tipo de cambios pueden ser formales o informales. Esta distinción se explica por la diferencia entre disposiciones y normas constitucionales¹⁶. Las

¹³ Algunos académicos consideran la falta de límites como un aspecto de la soberanía. Ver, por ejemplo, la referencia a la «dimensión negativa de la soberanía parlamentaria» (Venn, 1939: 40).

¹⁴ Sin embargo, en contraste con Sieyés, Kalyvas sugiere que el pueblo solo puede ejercer el poder constituyente por medio de procedimientos participativos.

¹⁵ La distinción entre una orden y una regla jurídica, que estaba en el centro de las críticas de Hart a la teoría del derecho de John Austin, ilustra la diferencia entre estas dos concepciones de la soberanía. Entenderé aquí «regla» como sinónimo de «norma». Austin mantuvo que el derecho es un conjunto de órdenes. Una orden es la expresión de un deseo del soberano, en cuanto a que alguien debe hacer o abstenerse de algún acto. Tal deseo está respaldado por la amenaza de una sanción en caso de incumplimiento (Austin, 1995: 21). Por el contrario, según Hart, la existencia de una regla implica que la desviación del estándar de conducta que la regla establece da lugar a críticas e imposición de sanciones. Asimismo, que esa crítica por desviación e imposición de sanciones se considera legítima, justificada o bien hecha. Y por último, el referido aspecto interno de las reglas, es decir, que los agentes «deben considerar el comportamiento relevante como un estándar general que debe seguir la sociedad como un todo» (Hart, 1994: 55-66). La atribución de soberanía al poder constituyente implica reconocer su capacidad para establecer normas.

¹⁶ Sobre la distinción entre disposición y norma en derecho constitucional, véase Crisafulli (1964: 165-203). Además, dentro del campo de los derechos fundamentales, Alexy (2002: 32).

disposiciones constitucionales son los enunciados que integran un texto constitucional. En el caso de las constituciones escritas, las normas constitucionales son el conjunto de significados que expresan el sentido de las disposiciones constitucionales. Dichos significados se articulan en proposiciones prescriptivas, que indican que algo está ordenado, prohibido o permitido por la constitución, o que esta otorga a alguien una competencia o una inmunidad.

Los cambios constitucionales formales implican una modificación en una o más disposiciones constitucionales, cuyo efecto es la modificación del conjunto de normas constitucionales válidas. La promulgación de una constitución, su reemplazo, sustitución, reforma y derogatoria explícita son clases de cambios constitucionales formales. En contraste, un cambio constitucional informal es una reforma en el conjunto de normas constitucionales válidas que ocurre sin que se adelante un cambio en el conjunto de disposiciones constitucionales. La mutación de la constitución por interpretación¹⁷, la mutación infraconstitucional¹⁸ y el desuso constitucional (Albert, 2014: 641) son tipos de cambios constitucionales informales.

Solo los cambios constitucionales formales son relevantes en este artículo. Las diferencias y relaciones entre los conceptos relacionados con el cambio constitucional formal, esto es, promulgación, reemplazo, sustitución y reforma de la constitución, son objeto de debate¹⁹. Por ejemplo, en su estudio empírico de 2009, Zachary Elkins, Tom Ginsburg y James Melton utilizaron una distinción de tipo procedimental entre la reforma y el reemplazo: mientras que en la primera «los actores afirman seguir el procedimiento de reforma de la constitución existente», en la segunda dichos actores «emprenden una sustitución de la constitución sin pretender seguir dicho procedimiento» (Elkins, Ginsburg y Melton, 2009: 55).

Por el contrario, de acuerdo con Richard Albert, mientras «una reforma debe entenderse como un esfuerzo por continuar el proyecto de creación de

¹⁷ Este concepto se refiere al caso en que los jueces atribuyen un nuevo significado a una antigua disposición constitucional. Con respecto a un contexto no relacionado con el Estado, Julián Arato ha mostrado cómo el cambio constitucional informal puede tener lugar en cualquier práctica legislativa y política de interpretación constitucional, además de la práctica de la interpretación judicial (Arato, 2013: 304).

¹⁸ Este concepto se refiere al cambio que se produce por la promulgación de legislación ordinaria, la ratificación de tratados internacionales, la promulgación de actos administrativos o la puesta en escena de prácticas políticas que, a pesar de ser inconsistentes con la constitución, no son impugnadas en los tribunales o no son judicialmente declaradas inconstitucionales. Sobre este concepto, Bernal (2014: 495).

¹⁹ Para una discusión esclarecedora sobre las diferencias entre la reforma constitucional y la sustitución constitucional, véase Albert (2017).

la constitución que empezó en el momento fundacional», «una sustitución debe entenderse como un esfuerzo por deshacer la constitución mediante la introducción de un cambio que es inconsistente con los presupuestos fundamentales de dicha constitución» (Albert, 2017). La Corte Constitucional colombiana sigue un enfoque funcionalista similar para delinear las diferencias entre reforma y —en la terminología de la jurisprudencia constitucional colombiana— «sustitución» constitucional. Un caso claro de reforma constitucional implica un cambio menor en uno o más elementos no esenciales de la constitución. Un ejemplo indiscutible de sustitución constitucional es una modificación de «gran trascendencia y magnitud²⁰» en uno o más elementos esenciales de la arquitectura²¹ del Estado o la estructura básica de la constitución²². Una reforma constitucional preserva la identidad y continuidad de la constitución existente. Por el contrario, una sustitución constitucional socava la constitución existente. Una sustitución constitucional es, en este sentido, inconstitucional (Albert, 2009: 10).

Varios doctrinantes también usan el concepto de reemplazo constitucional para referirse al cambio de todo el texto constitucional, es decir, de todo el conjunto de disposiciones constitucionales. Según Negretto, esto ocurre por lo general cuando la estructura de gobierno institucionalizada en una constitución no logra sus objetivos y los actores políticos carecen de la «capacidad de implementar cambios por medio de reformas constitucionales o de interpretación judicial» (Negretto, 2012: 749). En ese sentido, un reemplazo constitucional es la derogatoria de la constitución escrita existente, como consecuencia de

²⁰ Sobre este punto se pueden observar: Corte Constitucional Colombiana, sentencias C-551/2003 y C-1200/2003. Además, véase Ramírez Cleves (2006: 10).

²¹ La tesis de que una modificación de un elemento esencial de la constitución es una sustitución constitucional, y no una reforma, se encuentra en el núcleo de la doctrina de la sustitución constitucional de la Corte Constitucional Colombiana. Véanse las sentencias C-970/2004, C-971/2004, C-1040/2005, C-588/2009, C-141/2010, C-397/2010, C-574/2011, C-170/2012, C-249/2012, C-288/12, C-317/2012, C-1056/2012, C-010/2013, C-579/2013, y C-577/2014. En otras oportunidades se ha hecho una explicación crítica de esta doctrina (véase Bernal, 2013).

²² Desde *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, AIR 1973 SC 1461, el Tribunal Supremo de la India ha declarado que el poder de reforma de la Constitución que tiene el Parlamento no incluye la autorización para cambiar la estructura básica de la Constitución. En *Minerva Mills Ltd. v. Union of India*, AIR 1980 SC 1789, ese Tribunal vinculó el concepto de estructura básica a la identidad de la Constitución. Una pregunta cuya respuesta es discutida sigue siendo: ¿qué elementos pertenecen a la estructura básica? (Krishnaswamy, 2011: 71 y ss.; Khosla, 2016: 235). Sobre la doctrina de la estructura básica en perspectiva comparada, véase Barak, 2011: 321 y ss.).

la promulgación de una nueva. Un reemplazo constitucional podría ser el resultado del ejercicio de procedimientos que la constitución existente prevé y regula, por ejemplo, una asamblea constituyente o un referéndum. También podría ser el resultado de estrategias extraconstitucionales (Albert, 2009: 10-11), a menudo de origen popular (Anderson, 2013: 881)²³. Esta estrategia formal de cambio constitucional es frecuentemente empleada, en particular, en el Sur global. Durante los últimos cuarenta años, solo en América Latina ha habido sustituciones constitucionales, por diversas razones, en Bolivia (2009), Brasil (1988), Chile (1980), Colombia (1991), Ecuador (1998 y 2008), Guatemala (1985), Honduras (1982), Nicaragua (1987), Panamá (1972), Paraguay (1992), Perú (1979 y 1993), El Salvador (1983), República Dominicana (2015) y Venezuela (1999). Las razones relevantes incluyen la transición a la democracia (en Chile) (Cristi, 1999-2000: 1749)²⁴, los esfuerzos para poner fin a una situación de anomia (en Colombia)²⁵ y los intentos de presidentes en ejercicio de promulgar constituciones que les permitieran perpetuarse en el poder o disminuir los controles políticos y jurídicos (en Venezuela, Bolivia y Ecuador) (Landau, 2013a: 195).

De acuerdo con Albert y Negretto, entenderé que una reforma constitucional implica un cambio menor que no modifica la estructura de una constitución. Por su parte, una sustitución constitucional o un reemplazo total de la constitución son cambios en la estructura de una constitución. En ese sentido, una sustitución y un reemplazo son dos tipos de cambios estructurales formales de una constitución. Ambos modifican la estructura de esta y, en palabras de Albert, intentan «deshacer» la constitución válida. Sin embargo, mientras que un reemplazo implica una modificación de todo el conjunto de las disposiciones constitucionales, una sustitución solo implica la modificación de algunas de ellas²⁶.

No existe mayor controversia sobre la afirmación de que los reemplazos y las sustituciones constitucionales deberían exigir una participación más

²³ La Primavera Árabe ofrece ejemplos de reemplazos constitucionales de génesis popular. Revisar Parlett (2012). Véase también Turner (2015).

²⁴ Una narrativa alternativa de la génesis de la Constitución de Chile de 1980 puede verse en Atria (2006).

²⁵ Sobre el concepto de anomía como la falta de normas o la falta de idoneidad de las normas existentes para guiar a la sociedad, véase Durkheim (1967). Además, sobre la anomia en las circunstancias de la promulgación de la Constitución colombiana de 1991, véase Hernández (2013: 56).

²⁶ Un caso relevante de sustitución constitucional en América Latina es la reforma de 1994 de la Constitución de Argentina (Natale, 2000). Sobre el debate de la naturaleza de esta reforma, Shor (2013: 574).

democrática que las reformas a la constitución²⁷. Sin embargo, resulta más problemático considerar si, a partir de la distinción conceptual entre reforma constitucional, por una parte, y reemplazo y sustitución constitucional, por otra, se sigue que mientras la primera es y debe ser limitada, la segunda no lo es y no debería serlo. De acuerdo con una versión de la teoría del poder constituyente, solo el poder de reformar la constitución puede, es y debe ser limitado, porque el poder de reforma (o el poder constituyente derivado) es una competencia jurídica creada por el poder constituyente (originario). Dado que cada competencia jurídica solo puede ejercerse dentro de los límites de las acciones autorizadas, si el poder constituyente derivado viola los límites competenciales para reformar la constitución, la correspondiente reforma es inconstitucional (Tushnet, 2015: 646). De acuerdo con el argumento del poder constituyente, este no es el caso con respecto de un reemplazo de la constitución. El poder constituyente originario, que es el autor de los reemplazos constitucionales, no conoce límites para reemplazar la constitución.

Durante las últimas décadas, algunos actores políticos y ciertas instituciones estatales —como algunas altas cortes en América Latina (Soto Barrientos, 2014: 403)— han apelado a esta prerrogativa vinculada al argumento del poder constituyente, con el fin de justificar asambleas constituyentes extraconstitucionales y, así, la evasión de los límites asociados a los procedimientos de reforma constitucional establecidos en la constitución. Algunos académicos, como Joel Colón-Ríos, han apreciado esta línea argumentativa. Según Colón-Ríos, permitir que un poder constituyente ilimitado se manifieste ocasionalmente crea la posibilidad de una «reconstitución democrática» de una sociedad en crisis y eso infunde «legitimidad democrática» a su régimen constitucional (Colón-Ríos, 2010; Hutchinson y Colón-Ríos, 2011). De una manera más débil, Yaniv Roznai ha argumentado que «la imposibilidad de reformar ciertos aspectos de la constitución limita el poder de reforma, pero no puede bloquear al [...] poder constituyente —la “soberanía detrás de la Constitución”— de su capacidad para reformar incluso los principios básicos o la estructura del orden constitucional» (Roznai, 2017). No obstante, Roznai parece reconocer que hay ciertas limitaciones de procedimiento para los reemplazos y reformas constitucionales, al aceptar que «la imposibilidad de reformar ciertos aspectos de la constitución implica que ciertas reformas que pretendan establecer una “nueva constitución” o una nueva “identidad

²⁷ Sobre la discusión de este argumento véanse Bernal (2013: 355 y ss.) y Albert (2017: 1). Una pregunta diferente es si la participación, en contraste con la representación, es la mejor manera de reemplazar y sustituir una constitución. Sobre este tema complejo, véanse Contiades y Fotiadou (2017).

constitucional” no pueden lograrse por medio de los procedimientos ordinarios de reforma, sino precisan un proceso constituyente específico» (*ibid.*, 2017).

Sin embargo, tal y como Dixon y Landau han resaltado, los autócratas o caudillos podrían emplear ambas vías formales de cambio constitucional — estructurales y no estructurales— para perseguir fines asociados con el constitucionalismo abusivo, es decir, para perpetuarse en el poder o socavar los controles al ejercicio de sus competencias (Dixon y Landau, 2015: 862). La preocupación más profunda no es que deterioren la constitución, sino que, acudiendo a la reforma, la sustitución o al reemplazo constitucional, deterioren el constitucionalismo. Ante un escenario de crisis constitucional existe un riesgo aún más elevado de ejercicios autoritarios y unilaterales del poder que deben evitarse (Landau, 2013). Los actores políticos poderosos pueden manipular las mayorías populares para deteriorar el constitucionalismo, por medio de la imposición de normas fundamentales estructurales, manufacturadas a la medida de sus necesidades y disfrazadas de constituciones (Landau, 2011-2012). Por lo tanto, las mismas razones normativas y conceptuales que justifican la limitación del poder de reforma constitucional imponen la necesidad de establecer límites generales al poder de creación constitucional. Estos límites también deben imponerse a los reemplazos y a las sustituciones constitucionales.

Para hacer énfasis en este punto, conviene analizar las sentencias de los tribunales supremos de Colombia y Venezuela, en las que se justificó la competencia de asambleas constituyentes extraconstitucionales, en los procesos que llevaron a la promulgación de las constituciones actuales de dichos países²⁸. En el caso colombiano, por medio de la Sentencia 138 del 9 de noviembre de 1990, la Corte Suprema de Justicia revisó la constitucionalidad del Decreto 1926/1990, que habilitó al pueblo para elegir una asamblea constituyente extraconstitucional, con el fin de reemplazar la Constitución Nacional de 1886, entonces vigente. La Corte avaló la constitucionalidad de la creación de la Asamblea. El argumento principal de la decisión fue el siguiente: «La nación o sea el pueblo que habita nuestro país, es el constituyente primario del cual emanan los poderes constituidos o derivados» (Sentencia 138, de 9 de noviembre de 1990). Como la nación colombiana es el constituyente primario, puede en cualquier tiempo darse una constitución distinta a la vigente hasta entonces, sin sujetarse a las exigencias que esta estipulaba (*ibid.*). «Siendo la nación el constituyente primario y teniendo ella un carácter soberano, del cual emanan los demás poderes, no puede tener otros límites que los que él mismo

²⁸ Para un análisis crítico de las sentencias sobre Venezuela, véanse Landau (2013a: 203; 2013b: 938-948) y Colón-Ríos (2011: 369-373).

se imponga, ni los poderes constituidos pueden revisar sus actos» (*ibid.*). Por lo tanto, cuando el pueblo ejerce su poder de constituyente primario —soberano e ilimitado—, aquel podía reemplazar la Constitución Nacional de 1886 por medio de un procedimiento extraconstitucional (Ramírez Cleves, 2005: 437)²⁹.

La Corte Suprema de Venezuela esbozó un argumento similar en su Sentencia número 17 del 19 de enero de 1999. Después de ser elegido en 1998, el presidente Hugo Chávez propuso la creación de una asamblea constituyente extraconstitucional para reemplazar la Constitución de 1961 (Ayala Corao, 2009)³⁰. Un grupo de ciudadanos solicitó a la Corte Suprema de Venezuela que interpretara el art. 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1997. Ese artículo faculta al presidente a convocar la celebración de un referendo, con el objeto de consultar a los electores sobre decisiones de especial trascendencia nacional³¹. La pregunta central era si el presidente podía convocar a un referéndum en relación con la convocatoria de una asamblea constituyente extraconstitucional.

En la Sentencia número 17 del 19 de enero de 1999, la Corte Suprema venezolana dio vía libre a la convocatoria de dicho referendo, con base en el argumento del poder constituyente. La Corte indicó que el pueblo es soberano³² y que «nunca entrega su poder constituyente a los poderes constituidos» (Sentencia n.º 17, de enero 19 de 1999). El poder constituyente es la «competencia original de la comunidad política para crear una organización constitucional» (*ibid.*). A diferencia del poder de reforma, el poder constituyente «precede al orden legal y es más alto que él». Es «absoluto, ilimitado, originario y no puede ser limitado» por los procedimientos de reforma que la constitución prevé (*ibid.*).

Con posterioridad, el 2 de febrero de 1999, el presidente Chávez expidió el Decreto Número 3, mediante el cual convocó a un referéndum que le permitía al pueblo decidir sobre la creación de una asamblea constituyente. La Corte Suprema profirió varias sentencias sobre la metodología para elegir la asamblea, sobre sus límites y el respeto a los términos de las autoridades políticas que en su momento ejercían los poderes constituidos (Brewer-Carías, 1999b: 117). La Corte utilizó nuevamente el argumento del poder constituyente para afirmar que la asamblea constituyente gozaba de un poder ilimitado

²⁹ Se puede abordar este texto para un análisis de este aspecto de la sentencia.

³⁰ Sobre el contexto del proceso de creación de la Constitución.

³¹ Ley Orgánica de Votación y Participación Política, *Gaceta Oficial*, 5200, 30 de diciembre de 1997.

³² La sección 4 de la Constitución de 1991 asignó la soberanía al pueblo.

«supraconstitucional» para cambiar la estructura de los poderes constituidos (*Vicepresidente del Congreso de la República vs. Asamblea* [Decreto 25-8-99], oct. 14, 1999, pág. 111). Invocando en este argumento, la asamblea constituyente dio por terminados los períodos de las principales autoridades políticas en ejercicio, incluso de los jueces de la Corte Suprema. También redactó una constitución que permitió al presidente Chávez dismantelar la democracia, hacerse con el poder sobre el Poder Legislativo y Judicial, así como perpetuarse en el poder hasta el día de su muerte y más allá, al designar como sucesor al hoy presidente, Nicolás Maduro (Brewer-Carías, 1999a: 502; 2010: 59).

Los ejemplos de Colombia y Venezuela evidencian dos dimensiones del uso del argumento del poder constituyente. Por un lado, el ejemplo colombiano es un caso claro de lo que Colón-Ríos estima como una «reconstitución democrática» de la sociedad. Por otro lado, el caso de Venezuela es un ejemplo de la manipulación autoritaria en un reemplazo de la constitución, tal como lo temen Landau y Dixon. De lo anterior, surge el siguiente interrogante: ¿es posible conceptualizar en el poder de creación constitucional, que se manifiesta en el poder para reemplazar o revisar una constitución, una forma que permita la reconstitución democrática de la sociedad en tiempos de crisis y que al mismo tiempo haga injustificable para autócratas y caudillos secuestrar la creación de una constitución?

IV. UNA CRÍTICA DEL ARGUMENTO DEL PODER CONSTITUYENTE COMO UNA JUSTIFICACIÓN PARA LOS REEMPLAZOS Y REVISIONES CONSTITUCIONALES

Algunos teóricos del derecho han revelado varios defectos de la teoría del poder constituyente. Carlos Santiago Nino, por ejemplo, afirmó que la teoría del poder constituyente era la fuente de un «trastorno conceptual serio que afectaba negativamente los procesos mentales de los jueces y académicos» (Nino, 1983: 40). David Dyzenhaus ha argumentado que «la teoría jurídica y constitucional debería evitar la idea del poder constituyente» porque sus resultados implican «una profunda ambivalencia sobre si la autoridad está ubicada dentro o fuera del orden legal» (Dyzenhaus, 2007: 143-145; 2012: 229 y ss.). Aquí no pretendo elaborar un ataque completo en contra de la teoría del poder constituyente, sino resaltar por qué es conceptualmente equivocado emplear el argumento del poder constituyente para justificar la realización ilimitada de reemplazos y sustituciones constitucionales —en casos como los de Colombia y Venezuela—, así como para comprender la naturaleza del poder de creación constitucional. La incorrección surge de la caracterización del

poder creación constitucional como «ilimitado». Los argumentos del resultado y de la competencia, que a continuación se presentan, revelan por qué el poder de creación constitucional no puede ser conceptualmente ilimitado.

1. EL ARGUMENTO DEL RESULTADO

El argumento del resultado señala que el poder de creación constitucional es una competencia jurídica para institucionalizar el constitucionalismo. La función de quienes crean una constitución solo puede consistir en la promulgación de una entidad que tenga esta naturaleza. Ellos no pueden establecer otro tipo de arreglo institucional, camuflándolo como una constitución. Desde esta perspectiva, la pregunta central es entonces: ¿qué es una constitución dentro de este contexto? O, en otras palabras, ¿qué elementos debe incluir un arreglo institucional para poder ser considerado como una constitución?

En este punto, existen por lo menos dos posibilidades: una concepción puramente empírica de constitución y una concepción, a la vez, normativa y empírica de constitución³³. Según la concepción puramente empírica, cualquier organización institucional del Estado que trace un marco de relaciones gubernamentales entre los ciudadanos y sus autoridades, que se promulgue de manera autoritativa y sea reconocida socialmente debe considerarse como una constitución³⁴. La conexión necesaria antes mencionada entre las dimensiones conceptual y normativa del poder de creación de una constitución deja en evidencia por qué esta concepción no es plausible. De ser cierta, cada cambio constitucional formal de alcance estructural estaría justificado, incluso el reemplazo de una constitución liberal y democrática por un conjunto de reglas que institucionalicen un régimen político deshonesto, impuesto por un autócrata en contra de sus oponentes.

En cambio, de acuerdo con la concepción normativa y empírica de constitución, que aquí se defiende, un arreglo institucional puede considerarse como una constitución si y solo si se promulga de manera autoritativa, se reconoce socialmente como una constitución y a la vez incluye ciertos elementos esenciales relacionados con el propósito de institucionalizar el

³³ En un sentido similar, Richard Albert introduce la distinción entre constitucionalismo «funcional» y «aspiracional». Mientras que el primero apunta «a algo reconocible como una constitución», el último «establece un estándar más alto de sobre lo que una constitución debería ser». Este último modelo «busca inspirar valores coherentes con el proyecto más amplio de la democracia liberal» (Albert, 2012).

³⁴ La concepción material de la Constitución defendida por Carl Schmitt en su *Verfassungslehre* (Schmitt, 1970) es una especie de concepción puramente empírica. Sobre la concepción material de Schmitt, véase Loughlin (2011).

constitucionalismo³⁵. Según esta concepción, en breve: no puede existir constitución sin constitucionalismo³⁶. En este sentido, el concepto de constitución que utilizamos tanto en el lenguaje ordinario como técnico implica por lo menos cuatro elementos esenciales (en adelante, me referiré a ellos como los «elementos constitucionales esenciales»): el principio del Estado de derecho, el principio de separación de poderes, algún tipo de protección a los derechos individuales o —por lo menos— de algunos intereses que estén garantizados por la constitución o por la legislación³⁷ y una institucionalización de la idea democrática de que la legitimidad del Gobierno depende del consentimiento de los gobernados³⁸.

El constitucionalismo es un medio para promover y realizar el concepto de Estado de derecho; es una estrategia que genera incentivos para que las autoridades políticas actúen de conformidad con la ley³⁹ y que consiste en someter todas las medidas gubernamentales «a las estructuras, procesos, principios y valores de una Constitución» (Loughlin, 2010: 47). Además, las constituciones implementan y conectan entre sí las ideas de que el Gobierno debe estar al servicio de los derechos de los individuos, y que la legitimidad del Gobierno depende del consentimiento de las personas sujetas a él (Dieter, 2010: 8). La

³⁵ Richard Stacey ofrece una interpretación de la tesis de Schmitt según la cual el poder constituyente se limita a los fines de institucionalizar el Estado de derecho (Stacey, 2011: 587 y ss.).

³⁶ Sobre el problema de constituciones sin constitucionalismo en algunos países africanos, véase (Okoth-Ogendo (1993: 65 y ss.), y en China, Zhang (2010).

³⁷ A pesar de que las constituciones de Australia, Canadá y Nueva Zelanda carecen de una lista de derechos fundamentales, sí protegen los derechos individuales. Además, la concepción de los derechos o intereses que aquí se defiende también permite una protección de ellos por parte de la ley. Esto la hace compatible incluso con concepciones débiles sobre la relación entre la constitución y la protección de las personas, como la defendida por Jeremy Waldron a partir de su artículo (Waldron, 1993: 18 y ss.).

³⁸ Este concepto es la base de los arts. 2 y 16 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. El art. 2 indica que el objetivo de todas las asociaciones políticas (creadas por medio de una constitución) es la protección y preservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. El art. 16 establece que una sociedad en la que no se garanticen los derechos ni la separación de poderes carece de constitución.

³⁹ Como señaló Philip Selznick, existen diversas concepciones del Estado de derecho. Véase Selznick (2005: 29). Brian Tamanaha las clasifica en concepciones formales (estrictas) y sustantivas (amplias) (Tamanaha, 2004: 91-113). Sin embargo, las variadas concepciones comparten al menos dos elementos centrales: el control del poder y la legalidad (Lautenbach, 2013: 19 y ss).

institucionalización constitucional de un catálogo de derechos fundamentales (liberales, políticos e, incluso, sociales) es una estrategia posible —pero no necesaria— para lograr ese objetivo⁴⁰. En fin, la puesta en funcionamiento de un mecanismo de separación de poderes permite la rendición de cuentas por parte de las autoridades políticas, a fin de asegurar que estas se comporten de acuerdo con la ley, en observancia de los derechos individuales y de las instituciones democráticas (Saunders, 2006: 337 y ss.)⁴¹. La concepción normativa y empírica de constitución resalta el objetivo del constitucionalismo, consiste en la institucionalización de una forma de gobierno en la que el poder del Estado es controlado, limitado y restringido, el pueblo está democráticamente facultado para controlar las fuentes del derecho y el aparato de gobierno está vinculado por las aspiraciones del pueblo (Waldron, 2009: 270 y 276).

Si esta concepción se emplea para evaluar la justificación de un reemplazo o una sustitución constitucional, este sería válido si y solo si la constitución nueva o sustituida incorpora de alguna forma los cuatro elementos constitucionales esenciales, a fin de que puedan cumplir su función⁴². Estos últimos son independientemente necesarios y conjuntamente suficientes para el constitucionalismo. Además, al ser conceptos abstractos, exigirlos permite sin embargo que el poder de creación constitucional goce de un margen de discrecionalidad. Por ejemplo, una asamblea constituyente, en el marco de un régimen político tradicionalmente presidencial, podría institucionalizar el principio de la separación de poderes en la nueva constitución, mediante la adopción de un sistema semipresidencial. Sin embargo, esa asamblea traspasaría los límites conceptuales del poder de creación constitucional si en el nuevo diseño institucional concentra todos los poderes en la rama ejecutiva. Los responsables de elaborar la constitución pueden institucionalizar los elementos constitucionales esenciales, concebidos en abstracto, de diferentes maneras concretas. Con todo, dicha institucionalización no puede traspasar los límites semánticos de tales conceptos.

Al aplicar este concepto normativo y empírico de constitución a los casos de Colombia y Venezuela, se llega a los siguientes resultados. Mientras

⁴⁰ También hay constituciones con derechos constitucionales implícitos. Un ejemplo es la Constitución de Australia. Sobre este aspecto, véase Stone (2005: 29 y ss.).

⁴¹ También sobre la conexión entre la separación de poderes y el Estado de derecho, véase Hayek (1976: 210). Separé aquí ambos conceptos porque existen concepciones estrictas del Estado de derecho que no comprenden la separación de poderes.

⁴² Estos cuatro elementos son una concepción de lo que Dixon y Landau llaman «alguna noción de un “núcleo mínimo” constitucional internacional o conjunto básico de disposiciones constitucionales que son comunes a todas las democracias constitucionales verdaderamente funcionales» (Dixon y Landau, 2015: 888).

que la promulgación de la Constitución colombiana de 1991 se entendería como el ejercicio del poder de creación constitucional, la promulgación de la Constitución venezolana de 1999 se entendería como el ejercicio de un poder autoritario, como consecuencia de las deficiencias al institucionalizar los principios del Estado de derecho y la separación de poderes (Brewer-Carías, 2010; King, 2013: 375). Tales deficiencias derivan de la centralización de los poderes políticos en la rama ejecutiva y los cambios concernientes a la autoridad del presidente para nominar a los jueces de altas cortes y, de este modo, tener control sobre el Poder Judicial. El proceso constituyente venezolano de 1999 deshizo el constitucionalismo.

Ahora bien, es posible formular una objeción en contra de la concepción normativa y empírica de constitución. Podría aducirse que tal concepción haría imposible considerar como constituciones muchos textos constitucionales actuales que no institucionalizan los cuatro elementos constitucionales esenciales. De esta forma, podría argumentarse, se pasaría por alto que estos textos constitucionales cumplen algunas funciones. En contraste, el argumento del poder constituyente no estaría sujeto a dicha esta objeción.

En este sentido, Graham Walker habla de constituciones «no liberales» para referirse a textos constitucionales que institucionalizan regímenes políticos despóticos o arbitrarios (Walker, 1997: 169). De forma similar, Li-Ann Thio sugiere una taxonomía del constitucionalismo de las actuales comunidades políticas iliberales. Esta taxonomía comprende regímenes mixtos con factores liberales e iliberales, así como sistemas constitucionales teocráticos y estructuras de poder político —como los basados en los llamados «valores asiáticos»—, en los que las prioridades culturales comunitarias, arraigadas en el derecho constitucional, opacan los derechos individuales (Thio, 2012). Además, Mark Tushnet cree que es posible que exista un constitucionalismo autoritario y afirma que ampliar nuestra comprensión del constitucionalismo hasta tales extremos puede mejorar nuestra claridad conceptual sobre el mismo (Tushnet, 2013). Incluso en las sociedades no liberales o en los regímenes políticos autoritarios, las constituciones son instrumentos fundacionales que articulan la identidad política de una sociedad y sus valores centrales⁴³, y erigen así una arquitectura normativa que permite la coordinación social (Hardin, 1999: 133; 2013: 59 y ss.) y el logro de acuerdos y compromisos entre facciones que compiten por el poder (Hirschl, 2013: 167 y ss.). En estos regímenes, las constituciones también articulan la «distribución estructural del poder y definen las relaciones interinstitucionales, así como aquellas que

⁴³ Sobre las constituciones como expresiones de valores, véase Galligan y Versteeg (2013: 8 y ss.).

se crean entre el gobierno y los ciudadanos» (Thio, 2012: 133). A pesar de que los gobernantes autoritarios normalmente se ven obligados a hacer algunas concesiones para promulgar constituciones iliberales, esta estrategia les hace posible adoptar reformas duraderas que les permiten proteger sus intereses personales y corporativos mientras se encuentran en ejercicio del poder e incluso más allá (Negretto, 2013: 83).

Es innegable que todas las constituciones cumplen estas funciones estructurales. Sin embargo, como antes se explicó, esto no basta para vincular las normas fundacionales con los objetivos del constitucionalismo. El problema es que el uso del término «constitución» para referirse a las constituciones autoritarias no es normativamente neutral. Este uso genera una ilusión de legitimidad sobre las acciones del Gobierno, al basarlas formalmente en el texto constitucional autoritario. Esto se puede llamar el «argumento del camuflaje». Este defecto puede encontrarse no solo en las constituciones que no son liberales, sino también en las que no son democráticas. Atribuir la denominación de «constitución» solo a las normas fundamentales estructurales que también comprenden los cuatro elementos constitucionales esenciales contribuye a evitar el efecto que el argumento del camuflaje hace explícito⁴⁴.

Por último, es posible institucionalizar los cuatro elementos constitucionales esenciales en diferentes grados. El respeto del principio del Estado de derecho, la protección de los derechos individuales, la existencia de instituciones democráticas y la separación de poderes son ideales normativos que pueden institucionalizarse e implementarse en un grado mayor o menor⁴⁵. Para los propósitos que aquí nos conciernen, es apropiado concebir tales elementos como una restricción conceptual para la creación constitucional. Entonces, si un reemplazo o una sustitución de la constitución eliminan uno de ellos, la hace nula o irrelevante, no estaría justificada. En caso de darse esta circunstancia, la nueva constitución o la revisión de la anterior disfrazarían una desintegración del constitucionalismo⁴⁶. Por tanto, no podría considerarse como el resultado del ejercicio del poder de creación constitucional.

⁴⁴ En un sentido similar, Aiofe O'Donoghue rechaza «un concepto muy amplio del orden constitucional como un sistema gubernamental [...] que] simplemente reduce el constitucionalismo a un mero conjunto de reglas organizacionales» (O'Donoghue, 2014: 16).

⁴⁵ Véanse, por ejemplo, análisis interesantes sobre el arraigo de estos ideales en las constituciones islámicas en Reiner (2012: 221 y ss.) —en relación con la limitación del poder— y Röder (2012: 321 y ss.) —sobre la separación de poderes—.

⁴⁶ Richard Albert ha elaborado el concepto de desmembramiento constitucional para referirse a un «esfuerzo deliberado para desmontar una o más de las partes constitutivas de la constitución» (Albert, 2018: 2).

2. EL ARGUMENTO DE LA COMPETENCIA

Para explicar el argumento de la competencia me centraré en la promulgación de una nueva Constitución. Sin embargo, el resultado del análisis puede aplicarse *mutatis mutandis* a los demás casos de creación constitucional.

La promulgación de una nueva constitución es una declaración. Una declaración es una especie de acto de habla ilocucionario. Un acto de habla ilocucionario es un acto que se lleva a cabo «al decir algo» (Austin, 1976). En este caso, la emisión que hacen los agentes que ejercen el poder de creación constitucional al promulgar la constitución. Esto tiene lugar, por ejemplo, cuando atribuyen validez jurídica a un texto constitucional escrito, al declarar solemnemente que lo promulgan como constitución⁴⁷. Un acto de habla declarativo —la declaración de que «Pedro y Ana ahora son marido y mujer»— es exitoso si y solo si mediante dicha declaración Pedro y Ana se convierten en marido y mujer⁴⁸. En consecuencia, la promulgación de una constitución es exitosa si y solo si conduce a que la constitución se promulgue.

Los actos ilocucionarios deben satisfacer algunas condiciones para que su ejecución sea exitosa y no defectuosa. Por ejemplo, «todos los actos cuyo objetivo es que el oyente haga algo —órdenes, peticiones, etc.— tienen como condición preparatoria que el receptor pueda llevar a cabo el acto que se le solicita» (Searle y Vanderveken, 1985: 17-18). Con respecto a estas condiciones, un agente o un grupo de agentes solo pueden promulgar una constitución con éxito si cuentan con la competencia para ello. Asimismo, las declaraciones tienen, al menos, una dirección de ajuste entre la palabra y el mundo. Su objetivo es «hacer que el mundo se ajuste al contenido de la declaración⁴⁹». En cuanto a este aspecto, ningún agente puede transformar el mundo jurídico mediante la promulgación de una constitución válida, es decir, mediante la declaración de que una constitución es válida, si dicho agente carece de la competencia jurídica para tal fin.

En la próxima sección dilucidaré algunas de las propiedades de la competencia para promulgar una constitución. Aquí expondré el argumento de la competencia: si para promulgar una constitución es necesario tener la

⁴⁷ Sobre las declaraciones o actos de habla declarativos (Searle, 1969: 31 y ss., y 64 y ss.).

⁴⁸ En la teoría de los actos de habla este fenómeno se denomina «punto ilocucionario» (Boisvert y Ludwig, 2006).

⁴⁹ Según Searle, los actos de habla declarativos también tienen una dirección de ajuste palabra al mundo. En un acto declarativo exitoso cambiamos el mundo para que coincida con el contenido del acto de habla (dirección de ajuste mundo a palabra) solo porque «representamos la realidad como si así la estuviéramos cambiando» (dirección de ajuste palabra a mundo) (Searle, 2010: 12).

competencia, de ello se sigue que cada vez que el poder de creación constitucional se utilice para promulgar una constitución, esta competencia debe ejercerse dentro de sus límites. En este punto, a pesar de sus diferencias, el poder de promulgar una constitución comparte una característica con el poder de reforma de la constitución: ambos son limitados⁵⁰. Solo pueden ejercerse de forma lícita dentro del cauce de sus respectivas competencias. Este evento también ocurre con todas las manifestaciones del poder de creación constitucional.

Lo anterior muestra por qué el argumento del poder constituyente no es una concepción apropiada del poder de creación constitucional. Este argumento fracasa al no ser capaz de explicar una propiedad esencial de este poder: el hecho de que se trata de una competencia jurídica que, por ello, solo puede ser válidamente ejercida dentro de sus límites. El argumento del poder constituyente ciertamente resulta plausible para explicar algunos aspectos empíricos del poder de creación constitucional. Ningún agente que carezca de poder político real puede promulgar una constitución. Sin embargo, esta concepción pasa por alto que el poder de creación constitucional es una autoridad de tipo jurídico, es decir, un «poder normativo para cambiar las relaciones normativas de otras personas» (Shapiro, 2002: 398). Dicho argumento reduce equivocadamente el poder de creación constitucional a dos hechos: coerción y poder fáctico. Sin embargo, de un poder fáctico no puede derivarse un poder normativo para cambiar relaciones normativas (Roughan, 2013). Solo un agente dotado de la competencia normativa para cambiar las relaciones normativas de otras personas puede hacerlo.

Finalmente, existe una conexión conceptual y una conexión normativa entre el argumento de la competencia y el argumento del resultado. Por un lado, el poder de creación constitucional se basa en la competencia para promulgar, reformar o reemplazar una constitución —que incluya los elementos constitucionales esenciales— y no un conjunto de normas fundamentales estructurales que contenga otro tipo de arreglos institucionales. Por lo tanto, promulgar, reformar o reemplazar una constitución por otro diseño que también pueda considerarse como una constitución son las únicas acciones conceptualmente autorizadas para el ejercicio de la competencia de creación constitucional. Por otro lado, el entendimiento de que todas las competencias jurídicas son necesariamente limitadas resulta una estrategia normativa esencial para proteger los derechos individuales frente a posibles ejercicios arbitrarios del poder político. Mientras la libertad individual es ilimitada, los poderes

⁵⁰ Una pregunta que queda sin responder es cuáles son las diferencias entre sus límites. No puedo abordar esta pregunta aquí.

jurídicos están limitados en su alcance y objetivos. Solo pueden ejercerse en aras de protección los derechos (Kant, 1991: 75-76) o de lograr el bien común (Locke, 1988: 357). Como Hohfeld señaló, más allá de sus poderes, las autoridades carecen de competencia. Correlativamente, todas las personas son titulares de inmunidades, es decir, están libres y no sujetas frente a autoridades estatales que quieran ejercer poder por fuera de sus competencias (Hohfeld, 2010). De la conexión entre el argumento del resultado y el argumento de la competencia se sigue que los ciudadanos son inmunes contra los usos del poder de creación constitucional que persigan objetivos diferentes al de institucionalizar el constitucionalismo.

También son limitadas las competencias individuales, colectivas y grupales para la creación constitucional. Los ciudadanos que participan en referendos constitucionales o que eligen miembros de las asambleas constituyentes disfrutan de una competencia limitada para elegir entre las diferentes opciones y candidatos de acuerdo con las reglas electorales válidas. Por otra parte, las asambleas constituyentes tienen a veces un mandato definido, en el que se establecen limitaciones de índole temática e, incluso, en ciertas ocasiones, de índole temporal, tal como ocurrió en Colombia en relación con la Asamblea Constituyente de 1991. De acuerdo con dicho mandato esta Asamblea debía promulgar la Constitución a más tardar el 4 de julio de 1991. De la misma forma, el empoderamiento de las asambleas constituyentes se limita a la acción de la promulgación de una constitución y no de un texto que contenga un arreglo institucional de algún otro tipo.

Por último, la naturaleza limitada de las competencias jurídicas permite exigir responsabilidad política. Las autoridades políticas son responsables de ejercer los poderes dentro de las fronteras que les han sido delineadas. Por lo tanto, sería paradójico que la autoridad superior y más poderosa del derecho y del Estado, es decir, el poder de creación constitucional, se conciba como un poder exento de responsabilidad política, cuando precisamente hacer posible la responsabilidad de las autoridades es uno de los objetivos que se buscan al crear un Estado y un sistema legal mediante la promulgación de una constitución (Bramforth y Leyland, 2013: 2 y ss.). En efecto, los constituyentes actúan en nombre de los ciudadanos⁵¹ y, como consecuencia de esto, los creadores de la constitución también deben rendir cuentas cuando sobrepasen sus competencias.

⁵¹ Sobre el vínculo entre responsabilidad y actuar en nombre de otros, véase Davies (2008: 67).

V. EL PODER DE CREACIÓN CONSTITUCIONAL COMO UN PODER DEÓNTICO PARA INSTITUCIONALIZAR EL CONSTITUCIONALISMO

Sobre la base del análisis crítico anterior, avanzaré una concepción alternativa del poder de creación constitucional, basada en la ontología social. Aquí defenderé que el poder de creación constitucional es un poder deóntico limitado, ejercido por ciertos agentes que representan políticamente a los ciudadanos, a quienes se les reconoce intencional y colectivamente el estatus de creadores constitucionales y que cumplen la función de institucionalizar el constitucionalismo.

Esta concepción se expresa mediante varios términos: ontología social, representantes, estatus, funciones, poder deóntico, limitaciones y reconocimiento intencional colectivo.

1. ONTOLOGÍA SOCIAL

La ontología social pertenece a una rama de la filosofía analítica que John Searle denominó «filosofía de la sociedad», cuyo objetivo es «el estudio de la sociedad humana misma» o, en otras palabras, «el modo de existencia de entidades sociales tales como los gobiernos, las familias, los cócteles, las vacaciones de verano, los sindicatos, los juegos de béisbol y los pasaportes» (Searle, 2010: 5). Los estudios sobre la naturaleza de las entidades sociales llevados a cabo por Michael Bratman, Margaret Gilbert, Seumas Miller, John Searle y Raimo Tuomela⁵² han establecido, en las últimas cuatro décadas, los principios fundamentales de la ontología social. En los últimos años filósofos y científicos sociales han discutido estos principios (Kirk, 2017), así como los han aplicado con el fin de explicar la estructura ontológica de una gran variedad de entidades: desde la comunicación, la tecnología, la música, el arte, el lenguaje, las emociones y la violencia, hasta los valores, los conceptos de ciudadanía, derechos humanos, gobierno, legislación, las corporaciones y otras instituciones políticas y jurídicas⁵³.

La ontología social se basa en la intuición de que las entidades sociales dependen de la capacidad que nosotros, como seres humanos, tenemos para actuar colectivamente, es decir, como miembros de grupos o sujetos plurales.

⁵² Véanse, entre varios textos, Bratman (1999; 2013), Gilbert (1992), Miller (2001), Searle (1995) y Tuomela (2002; 2007).

⁵³ La versión socioontológica del derecho más refinada es quizá la desarrollada por Scott Shapiro en *Legality* (Shapiro, 2011).

Esta habilidad se llama sociabilidad⁵⁴. Las entidades sociales son epistemológicamente “objetivas” pero ontológicamente “subjetivas”. No son menos cognoscibles objetivamente que los objetos naturales y físicos. Sin embargo, su existencia depende de la subjetividad de las mentes humanas y de ciertas actitudes subjetivas (como las intenciones) de los agentes que participan en prácticas en las que se basan (Searle, 2010, pág. 11 y ss). Por ejemplo, el hecho de que la Ley Fundamental de 1949 sea la actual constitución alemana no es menos cognoscible objetivamente que el hecho de que haya árboles en la Selva Negra. Sin embargo, su validez, entendida como la existencia de la Ley Fundamental, depende de ciertas actitudes subjetivas, así como de las acciones de algunos individuos relevantes, que se involucran en una práctica en la que la reconocen como la Constitución alemana y concurren para otorgarle cierto estatus y ciertas funciones⁵⁵.

2. LOS REPRESENTANTES Y LAS FUNCIONES ASOCIADAS AL ESTATUS

Desde una perspectiva socioontológica, el poder de creación constitucional es una entidad social que depende de las actitudes subjetivas y de las acciones de una pluralidad de individuos. Uno de los mayores obstáculos ontológicos del argumento del poder constituyente es que presupone la existencia de un agente colectivo, al que denomina «el pueblo» o «la nación», al que se adscribe la supuesta capacidad de tener una «voluntad» —tal y como lo señalara Schmitt⁵⁶—. Sin embargo, en el mundo no existen agentes colectivos, dotados de una mente propia y de la capacidad para tener voluntad. Incluso si hubiera algo así como un agente colectivo omnicompreensivo —denominado «el pueblo»—, este carecería de mente propia. Por lo tanto, frases como «la creencia del pueblo es...» o «la intención del pueblo es...» resultan extrañas, por decir lo menos. Afirmaciones de este tipo carecen de referencia real, dado que el «pueblo» no tiene una mente en la que se puedan encontrar creencias, deseos o intenciones.

La perspectiva socioontológica deja claro que la elaboración de la constitución comprende un conjunto de acciones coordinadas y de actos de habla,

⁵⁴ Sobre el concepto de socialidad, véase Gilbert (1996: 6 y 263; 2000: 1 y ss.).

⁵⁵ Lindahl introduce una visión intencional colectiva del poder constituyente. Su principal reclamo es que el orden legal «se puede describir mejor» como una «acción colectiva autoritaria». Sin embargo, su punto de vista es muy diferente al que presento en este artículo (Lindahl, 2015: 166).

⁵⁶ Zoran Oklopčic emprende un análisis crítico de las estrategias políticas, a menudo manipuladoras, que pueden asociarse con la explotación de la creencia sobre la existencia de las personas como entidad colectiva (Oklopčic, 2015: 200).

llevados a cabo por múltiples grupos de individuos; que será exitosa si y solo si ciertas actitudes subjetivas están presentes en los individuos relevantes que pertenecen a aquellos grupos. En este sentido, cuando hablamos de un grupo de personas «que hacen algo», nos referimos, a que sus miembros contribuyen individualmente a hacer que ese algo suceda. En un escenario básico de elaboración de una constitución, al menos dos grupos están presentes. Los llamaré: los creadores constitucionales y el pueblo.

El grupo de los creadores constitucionales es relativamente pequeño, está encargado de redactar, y en ocasiones de promulgar la constitución⁵⁷. Son agentes que representan políticamente al pueblo. Dado que no todos los individuos que pertenecen al conglomerado social pueden participar en la redacción y promulgación de la constitución —de hecho, podría ser inconveniente que lo hagan—, generalmente se acepta que algunos representantes la elaboren y promulguen en nombre del pueblo. Por medio de este tipo de representación, las personas que integran el pueblo actúan a través de los creadores constitucionales. En este tipo de representación, los actos de una persona o un subgrupo cuentan, equivalen y son reconocidos como actos del grupo (Ludwig, 2013: 76). En otras palabras, los actos de los representantes equivalen a actos del grupo que representan.

Kirk Ludwig ha esbozado un modelo de representación en cinco pasos, que resulta útil para los propósitos de este texto⁵⁸. El primer paso es reconocer que la representación implica dos acuerdos. De un lado, los miembros del grupo que va a ser representado acuerdan entre ellos y en conjunto con sus representantes que estos actuarán en nombre de aquel. Por otro lado, los miembros del público acuerdan con los miembros del grupo reconocer que los representantes actuarán en nombre de los miembros del grupo.

El segundo paso es evidenciar que, debido a estos acuerdos, los representantes cumplen una función asociada a su estatus particular como agentes autorizados para actuar en nombre de los miembros del grupo⁵⁹. Una persona tiene esta función y este estatus si el público la acepta como representante del grupo para ciertas transacciones sociales (*ibid.*: 77).

⁵⁷ Hay casos en que las personas promulgan la constitución por medio de un referéndum o participan en la redacción del texto constitucional. En este último fenómeno, véase Bernal (2017). Para las siguientes reflexiones emplearé un modelo de creación constitucional en el que las personas empoderan a los creadores de la constitución para redactar y promulgar la constitución en su nombre.

⁵⁸ Lo que sigue es una adaptación de la construcción de Ludwig (Ludwig, 2013: 89-92).

⁵⁹ En el concepto de función de Estado, véase Searle (1995: 41).

El tercer paso es reconocer que los miembros del grupo pueden conferir a los representantes una función y un estatus en virtud de una regla constitutiva. Una regla constitutiva constituye un tipo de comportamiento, que efectivamente tiene lugar cuando la regla se sigue de forma intencional (*ibid.*: 83)⁶⁰. Por ejemplo, una regla constitutiva del ajedrez crea el comportamiento llamado «jaque-mate». El jaque-mate ocurre cuando un jugador intencionalmente pone bajo control al rey del otro jugador, sin que sea posible eliminar dicha amenaza. En la representación, el comportamiento relevante es empoderar a alguien para que funja como representante de otros. Así se crea una autorización para que los representantes actúen en nombre de los representados y, de este modo, las acciones de los representantes se atribuyan a los representados.

El cuarto paso se relaciona con el concepto de agencia constitutiva. Este concepto comprende ciertas acciones individuales por medio de las cuales un agente, siguiendo una o más reglas constitutivas, «hace algo que (a) contribuye a motivar un tipo de acción colectiva, en razón de ser parcialmente constitutivo de ella y (b) es constitutivo de una clase de acción particular que compone dicha acción colectiva» (*ibid.*: 85). Al expresar su acuerdo con el nombramiento de los representantes, cada uno de los miembros del grupo lleva a cabo una acción individual que contribuye a motivar una acción colectiva (el empoderamiento de los representantes por parte del grupo), así como a constituir tal acción.

En el quinto paso, los representantes llevan a cabo su acción como tales. Como consecuencia, tanto el público como el grupo reconocen la acción de los representantes como una acción del grupo y no solo de los representantes.

Es posible utilizar los cinco pasos propuestos por Ludwig para comprender el papel de los creadores constitucionales —por ejemplo, en el marco de una asamblea constituyente— como representantes del pueblo. Para ejemplificar los cinco pasos, en este caso, debe entenderse que «AC» se refiere a una asamblea constituyente, «P», al pueblo, como un grupo que incluye el subgrupo de la asamblea constituyente, y que «A» se refiere a una audiencia (tanto al nivel nacional: el pueblo; como internacional: otros pueblos, sus Gobiernos y las instituciones internacionales).

Paso uno: los miembros de «P» acuerdan entre sí y con «AC» que «AC» actuará en su nombre para hacer una constitución. Esto puede denominarse el acuerdo de la representación de los creadores constitucionales. Naturalmente, es demasiado gravoso exigir en este paso el acuerdo de todos los miembros de «P». En este sentido, resulta apropiado utilizar el concepto de John Austin del

⁶⁰ Ver las secciones 3 y 4 para algunas calificaciones con respecto a la segunda cláusula.

«grueso de la población»⁶¹ para referirse, en este caso, a un conjunto relevante de individuos cuyo acuerdo es necesario para empoderar al grupo de los creadores constitucionales.

Paso dos: a causa de estos acuerdos, «AC» tiene el estatus de creadores constitucionales para llevar a cabo la función de institucionalizar el constitucionalismo en un texto constitucional escrito, en su calidad de representante autorizado de «P».

Paso tres: el grueso de «P» puede conferir a «AC» la función asociada al estatus como creador constitucional, mediante la observancia, por parte de los miembros de «P», de una regla constitutiva. El contenido de esta regla constitutiva es el siguiente: el acuerdo entre el grueso de «P» en cuanto al «AC» con el fin de redactar y promulgar la constitución se entiende como una autorización por parte de «P» a «AC» para redactar y promulgar una constitución en el nombre de «P».

Paso cuatro: a causa de esta autorización que «AC» redacta, promulga una constitución en el nombre del pueblo «P». De esta forma, «AC» es un representante de «P» para la redacción y promulgación de la constitución.

Paso cinco: «AC» redacta y promulga la constitución como agente representante de «P» en relación con «A». Por lo tanto, «A» y «P» reconocen que lo que «AC» hace o ha hecho, debe tenerse como si fuese «P» el que hubiese redactado y promulgado su constitución.

El papel de los representantes como creadores constitucionales es necesario en una sociedad en la que existe una división del trabajo. Desde un punto de vista normativo, también podría fortalecer la participación democrática, dado que exige que los miembros de «P» expresen de algún modo su acuerdo sobre el empoderamiento de «AC». También fortalece la democracia deliberativa. Ello, en razón a que se fomentan dos niveles de deliberación. Por un lado, la deliberación entre los miembros de «P» acerca del contenido del empoderamiento de «AC», y por otro, el fomento de las discusiones políticas especializadas entre los miembros de «AC» acerca del contenido de la constitución que deben redactar y promulgar en nombre de «P»⁶².

3. PODERES DEÓNTICOS

El tercer elemento de la concepción socioontológica del poder de creación de una constitución que aquí se defiende es el concepto de los

⁶¹ Austin habla del «grueso de los miembros de la sociedad» para referirse a la población cuya lealtad al soberano es necesaria para la validez de la ley (Austin, 1995: 169).

⁶² Sobre la importancia de la experiencia en democracia deliberativa, véase Brown (2014: 50, 66 y 67).

poderes deónticos. Con respecto a este concepto, el pueblo empodera a los creadores constitucionales «AC» con el poder deóntico para redactar y promulgar una constitución.

Un poder deóntico es una estructura de una relación de poder (Searle, 2005: 11). El poder deóntico para la creación de una constitución corresponde a una estructura en la que el grueso de los miembros de «P» confiere autoridad a los creadores constitucionales «AC» para cambiar la constitución, y al hacerlo, para cambiar el estatus jurídico de todos los miembros de «P». Dado que los miembros de «P» se encuentran sujetos a la constitución, un cambio constitucional implica un cambio en su estatus jurídico. Lo que es característico del empoderamiento para crear una constitución es que los miembros del grueso de «P» reconozcan la competencia de los creadores constitucionales para promulgar la constitución y que, a su vez, acuerden que todos los miembros de «P» estarán sujetos a esa nueva constitución. Ello, a pesar de sus deseos particulares, actuales o futuros, de obedecer las nuevas normas constitucionales⁶³.

4. LÍMITES

El pueblo se encuentra sujeto a límites conceptuales y normativos para empoderar a los creadores constitucionales y, estos a su vez, están sujetos a límites conceptuales y normativos para ejercer sus poderes deónticos. Como antes se explicó, la institucionalización de los elementos constitucionales esenciales es el principal límite conceptual. De acuerdo con la doctrina, podrían existir otras limitaciones normativas, generalmente relacionadas con la legitimidad procesal o sustancial de la nueva constitución. Sin embargo, este punto no será explorado aquí. No obstante, puede enunciarse que estas limitaciones pueden derivarse del respeto al sistema internacional de los derechos humanos, el arraigo de ciertas instituciones democráticas ampliamente difundidas en el derecho transnacional (Dixon y Landau, 2015: 630), el grado de participación democrática en el proceso de elaboración de la constitución y el cumplimiento con las disposiciones que regulan el cambio constitucional (*ibid.*), tales como, las cláusulas pétreas, los principios constitucionales preacordados o el derecho supranacional (Roznai, 2013). La fuerza, el alcance y la fuerza vinculante de estas limitaciones deben analizarse con respecto a cada sistema

⁶³ Esta es una manifestación específica de la finalidad de los poderes deónticos, consistente en crear razones de acciones independientes de los propios deseos. Sobre este aspecto, véase Searle (2005: 12).

jurídico particular, así como frente a cada caso concreto de reemplazo y reforma constitucional⁶⁴.

5. RECONOCIMIENTO INTENCIONAL COLECTIVO

De acuerdo con David Dyzenhaus, el concepto de poder constituyente está sujeto a lo que él denomina como «la paradoja de la autoría». De acuerdo con esta paradoja: «Para que un pueblo actúe como autor de las formas jurídicas del poder constituido, debe existir previamente como autor, como entidad con capacidad de autorizar. Pero una entidad con capacidad de proferir dicha autorización es una entidad artificial, no solo un conjunto aleatorio de individuos. Por lo tanto, debe ser identificable por medio de formas jurídicas» (Dyzenhaus, 2012: 233-234).

Esta paradoja se refiere al concepto de «pueblo». Como se explicó anteriormente, el pueblo no puede ser concebido como un agente colectivo omnicompreensivo, independiente de cada uno de sus miembros⁶⁵. Sin embargo, «el pueblo» también es diferente de un tumulto o de un grupo aleatorio de personas sin conexión alguna entre ellos. La concepción socioontológica del poder de creación constitucional proporciona una salida a la paradoja de la autoría al definir al pueblo como un grupo que empodera a los creadores constitucionales para institucionalizar el constitucionalismo en una constitución escrita.

Tres preguntas surgen aquí. ¿Quiénes son los miembros del pueblo?, ¿cuántos miembros del pueblo deben estar de acuerdo para que pueda originarse un empoderamiento exitoso de los creadores constitucionales? y ¿cuál es la estructura del acuerdo que se crea entre los miembros del pueblo para empoderar a los creadores?

Responder estos interrogantes implica tomar una posición conceptual y una normativa, cuya idoneidad para evaluar los casos específicos de reemplazo o de revisión constitucional depende de cada contexto particular. No obstante, es posible introducir algunas afirmaciones generales de índole conceptual en relación con estas preguntas.

Por ejemplo, con respecto a la pregunta sobre quiénes son los miembros del pueblo, puede asumirse, *prima facie*, que conceptualmente son los ciudadanos.

⁶⁴ Una pregunta abierta y separada que no puedo abordar aquí es si los jueces (generalmente tribunales constitucionales) deberían estar facultados para hacer cumplir estas limitaciones.

⁶⁵ Denis J. Galligan parece defender una opinión diferente cuando afirma: «Por “el pueblo” me refiero a los miembros de una sociedad como una entidad colectiva “[...] el pueblo”, a diferencia de la noción de personas individuales» (Galligan, 2013: 134).

Como lo afirmó Ackerman, las revoluciones y los reemplazos constitucionales suelen darse a partir de una «adaptación no convencional» de un marco institucional ya existente (Ackerman, 2000: 11-13). El hecho de que *todos* los ciudadanos y *solo* los ciudadanos sean considerados como miembros del pueblo es un hecho relevante en el marco institucional de cada país. Sin embargo, esta suposición puede ser derrotada por consideraciones relevantes de índole normativa, de cada contexto particular. Por ejemplo, si el objetivo de un reemplazo constitucional es incluir en los procesos de discusión política a una minoría, a la que se le ha negado la ciudadanía en el marco institucional existente, esto proporciona una buena razón para incluir como miembros del pueblo a los integrantes de dicha minoría.

Observaciones similares podrían hacerse con respecto a la pregunta sobre el número de miembros del pueblo cuyo acuerdo es necesario para que el empoderamiento de los creadores constitucionales pueda ser entendido como exitoso. Podría asumirse conceptualmente, *prima facie*, que es necesario el acuerdo del grueso de los ciudadanos. Una pregunta conceptual y normativa relevante es: ¿qué significa «el grueso»? Ciertamente, este concepto esbozado por Austin expresa una intuición plausible, a saber, que la validez de una constitución presupone la adhesión por parte de un número significativo de los miembros de la sociedad. Una ventaja del concepto del «grueso» radica en su indeterminación. En este sentido, es superior al concepto de mayoría. Así, podría existir una constitución cuya validez se base en la adhesión de una cantidad de ciudadanos que es menor que la mayoría, pero que es políticamente más poderosa. Además, una constitución respaldada por la mayoría de los ciudadanos menos influyentes de un país podría perder fácilmente su validez. En igual sentido, dentro del grueso de los ciudadanos, un empoderamiento exitoso de los creadores constitucionales generalmente exige la adhesión del grueso de los operadores jurídicos, quienes estarán a cargo tanto de implementar como de hacer cumplir la nueva constitución⁶⁶.

La pregunta final es: ¿cuál es la estructura del acuerdo entre los miembros del pueblo para empoderar a los creadores constitucionales? Debido a la diversidad de formas de colaboración humana y de las expresiones de acuerdo, de adhesión o de conformidad, la respuesta a esta pregunta es altamente compleja. Aquí basta con esbozar tres argumentos al respecto.

En primer lugar, el acuerdo de los miembros del pueblo en torno al empoderamiento de los creadores de la constitución es una acción intencional colectiva de sus miembros. Para explicar lo anterior, deben cumplirse al menos

⁶⁶ Sobre la importancia del acuerdo por parte de los funcionarios, véase Hart (1994: 116).

dos condiciones necesarias, las cuales son comunes a las explicaciones más relevantes acerca de las acciones intencionales colectivas⁶⁷. Dichas condiciones son: 1) la acción debe ser realizada por varios agentes individuales que, en conjunto, actúen como un grupo, y en virtud de ello, la acción es atribuible al grupo, 2) los agentes individuales que actúan en conjunto deben hacerlo de acuerdo con, y debido a, algunas intenciones comunes pertinentes. Las intenciones comunes están dotadas de un contenido especial. Dicho contenido implica que el grupo lleva a cabo la acción relevante mediante las acciones individuales pertinentes de cada uno de sus miembros⁶⁸.

Segundo, en el caso de la creación de una constitución, los miembros del pueblo pueden producir el empoderamiento colectivo de los creadores constitucionales por medio de acciones tales como votar en la elección de una asamblea constituyente extraconstitucional o en un referéndum constitucional o participar en las deliberaciones organizadas por el órgano creador de la constitución relacionadas con el futuro contenido de esta. Son estas las clases de acciones intencionales individuales que contribuyen a la formación de la acción intencional colectiva del pueblo. El contenido de las intenciones comunes de los miembros del pueblo, que acompañan a dichas acciones, implica que el pueblo, como grupo, está de acuerdo con el empoderamiento a los creadores constitucionales, así como con sujetarse a la constitución que estos redactarán y promulgarán, siempre que esta institucionalice el constitucionalismo. Esta sujeción es aceptada con independencia de los futuros deseos genuinos de los miembros del pueblo en relación con la obediencia o adhesión a las nuevas normas constitucionales.

En tercer lugar, el acuerdo de los miembros del pueblo con respecto al empoderamiento para la creación de una constitución puede ser manifestado *ex ante* —en la votación sobre la convocatoria a una asamblea constituyente— o *ex post* —al votar la aprobación del texto constitucional en un referéndum—. También podría ser explícito, como en los anteriores dos ejemplos, de acciones *ex ante* y *ex post*, o bien podría ser implícito. En cuanto a esta última posibilidad, la validez de una constitución necesariamente presupone el acuerdo implícito, *ex post*, del grueso de los operadores jurídicos en la implementación y cumplimiento de la constitución. Así, esta última es una condición necesaria para un ejercicio exitoso del poder de creación constitucional.

⁶⁷ Sobre estos elementos, y su relevancia con el objetivo de plasmar la naturaleza de la ley, véase Sanchez Brígido (2009: 305-306).

⁶⁸ Véase Ludwig, Kirk, *Understanding Collective Action*, manuscrito sin publicar, 2016, p. 168.

En resumen, el poder para reemplazar o reformar una constitución es: i) un poder deóntico limitado para cambiar el estatus jurídico de los miembros del pueblo; ii) que se encuentra en manos de los creadores de la constitución; iii) en virtud de —y limitado por— un empoderamiento en el que el grueso del pueblo, de un lado, designa a tales creadores como sus representantes y les atribuye la función de reemplazar o revisar la constitución, y por el otro, acepta someterse a la constitución nueva o revisada, siempre que en ella se institucionalicen los elementos constitucionales esenciales, y iv) los representantes son reconocidos colectiva e intencionalmente (*ex ante* o *ex post*, implícita o explícitamente, por el grueso del pueblo y los operadores jurídicos) como quienes tienen el estatus de creadores constitucionales, con el fin de ejercer su función de institucionalizar el constitucionalismo

Esta estructura conceptual puede usarse para lograr una evaluación más transparente de la legitimidad de los reemplazos o de las revisiones constitucionales concretas. Dicha evaluación dependerá de los estándares más fuertes o más débiles que se utilicen para determinar el número de miembros que implica el concepto del grueso del pueblo, las características del empoderamiento otorgado para la creación de una constitución y el reconocimiento intencional colectivo a los constituyentes, así, como la calidad de la institucionalización del constitucionalismo.

Bibliografía

- Ackerman, B. (2000). *We the People: Transformations*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Agamben, G. (1998). *Homo Sacer*. Stanford: Stanford University Press.
- Albert, R. (2009). Nonconstitutional Amendments. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 22 (1), 5-47. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0841820900004550>.
- (2012). The cult of Constitutionalism. *Florida State University Law Review*, 39, 379-380.
- (2014). Constitutional Amendment by Constitutional Desuetude. *American Journal of Comparative Law*, 62 (3), 641-686. Disponible en: <https://doi.org/10.5131/AJCL.2014.0018>.
- (2017). Amendment and Revision in the Unmaking of Constitutions. En D. Landau y H. Lerner (eds.). *Handbook on Comparative Constitution-Making*. Cheltenham: Edward Elgar.
- (2018). Constitutional Amendment and Dismemberment. *The Yale Journal of International Law*, 1 (43), 2.
- Alexy, R. (2002). *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press.

- (2008). On the Concept and the Nature of Law. *Ratio Juris*, 21 (3), 281-299. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2008.00391.x>.
- Anderson, G. W. (2013). Societal Constitutionalism, Social Movements, and Constitutionalism from Below. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 20 (2), 881-906. Disponible en: <https://doi.org/10.2979/indjglolegstu.20.2.881>.
- Arato, A. (2016). *Post Sovereign Constitution Making. Learning and Legitimacy*. Oxford: University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198755982.001.0001>.
- Arato, J. (2013). Treaty Interpretation and Constitutional Transformation: Informal Change in International Organizations. *Yale Journal of International Law*, 38, 289.
- Atria, F. (2006). Sobre la soberanía y lo político. *Derecho y Humanidades*, 12, 47-93.
- Austin, J. (1995). *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511521546>.
- Austin, J. L. (1976). *How to do Things with Words*. Oxford: Oxford University Press.
- Ayala Corao, C. M. (2009). Venezuela: de la constituyente de 1999 a la reforma constitucional de 2007. En J. M. Garza (ed.). *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas* (pp. 333-405). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Banks, A. M. (2008). Expanding Participation in Constitution Making: Challenges and Opportunities. *William and Mary Law Review*, 46, 1043.
- Barak, A. (2011). Unconstitutional Constitutional Amendments. *Israeli Law Review*, 44, 321-341.
- Bernal, C. (2013). Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. *International Journal of Constitutional Law*, 11(2), 339-357. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/mot007>.
- (2014). Informal Constitutional Change. *American Journal of Comparative Law*, 62, 493-514.
- (2017). How Constitutional Crowddrafting can enhance Legitimacy in Constitution-Making? En D. Landau y H. Lerner (eds.). *Handbook on Comparative Constitution-Making*. Cheltenham: Edward Elgar.
- Böckenförde, E. W. (1991). Die verfassunggebende Gewalt des Volkes. Ein Grenz-begriff des Verfassungsrechts. En *Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht* (pp. 90-112). Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Bodin, J. (1993). *Les six livres de la République*. Paris: Librairie générale française.
- Boisvert, D. y Ludwig, K. (2006). Semantic for Nondeclaratives. En E. Lepore y B. C. Smith (eds.). *The Oxford Handbook of the Philosophy of Language* (cap. 34). Oxford: Oxford University Press.
- Bramforth, N. y Leyland, P. (2013). Introduction: Accountability in the Contemporary Constitution. En N. Bramforth y P. Leyland (eds.). *Accountability in the Contemporary Constitution* (pp. 2 y ss.). Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199670024.003.0001>.

- Bratman, M. (1999). *Faces of Intention: Selected Essays on Intention and Agency*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511625190>.
- (2013). *Shared Agency. A Planning Theory of Acting Together*. Oxford: Oxford University Press.
- Brewer-Carías, A. R. (1999a). La configuración judicial del proceso constituyente o de cómo el guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y para su propia extinción. *Revista de Derecho Público*, 77-80, 453.
- (1999b). *Poder constituyente originario y Asamblea Nacional Constituyente*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- (2010). *Dismantling Democracy in Venezuela. The Chávez Authoritarian Experiment*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511762062>.
- Brown, M. B. (2014). Expertise and Deliberative Democracy. En Stephen Elstub y Peter McLaverty (eds.). *Deliberative Democracy. Issues and Cases*. Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Colón-Ríos, J. I. (2010). The Legitimacy of the Juridical: Constituent Power, Democracy, and the Limits of Constitutional Reform. *Osgoode Hall Law Journal*, 48 (2), 199-245.
- (2011). Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia. *Constellations*, 18 (3), 365-388. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1467-8675.2011.00643.x>.
- (2012). Weak Constitutionalism. Democratic legitimacy and the question of constituent power. London; New York: Routledge. Disponible en: <https://doi.org/10.4324/9780203120132>.
- (2014). Five Conceptions of Constituent Power. *Law Quarterly Review*, 130, 307.
- (2016). Rousseau, Theorist of Constituent Power. *Oxford Journal of Legal Studies*, 36 (4), 885-908. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqw012>.
- Contiades, X. (2012). *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*. London: Routledge.
- Contiades, X. y Fotiadou, A. (2017). *Participatory Constitutional Change. The People as Amenders of the Constitution*. London: Routledge.
- Crisafulli, V. (1964). *Disposizione (e norma)*. XIII Enciclopedia del Diritto.
- Cristi, R. (1999-2000). The Metaphysics of Constituent Power: Schmitt and the Genesis of Chile's 1980 Constitution. *Cardozo Law Review*, 21, 1749.
- Davies, A. C. (2008). *The Public Law of Government Contracts*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199287390.001.0001>.
- Dieter, G. (2010). The Twilight of Constitutionalism? En P. Dobner y M. Loughlin (eds.). *The Achievement of Constitutionalism* (p. 8). Oxford: Oxford University Press.
- Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139507509.018>.
- Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S1744137405000020>.

- Disponible en: <https://doi.org/10.1093/mind/LXXVIII.309.1>.
- Dixon, R. y Landau, D. (2015). Constraining Constitutional Change. *Wake Forest Law Review*, 50, 859-890.
- (2015). Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment. *International Journal of Constitutional Law*, 13 (3), 606-638. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/mov039>.
- Durkheim, É. (1967). *Le suicide. Étude de sociologie*. Paris: Les Presses Universitaires de France.
- Dworkin, R. (2006). *Justice in Robes*. Cambridge: Belknap Press of the Harvard University Press.
- (2011). *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Belknap Press of the Harvard University Press.
- Dyzenhaus, D. (2007). The Question of Constituent Power. En M. Loughlin y N. Walker (eds.). *The Paradox of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press.
- (2012). Constitutionalism in an old key: Legality and constituent power. *Global Constitutionalism*, 2 (1), 229-260. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S2045381712000032>
- Eisenstadt, T. A., LeVan, A. C. y Maboudi, T. (2015). When Talk Trumps Text: The Democratizing Effects of Deliberation during Constitution-Making, 1974-2011. *American Political Science Review*, 109 (3), 592-612. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0003055415000222>.
- Elkins, Z., Ginsburg, T. y Melton, J. (2009). *The Endurance of National Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511817595>.
- Ezcurdia, M. (1998). The Concept-Conception Distinction. *Philosophical Issues*, 9, 187-192. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1522969>.
- Ferrer Beltrán, J., Moreso, J. J. y Papayannis, D. M. (2013). *Neutrality and Theory of Law*. Dordrecht: Springer. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/978-94-007-6067-7>.
- Galligan, D. J. (2013). The People, the Constitution, and the Idea of Representation. En D. J. Galligan y M. Versteeg (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139507509.008>.
- (2013). Theoretical Perspectives on the Social Foundations of Constitutions. En D. J. Galligan y M. Versteeg (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge University Press: Cambridge. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139507509>.
- Gilbert, M. (1992). *On Social Facts*. Princeton: Princeton University Press.
- (1996). *Living Together. Rationality, Sociality and Obligation*. New York; London: Lahman.
- (2000). *Sociality and Responsibility: New Essays in Plural Subject Theory. New Essays in Plural Subject Theory*. Lanham: Rowman and Littlefield Publishers.

- Hardin, R. (1999). *Liberalism, Constitutionalism and Democracy*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/0198290845.001.0001>.
- (2013). Why a Constitution? En D. J. Galligan y M. Versteeg (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139507509.005>.
- Hart, H. (1994). *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Hayek, F. A. (1976). *The Constitution of Liberty*. London: Routledge and Kegan Paul.
- Hernández, J. A. (2013). La Constitución de Colombia de 1991 y sus enemigos. El fracaso del consenso constitucional. *Colombia Internacional*, (79), 49-76.
- Himma, K. E. (2007). Reconsidering a Dogma: Conceptual Analysis, the Naturalistic Turn, and Legal Philosophy. En Michael Freeman y Ross Harrison (eds.). *Law and Philosophy. Current Legal Issues*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199237159.003.0001>.
- Hirschl, R. (2013). The Strategic Foundations of Constitutions. En D. Galligan, y M. Versteeg (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139507509.009>.
- Hohfeld, N. (2010). *Fundamental Legal Conceptions, as Applied in Judicial Reasoning*. New Jersey: The Lawbook Exchange.
- Hutchinson, A. y Colón-Ríos, J. I. (2011). Constituciones Duraderas. Una crítica democrática. *Anuario de Derecho Público*, 1, 437-460.
- Kalyvas, A. (2005). Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power. *Constellations*, 12 (2), 223-244. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1351-0487.2005.00413.x>.
- (2018). Constituent Power. En *Political Concepts: A Critical Lexicon*. Disponible en: <http://bit.ly/2Q8sGsS>.
- Kant, I. (1991). On the Common Saying: “This May be True in Theory, but it does not Apply in Practice”. En H. Reiss (ed.). *Kant: Political Writings* (pp. 75-76). Cambridge: Cambridge University Press.
- Khosla, M. (2016). Constitutional Amendment. En S. Choudhry, M. Khosla y P. Bhanu Mehta (eds.). *The Oxford Handbook of the Indian Constitution* (pp. 232-250). Oxford: Oxford University Press.
- King, P. (2013). Neo-Bolivarian Constitutional Design: Comparing the 1999 Venezuelan, 2008 Ecuadorian, and 2009 Bolivian Constitutions. En D. J. Galligan y M. Versteeg (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kirk, L. (2017). *The Routledge Handbook of Collective Intentionality*. London; New York: Routledge.
- Klein, C. y Sajó, A. (2012). Constitution-Making: Process and Substance. En M. Rosenfeld, A. Sajó, M. Rosenfeld y A. Sajó (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (pp. 419-425). Oxford: Oxford University Press.

- Krishnaswamy, S. (2011). *Democracy and Constitutionalism in India: A Study of the Basic Structure Doctrine*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198071617.001.0001>.
- Kumm, M. (2016). Constituent power, cosmopolitan constitutionalism, and post-positivist law. *International Journal of Constitutional Law*, 14 (3), 697-711. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/mow050>.
- Landau, D. (2011-2012). The Importance of Constitution-Making. *Denver University Law Review*, 89 (3), 611-633.
- (2013a). Abusive Constitutionalism. *University of California Davis Law Review*, 47, 189-200.
- (2013b). Constitution-Making gone wrong. *Alabama Law Review*, 923-980.
- Lautenbach, G. (2013). *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199671199.001.0001>.
- Lindahl, H. (2015). Possibility, Actuality, Rupture: Constituent Power and the Ontology of Change. *Constellations*, 22 (2), 163-174.
- Locke, J. (1988). *Two Treatises of Government: Book II*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511810268>.
- Loughlin, M. (2007). Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice. En M. Loughlin y N. Walker (eds.). *The Paradox of Constitutionalism* (pp. 27-48). Oxford: Oxford University Press.
- (2010). What is Constitutionalisation? En P. Dobner y M. Loughlin (eds.). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199585007.003.0003>.
- (2011). *Foundations of Public Law*. Oxford: Oxford University Press.
- (2013). Why Sovereignty? En R. Rawlings, P. Leyland y A. L. Young (eds.). *Sovereignty and the Law. Domestic, European, and International Perspectives*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199684069.003.0003>.
- (2014). The Concept of Constituent Power. *European Journal of Political Theory*, 13 (2), 218-237. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1474885113488766>.
- Loughlin, M. y Walker, N. (2007). *The Paradox of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press.
- Ludwig, K. (2013). Proxy Agency in Collective Action. *Noûs*, 48 (1), 75-105.
- Marmor, A. (2006). Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral. *Oxford Journal of Legal Studies*, 26 (4), 683-704. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqi028>.
- Miller, L. E. (2010). *Framing the State in Times of Transition: Case Studies in Constitution Making*. Washington D. C.: United States Institute of Peace.
- Miller, S. (2001). *Social Action: A Teleological Account*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511612954>.
- Natale, A. A. (2000). La reforma constitucional argentina de 1994. *Cuestiones Constitucionales*, 2, 219-237.

- Negretto, G. (2012). Replacing and Amending Constitutions: The Logic of Constitutional Change in Latin America. *Law and Society Review*, 46 (4), 749-779. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1540-5893.2012.00516.x>.
- (2013). Authoritarian Constitution Making. The Role of the Military in Latin America. En T. Ginsburg y A. Simpser (eds.). *Constitutions in Authoritarian Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139207836>.
- Negri, A. (1999). *Insurgencias. Constituent Power and the Modern State*. Minneapolis; London: University of Minnesota Press.
- Nino, C. S. (1983). El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica. En E. Bulygin, M. D. Farrell, C. S. Nino y E. Rabossi. *El lenguaje del derecho: homenaje a Genaro R. Carrió*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- O'Donoghue, A. (2014). *Constitutionalism in Global Constitutionalisation*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9781107279377>.
- Oklopčić, Z. (2015). "Three arenas of struggle: A contextual approach to the constituent power of 'the people'". *Global Constitutionalism*, 2(3), 200-235.
- Okoth-Ogendo, H. (1993). Constitutions Without Constitutionalism: An African Paradox. En D. Greenberg, S. N. Katz, S. C. Wheatley y M. B. Oliviero (eds.). *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World*. Oxford: Oxford University Press.
- Parlett, W. (2012). The Dangers of Popular Constitutional Making. *Brooklyn Journal of International Law*, 1 (38), 1-46.
- Ramírez Cleves, G. A. (2005). *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de constitución como fundamento de la restricción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- (2006). El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo a partir de la jurisprudencia establecida en la Sentencia C-551 de 2003. *Revista de Derecho del Estado*, 18, 3-32.
- Raz, J. (2005). Can There Be a Theory of Law? En M. P. Golding y W. A. Edmundson (eds.). *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (pp. 324-325). Oxford: Blackwell.
- Reiner, G. (2012). Models of Institutional Control: The Experience of Islamic Countries. En R. Grote y T. Röder (eds.). *Constitutionalism in islamic countries: Between upheaval and continuity* (pp. 221-238). Oxford: Oxford University Press.
- Röder, T. J. (2012). The Separation of Powers in Muslim Countries: Historical and Comparative Perspectives. En R. Grote y T. J. Röder (eds.). *Constitutionalism in Islamic Countries. Between Upheaval and Continuity* (pp. 321-372). Oxford: Oxford University Press.
- Ross, A. (1959). *On Law and Justice*. Berkeley: University of California Press.
- (1969). On self-reference and a puzzle in constitutional law. *Mind*, 78 (309), 1-24.

- Roughan, N. (2013). *Authorities. Conflicts, Cooperation and Transnational Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199671410.001.0001>.
- Roznai, Y. (2013). The Theory and Practice of “Supra-Constitutional” Limits on Constitutional-Amendments. *International and Comparative Law Quarterly*, 62 (3), 557-597. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0020589313000249>.
- (2017). The Spectrum of Constitutional Amendment Powers. En Richard Albert, Xenophon Contiades y Alkmene Fotiadou (eds.). *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*. Oxford: Hart Publishing.
- Sanchez Brígido, R. (2009). Collective intentional activities and the law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 29 (2), 305-324.
- Saunders, C. (2006). Separation of Powers and the Judicial Branch. *Judicial Review*, 11 (4), 337-347. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/10854681.2006.11426498>.
- Schmitt, C. (1970). *Verfassungslehre*. Berlin: Duncker und Humblot (5.^a ed.).
- Searle, J. (1969). *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139173438.007>.
- (1995). *The Construction of Social Reality*. New York: Simon and Schuster.
- (2010). *Making the Social World*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:osobl/9780195396171.001.0001>.
- (2005). What is an institution? *Journal of institutional economics*, 1(1), 1-22.
- Searle, J. y Vanderveken, D. (1985). *Foundations of Illocutionary Logic*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Selznick, P. (2005). Democracy and the Rule of Law. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 33, 29.
- Shapiro, S. (2002). Authority. En S. Shapiro y J. Coleman (eds.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- (2011). *Legality*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press.
- Shor, M. (2013). The Once and Future Democracy: Argentina at the Bar of Constitutionalism. En D. J. Galligan y M. Versteeg (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139507509.024>.
- Sieyès, E. J. (1839). *Qu'est-ce que le Tiers-Etat?* Paris: Pagnerre.
- Soto Barrientos, F. (2014). Asamblea Constituyente: La experiencia latinoamericana y el actual debate en Chile. *Estudios Constitucionales*, 12 (1), 397-428, Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-52002014000100010>.
- Stacey, R. (2011). Constituent Power and Carl Schmitt's Theory of Constitution in Kenya's Constitution-Making Process. *International Journal of Constitutional Law*, 9 (3-4), 587-614. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/mor050>.
- Stone, A. (2005). Australia's Constitutional Rights and the Problem of Interpretive Disagreement. *Sydney Law Review*, 25, 29-48.
- Tamanaha, B. (2004). *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511812378>.

- Thio, L. A. (2012). Constitutionalism in Illiberal Polities. En M. Rosenfeld y A. Sajó (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/oxford-hb/9780199578610.013.0007>.
- Tuomela, R. (2002). *The Philosophy of Social Practices: A Collective Acceptance View*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511487446>.
- (2007). *The Philosophy of Sociality*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195313390.001.0001>.
- Turner, C. (2015). Transitional Constitutionalism and the Case of the Arab Spring. *International and Comparative Law Quarterly*, 64 (2), 267-291. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0020589315000020>.
- Tushnet, M. (2013). Authoritarian Constitutionalism. Some Conceptual Issues. En: Tom Ginsburg y Alberto Simpser (eds.). *Constitutions in Authoritarian Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9781107252523.004>.
- (2015). Peasants with pitchforks, and toilers with Twitter: Constitutional revolutions and the constituent power. *International Journal of Constitutional Law*, 13, 639-654. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/mov042>.
- Venn, A. (1939). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: Macmillan.
- Waldron, J. (2009). Constitutionalism. A Skeptical View. En T. Christiano y J. Christman (eds.). *Contemporary debates in political philosophy*. Oxford: Wiley-Blackwell. Disponible en: <https://doi.org/10.1002/9781444310399.ch15>.
- (1993). A Rights-Based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, 13 (1), 18-51. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ojls/13.1.18>.
- Walker, G. (1997). The Idea of Nonliberal Constitutionalism. En I. Shapiro y W. Kymlicka (eds.). *Ethnicity and Group Rights*. New York: NYU Press.
- Zachary Elkins, T. G. y Blount, J. (2009). Does the Process of Constitution-Making Matter? *Annual Review of Law and Social Science*, 5, 201-223.
- Zhang, Q. (2010). A constitution without constitutionalism? The paths of constitutional development in China. *International Journal of Constitutional Law*, 8 (4), 950-976. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/mor003>.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

EDUCACIÓN RELIGIOSA EN ESCUELAS PÚBLICAS. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA CASTILLO DE LA CORTE SUPREMA DE ARGENTINA¹

Religious education in public schools. Comments
on the sentence *Castillo* of the Supreme Court of
Argentina

GONZALO GABRIEL CARRANZA²
Universidad Autónoma de Madrid
gonzalo.carranza@uam.es

Cómo citar/Citation

Gabriel Carranza, G. (2018).

Educación religiosa en escuelas públicas. A propósito de la
sentencia *Castillo* de la Corte Suprema de Argentina.
Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 22, 103-131.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.22.04>

Resumen

La enseñanza de contenido religioso en las escuelas públicas de la provincia de Salta, República Argentina, propició un amparo colectivo que llegó a ser resuelto por la Corte Suprema de Justicia de aquel país austral. El propósito de este comentario es

¹ Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación del Ministerio de Economía y Competitividad de España (DER2016-78391-P) sobre «El control de la ley: constitucional, comunitario y convencional», cuyos investigadores principales son César Aguado Renedo y Antonio López Castillo, y en el proyecto de investigación de la Universidad Blas Pascal de Argentina (159-20180224-97) sobre «Desafíos constitucionales derivados de la jurisprudencia dictada durante el año 2017 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina».

² Abogado, doctorando en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas y docente e investigador del Área de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.

recorrer el camino procesal que siguió la causa hasta llegar a la cúspide del sistema y analizar el contenido de los argumentos vertidos por la Corte para resolverlo.

En la sentencia, no solo se hace alusión a la relación entre Estado e Iglesia, sino también al amplio margen de apreciación que poseen las provincias en Argentina, todo ello a la luz del control de constitucionalidad y convencionalidad. Así, se tratará de precisar cuáles son los derechos en juego y cómo se ha estructurado el razonamiento de la Corte.

Palabras clave

Enseñanza religiosa; Estado; Iglesia; control de constitucionalidad; control de convencionalidad.

Abstract

The teaching of religious content in public schools in the province of Salta, Argentina, led to a collective action that was resolved by the Supreme Court. The purpose of this comment is to go through the procedural path that followed the case until reaching the top of the system and analyze the content of the arguments made by the Court to resolve it.

In the ruling, the Court paid special attention to the relationship between State and Church, and it has analyzed the wide margin of appreciation that the provinces have in Argentina, all under the light of the control of constitutionality and conventionality. Thus, we will try to specify which rights are at stake and how the Court's reasoning has been structured.

Keywords

Religious teaching; State; Church; control of constitutionality; control of conventionality.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. APROXIMACIÓN AL CASO: 1. Primera instancia. 2. Apelación ante la Corte de Justicia de Salta: 2.1. *El voto de la mayoría*. 2.2. *El voto particular*. 2.3. *El dictamen del procurador general de la Nación*. III. EL CASO ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN: 1. Una cuestión procesal que no es un *sin más*. 2. Una nación católica apostólica romana: el alcance del art. 2 de la Constitución Nacional. 3. El principio de neutralidad. 4. La reglamentación de la enseñanza religiosa en las escuelas públicas y la doctrina de la categoría sospechosa. 5. La valoración de la prueba y el contexto social. 6. Otros (importantes) derechos en juego. 7. La disidencia parcial: 7.1. *La educación religiosa que no vulnera la Constitución* 7.2. *Libertad religiosa y educación: el diseño curricular como parámetro de constitucionalidad*. 7.3. *El fallo en disidencia*. IV. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En diciembre de 2017, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante, y alternativamente, Corte o CSJN) dictó sentencia en una causa con grandes repercusiones, en la que se analizó particularmente si en las escuelas públicas de la provincia de Salta era posible impartir enseñanza religiosa.

El presente análisis pretende, a la luz de la sentencia, tomar en consideración las posturas de las diversas partes que actuaron en las distintas etapas procesales que la causa siguió hasta llegar al máximo tribunal de Argentina. Por ello, habrá que atender no solo a sus argumentos, sino también a las pruebas que han aportado para lograr la convicción de los jueces que tuvieron que decidir.

No se pretende, por lo tanto, centrar la atención solamente en la sentencia de la Corte, sino ver la causa en su conjunto. De esta manera, uno de los propósitos será comprender cuáles han sido los argumentos vertidos por los diversos tribunales que han entendido en el caso para llegar a su solución. Solo analizándolos conjuntamente será posible apreciar cómo existen ciertas miradas que atienden únicamente a la realidad local, mientras que hay otras que miran desde lo alto, aportando objetividad y neutralidad.

Se estructurará el comentario, entonces, a través de las etapas procesales que se han seguido hasta llegar a la cúspide del poder judicial en Argentina.

II. APROXIMACIÓN AL CASO

El 12 de diciembre de 2017, la Corte Suprema de la Nación de la República Argentina, dictó sentencia en el marco de la causa *Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo*.

Antes de entrar de lleno en el análisis, cierto es que la causa somete a quien se aproxima a ella a la compleja relación entre Estado e Iglesia, uno de los debates más antiguos que existen, del cual la República Argentina no ha estado exenta.

La extensión territorial y la diferencia entre los pueblos que existe en un Estado tan amplio hacen que el fenómeno religioso sea más o menos fuerte según el lugar donde uno se encuentre. Hay espacios donde el fervor religioso es seguido por una mayoría significativa de personas, y otros donde el multiculturalismo ha dejado de lado las tradiciones de antaño.

Ahora bien, en Argentina ha existido desde los debates de la Revolución de mayo una gran injerencia de la Iglesia en los asuntos políticos y en los valores de la sociedad, y no se puede renegar de los antepasados al respecto. Esta situación ha sido similar en muchos Estados del mundo, y es una situación bien descrita por Calvo Espiga (2017: 13), quien ha precisado que «especialmente en el pasado, dado el carácter profundamente religioso de los pueblos, la religión infundía sus propios valores en las dimensiones organizativas fundamentales de sus respectivas sociedades, llegando incluso, en algunos casos, a asumir el gobierno directo y el control político de las mismas, además del espiritual».

No es fácil realizar un recorrido a través de los cauces procesales que discurrieron en torno al caso, por cuanto las partes que lo integran son numerosas y los estadios procesales, también. La causa llama la atención no solo porque la última decisión la tuvo la CSJN, sino porque esta, para resolver, echó mano de diferentes institutos procesales poco usados en el Alto Tribunal, como lo es el *amicus curiae*.

Tal cual lo relata la Corte, la causa se inició porque un grupo de madres de alumnos de escuelas públicas de la provincia de Salta (una provincia al noroeste de Argentina, a poco más de 1200 km de la ciudad autónoma de Buenos Aires), junto con la Asociación por los Derechos Civiles (ADC)³,

³ Según se puede consultar en la propia página web de la Asociación (www.adc.org.ar, consultada el 10-07-2018), «ADC es una organización no gubernamental, apartidaria y sin fines de lucro, cuyo objetivo es contribuir a afianzar una cultura jurídica e insti-

consideró que ciertas prescripciones de la Constitución provincial y de la ley provincial de educación 7546 eran inconstitucionales.

Para lograr su cometido, la parte demandante inició una acción de amparo colectiva en contra del Ministerio de Educación del Gobierno provincial. La cuestión no es un sin más, por cuanto este tipo de acción implica la representación de un colectivo de ciudadanos que se ven (o verían) afectados por la situación de hecho que, según plantean, acarrearía una vulneración de sus derechos fundamentales. Normalmente, este proceso ha sido utilizado con fines ambientales (Pinacchio, 2017), más que para la protección de otros derechos, pero por la incidencia de los efectos de la causa ha sido admitido desde primera instancia.

Particularmente, las actoras solicitaron que se declare la inconstitucionalidad del art. 27, inciso ñ de la ley provincial de educación, que establece que la instrucción religiosa «integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos. Los contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa».

Además, solicitaban la declaración de inconstitucionalidad del art. 8, inciso m de la referida ley y del art. 49 de la Constitución de la provincia de Salta, que disponen en idéntico sentido que «los padres y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

La pretensión de las accionantes se dirigía, también, a solicitar la inconstitucionalidad de las actividades de los funcionarios escolares de la provincia de Salta, quienes al aplicar la norma imponen, de hecho, una enseñanza obligatoria de la religión católica en las escuelas públicas provinciales, según aducen.

Lo descrito precedentemente buscaba, de igual manera, el cese de la enseñanza religiosa en las escuelas públicas y de toda práctica religiosa dentro del horario escolar, ya que consideraban que estas situaciones vulneraban ciertos derechos constitucional y convencionalmente reconocidos en Argentina⁴, como la libertad de culto, religión y conciencia, de igualdad, educación libre

tucional que garantice los derechos fundamentales de las personas, sustentada en los valores democráticos de nuestra Constitución Nacional».

⁴ Cabe recordar que, en la reforma constitucional del año 1994, Argentina incorporó al bloque de constitucionalidad numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos a los que les otorgó la misma jerarquía que la Constitución, conforme se puede apreciar en el art. 75 inciso 22 de la Carta Magna. Sobre los alcances y el contenido de este artículo, véase el comentario de María Angélica Gelli (2011: 217).

de discriminación y respeto de las minorías étnicas y religiosas, y de privacidad.

1. PRIMERA INSTANCIA

El íter procesal llevado a cabo por las accionantes para llegar a la Corte Suprema no fue sencillo ni rápido, de ello dan cuenta las fechas de las sentencias y el amplio debate que se suscitó en torno al tema tanto en la sociedad civil como en el Congreso Nacional, donde se desarrolló una agenda que abrió el debate en una serie de temas que tocan de lleno las relaciones entre el Estado y la Iglesia católica.

Claro está, antes de llegar a la Corte Suprema (gracias a un recurso extraordinario federal), y en virtud de la estructura federal del sistema judicial, la causa se inició en Salta, ascendiendo en apelación hasta la Corte de Justicia de la propia provincia.

La causa tuvo inicio en la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la provincia de Salta, sala III, donde el vocal Marcelo Domínguez tuvo el primer contacto de la justicia con los hechos, como juez de amparo. Cabe destacar que, en el caso argentino, cada provincia tiene su propio sistema procesal y que en Salta el art. 87 de su Constitución prescribe que «todo Juez Letrado es competente para entender en la acción, aún en el caso que integre un tribunal colegiado». Así, un juez de cámara (esto es, un tribunal colegiado) puede actuar unipersonalmente como juez de primera instancia en el amparo.

En aquella oportunidad, como se desprende de la sentencia, el juez relata que las accionantes aducen su legitimación activa como actores colectivos, ya que consideran que «los potenciales afectados no son solo los que se encuentran dentro de las estructuras escolares actualmente, sino también los que eventualmente ingresaran, dado el carácter obligatorio de la educación⁵».

Según el juez, el acto se subsume dentro del supuesto del amparo, ya que «no se han arbitrado los medios necesarios tendientes a la contención escolar de niños y niñas no católicos» y que en la Constitución «se garantiza [...] la pluralidad religiosa, pero la falta de políticas de estado tornan a la ley inconstitucional en su ejecución y aplicación práctica⁶».

Para llegar a su conclusión aporta ejemplos de diversas escuelas de distintos puntos de la provincia donde, al parecer, de producen hechos que «representan una amenaza a los conceptos de pluralidad y tolerancia religiosas, retroceso en términos prácticos, al otorgar a un credo en particular un espacio

⁵ Punto I de los considerandos de la sentencia de Cámara.

⁶ Ídem.

que podría dedicarse a impartir elementos comunes a todos los niños y niñas de diversos cultos o bien sin ninguno⁷.

Relata que las accionantes consideran que se utiliza a la educación obligatoria como un dispositivo de reproducción de la religión hegemónica, y que las prácticas desarrolladas hasta el momento supondrían un acercamiento a una adopción de un credo estatal.

En la primera instancia participaron, además, el Ministerio de Educación provincial, el propio Estado provincial y el Ministerio Fiscal, que solicitaron el rechazo de los planteos de inconstitucionalidad. El último de los participantes mencionado indicó, además, que considera que «existe un proceder omisivo lesivo de derechos de raigambre constitucional respecto de los niños que no profesan la religión católica⁸».

Por su parte, el asesor de incapaces, en su participación, destacó «que existe por parte del estado provincial una falta en cuanto a no contar con una opción para aquellas personas que no quieran concurrir a clases de religión, donde se les pueden enseñar valores o conceptos éticos, como así también darse la oportunidad a las otras religiones reconocidas en la Argentina para que puedan formular los programas acordes a su lineamiento doctrinario⁹».

El análisis normativo realizado por el juez no solo centra su atención en las disposiciones cuya inconstitucionalidad se aduce, sino que agrega a ello la disposición 45/09 de la Dirección General de Enseñanza Primaria y Educación Inicial de la provincia de Salta, que aprobó el contenido de los formularios en los que se pide a los padres o tutores de los alumnos que concreten la opción sobre la participación o no de sus hijos o pupilos en las clases de Religión, y la creencia en la que desearan fueran instruidos, indicando en este último caso la religión.

Según el vocal, es esta disposición «la que impone una práctica que no se condice con la efectiva vigencia de los derechos que se invocan lesionados, al poner en los hechos en evidencia a quienes no profesan la religión mayoritaria, quienes deben expresar a qué culto o credo pertenecen para ser separados del resto y dispuestos para realizar otras actividades, con relación a las cuales ha quedado demostrado que la desaprensión del Estado se evidencia patente y clara¹⁰».

Del razonamiento del magistrado se desprende que, según su parecer, no son inconstitucionales las disposiciones en su contenido, sino la forma en que

⁷ Ídem.

⁸ Punto IV de los considerandos de la sentencia de Cámara.

⁹ Punto V de los considerandos de la sentencia de Cámara.

¹⁰ Punto IX de los considerandos de la sentencia de Cámara.

se ha procedido a ejecutarlas, dando lugar a un tratamiento que, en la práctica, a través de una diferenciación aparentemente neutra, pone a ciertos menores en una situación que culmina siendo discriminatoria, al ser «distintos» a sus pares que sí profesan la religión mayoritariamente practicada en la provincia.

Cabe destacar que el juez de Cámara trae a colación el marco convencional desde el cual hay que analizar la causa, prestando atención especialmente al art. 13, apdo. 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece:

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

A raíz de este artículo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la observación general n.º 13, numeral 28, dijo, en cuanto a los párrs. 3 y 4 del artículo mencionado, que «el párrafo 3 del artículo 13 contiene dos elementos, uno de los cuales es que los Estados Partes se comprometen a respetar la libertad de los padres y tutores legales para que sus hijos o pupilos reciban una educación religiosa o moral conforme a sus propias convicciones».

En relación con ello, tal como lo destaca el propio juez, el Comité considera que, en su opinión,

[...] este elemento del párrafo 3 del artículo 13 permite la enseñanza de temas como la historia general de las religiones y la ética en las escuelas públicas, siempre que se impartan de forma imparcial y objetiva, que respete la libertad de opinión, de conciencia y de expresión. Observa que la enseñanza pública que incluya instrucción en una determinada religión o creencia no se atiene al párrafo 3 del artículo 13, salvo que se estipulen exenciones no discriminatorias o alternativas que se adapten a los deseos de los padres y tutores.

Por otra parte, el Comité de Derechos Humanos, mediante la observación general n.º 12 interpreta el apdo. 2 del art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que literalmente indica: «Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección». Dicha interpretación se resume en que no se puede obligar a nadie a revelar sus pensamientos o su adhesión a una religión o a unas creencias.

Asimismo, el apdo. 4 del art. 18 del mismo instrumento, que indica: «Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad

de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones», permite que en la escuela pública se imparta enseñanza de materias como la Historia General de las Religiones y la Ética, siempre que ello se haga de manera neutral y objetiva, lo que es incompatible con el adoctrinamiento de una religión o unas creencias particulares.

El fallo del vocal es sencillo: a su parecer, no hay ninguna inconstitucionalidad de las normas y obliga al Ministerio de Educación a adoptar las medidas necesarias para que cesen las conductas que se desarrollan en las instituciones públicas de educación primaria que imponen prácticas de la religión católica. Junto con ello, solicita adecuar el dictado de la materia Educación Religiosa a los parámetros de las observaciones del Comité de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

2. APELACIÓN ANTE LA CORTE DE JUSTICIA DE SALTA

Las peticionarias del amparo colectivo apelaron la decisión del vocal Domínguez ante la Corte de Justicia de Salta, máxima autoridad del Poder Judicial provincial. La sentencia del caso se dictó el 12 de julio de 2013, y puede analizarse siguiendo el voto de la mayoría (integrada por el presidente de la corte provincial, Guillermo A. Posadas, y los jueces de corte Guillermo Alberto Catalano, Gustavo Adolfo Ferraris y Sergio Fabián Vittar) y el voto particular del magistrado Abel Cornejo.

2.1. *El voto de la mayoría*

El voto de mayoría recuerda que el juez *a quo* declaró constitucionales las normas sujetas a examen y centró su análisis en argumentos sustentados en cuestiones fácticas y en su interpretación sustancial del caso.

Destacan que la Constitución Nacional no es indiferente a lo religioso ni agnóstica, pues no suspende el juicio acerca de la existencia de Dios, sino totalmente lo contrario. De ello, por ejemplo, se da cuenta tanto en el preámbulo como en el articulado del texto, aunque no mencionan específicamente a qué artículos refieren. Respecto a ello, consideran que «no implica menoscabo para posición religiosa o filosófica alguna desde que los arts. 14 y 19 reconocen la libertad de culto y la libertad de conciencia, respectivamente¹¹».

Ante este escenario, creen que, si bien existe libertad religiosa, también existe la objeción de conciencia en todos los campos donde su disponibilidad

¹¹ Considerando 2.º de la sentencia de la Corte de Justicia de Salta.

por el sujeto no arriesga ni perjudica los intereses de terceros, por lo que no advierten en qué medida los derechos invocados por los amparistas se encuentran vulnerados por las normas que regulan la educación religiosa en las escuelas.

Su interpretación de la libertad religiosa no se ciñe a un entendimiento de la exclusión de todo lo religioso, sino en la posibilidad de optar, sin presiones de ningún tipo, por un determinado camino de plenitud del ser; de allí que no se pueda imponer a todos los alumnos una visión atea o agnóstica del mundo. El argumento que utilizan ata a la libertad religiosa a la libertad de opción.

La Corte de Salta utiliza un argumento que condensa lo fáctico con lo normativo, al entender que el Estado está estructurado desde su fundación como una nación católica apostólica romana y que dicha provincia norteña tiene una población «mayoritariamente católica», lo que «se verifica en sus múltiples manifestaciones culturales y en las exteriorizaciones de su fe, como por ejemplo, la procesión en honor al Señor y la Virgen del Milagro que se realiza todos los años el día 15 de septiembre», donde se constata «la cada vez más numerosa cantidad de habitantes de los diferentes pueblos de la Provincia que peregrinan hacia la Capital y cuyos hijos se verían privados, por la oposición de un grupo, de ser instruidos en la fe de sus mayores¹²».

Los magistrados, a diferencia del juez que analizó el caso por primera vez, consideran que la decisión de requerir a los padres o tutores que manifiesten si desean que sus hijos permanezcan o no en la clase de religión no evidencia la utilización de un método que afecta a la igualdad de los niños, y tampoco es un hecho que implique discriminación alguna. A su parecer, la separación de los estudiantes, entre quienes reciben la enseñanza religiosa y quienes no lo hacen, «resulta razonable y no menoscaba el derecho a la igualdad¹³». Esta razonabilidad deriva de la lícita decisión del legislador de brindar educación religiosa en las escuelas públicas.

Por su parte, la Corte de Justicia salteña consideró que la decisión tomada por el *a quo*, respecto de la orden de adecuación de las materias de enseñanza religiosa a las observaciones de los Comités reseñados era innecesaria, ya que de ninguna manera el orden jurídico provincial vulnera ni la Constitución Nacional ni los tratados internacionales de derechos humanos que son aplicables al caso.

Ahora bien, en relación con las cuestiones probatorias, el tribunal sí que considera probado que en algunos establecimientos escolares no se respeta

¹² Considerando 3.º de la sentencia de la Corte de Justicia de Salta.

¹³ Considerando 5.º de la sentencia de la Corte de Justicia de Salta.

a los alumnos que no profesan la religión católica o que, directamente, no profesan religión alguna. Consideran que no se han diseñado actividades curriculares alternativas a sus necesidades y, además, las prácticas religiosas exceden a las horas destinadas a su enseñanza. Más allá de eso, creen que quien debe arbitrar los medios para resolver estas cuestiones no es la propia Corte de Justicia, sino el juez de primera instancia, por contar con las vías procesales necesarias para ejecutar su propia decisión.

En definitiva, la decisión final del voto mayoritario fue la de rechazar la apelación y estimarla solo parcialmente, en cuanto que revocan la decisión de prohibir las prácticas religiosas en las escuelas, las que deberán efectuarse durante el horario fijado para la enseñanza de la materia, y disponen que se debe arbitrar un programa alternativo para quienes deseen ser instruidos en la religión católica.

2.2. *El voto particular*

Por otro lado, el voto particular del magistrado Abel Cornejo, si bien concuerda en la estimación parcial, considera que el rechazo de la apelación no se debe a los mismos motivos que aducen sus compañeros, sino a que la Corte de Justicia no debe analizar el caso, por cuanto «de ningún modo un poder constituido puede declarar inconstitucional una norma o cláusula de la Constitución Provincial, so pretexto de interpretación, en virtud de que la ley fundamental de la Provincia sólo puede ser modificada o alterada por una Convención Constituyente convocada a tal efecto¹⁴».

El voto de este magistrado, como se aprecia, tiende a llevar el debate hacia la relación entre poder constituyente y poder constituido, centrandolo su atención solo en el pedido de inconstitucionalidad de la propia Constitución provincial, pero dejando de lado las normas infraconstitucionales que se habían puesto en duda y, además, la ejecución práctica de la ley.

2.3. *El dictamen del procurador general de la Nación*

La decisión de la Corte de Justicia de Salta no fue de recibo por parte de las actoras, quienes insistieron en una revisión de la decisión. Para ello, interpusieron el recurso extraordinario federal y llegaron a la Corte de Justicia de la Nación, previa concesión por el *a quo* el 1 de septiembre de 2014.

Llegada la causa a la Corte, comenzaría un largo proceso que llevaría tres años de una actividad de escucha y análisis por parte de sus miembros,

¹⁴ Considerando 1.º del voto particular de la sentencia de la Corte de Justicia de Salta.

en medio de la modificación de la integración del Alto Tribunal, al que llegarían dos nuevos ministros, uno de los cuales ha tenido un papel esencial en la deliberación de la sentencia y en la argumentación del voto particular por disidencia parcial de la decisión.

Antes de afrontar el estudio de lo decidido por la Corte, es primordial analizar el dictamen del procurador general de la Nación, Victor Abramovich, de 10 de marzo de 2017.

Del dictamen es posible advertir, en primer término, un relato de los hechos acaecidos en la instancia inmediatamente anterior, donde el procurador destaca que la Corte de Justicia analizó el caso desde una óptica fáctica subjetiva, asumiendo que la provincia de Salta tiene una población mayoritariamente católica y que la falta de enseñanza católica en las escuelas públicas generaría un perjuicio a los niños que carecen de recursos para poder concurrir a una escuela privada donde, claro está, el tribunal presume que se enseña religión católica a todos por igual, dejando de lado otro dato de color, cual es que no todas las escuelas privadas son adscritas al culto católico.

Además, recalcó que uno de los motivos que llevó a la Corte de Justicia a considerar que no había afección al derecho de igualdad era que la separación de los niños constituía una medida razonable y un medio adecuado a fin de brindar educación de acuerdo con la convicción de los padres.

El procurador, luego de señalar que el recurso fue correctamente concedido, centra su atención en las pruebas de la causa, por cuanto lo que quiere dilucidar es si realmente han sido las prácticas las que han lesionado los derechos constitucionales de las personas representadas colectivamente por las accionantes.

Para llegar al punto clave, no deja de atender una cuestión esencial de fondo: la autonomía provincial condensada en el artículo 5.º de la Constitución Nacional consagra el valor de la diversidad que conlleva el régimen federal de Gobierno argentino. Por ello, si bien se requiere que en lo esencial exista una coincidencia entre las constituciones provinciales y la de la Nación, cierto es que este artículo no exige que sean idénticas, ni mucho menos una copia literal o mecánica. Se ha dicho, respecto a este artículo, que «las provincias dictan sus constituciones que ya no están sujetas a la revisión política por parte del Congreso Federal, pero sí al control de constitucionalidad de la Corte Suprema y a la eventual intervención federal para restablecer la forma republicana de gobierno» (Gelli, 2011: 55).

El argumento del procurador es el siguiente: «El solo hecho de que la constitución salteña reconozca, en ejercicio de su potestad constituyente, derechos que no están previstos en la nacional no conlleva su invalidez, siempre

que ello respete los derechos y garantías previstos por el régimen federal¹⁵». Ahora bien, hay que ver si tanto en su contenido normativo como en su faz práctica esta cuestión afecta o no los derechos constitucionales (y, hay que agregar, convencionales) reconocidos por el Estado.

El análisis de la prueba, así, resulta trascendente. El procurador general considera que ha sido suficientemente probado que en las escuelas públicas solo se han impartido clases del culto católico, lo que se desprende de libros y cuadernos de los alumnos, de las manifestaciones de los propios padres, del informe de visitas de la supervisora religiosa, de coberturas periodísticas del caso, de la formación que reciben los maestros y de la intervención del arzobispo de Salta en el proceso de acceso a plazas docentes.

Se ha probado, afirma el procurador, que alumnos que son ateos, evangelistas, testigos de Jehová, mormones y adventistas han recibido educación católica en las escuelas públicas. De la misma manera, es consciente que muchos padres habían indicado expresamente que no profesaban una religión o que lo hacían respecto a una específica distinta al catolicismo, pero consentían que sus hijos recibiesen clases de religión para que estos no fuesen individualizados y segregados, o simplemente por cuestiones de seguridad, para que estuviesen contenidos en un aula durante esas horas.

De la causa se desprende que «en ningún caso se acreditó la existencia de una educación alternativa en otras religiones o en otras materias que estuviera disponible para los que no deseaban recibir instrucción en la religión católica¹⁶».

Lo que importa, según el procurador, además de la forma práctica en que se llevó a cabo la implementación de la ley, ha sido el canal burocrático elegido para hacerlo, a través de un formulario que ha obligado a quienes desean recibir instrucción religiosa a revelar su religión o creencias, y a poner en evidencia a aquellos que no quieren hacerlo, quienes llegaron a recibir la condición de «no creyentes» en el expediente académico personal.

Por todo lo apuntado, la instrucción de la religión católica en el horario escolar y como parte del plan de estudios ha resultado, en la práctica —según el procurador—, una grave interferencia en distintas dimensiones de la libertad de religión y conciencia, derivada no solo del articulado de la propia Constitución, sino de numerosos tratados internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional. Así, los actos prácticos son a los que el procurador les otorga la calidad de inconstitucionales e inconvencionales.

El procurador da tres argumentos para llegar a su conclusión. En primer lugar, ha existido una coacción directa e indirecta en la elección de niños,

¹⁵ Considerando IV del dictamen del procurador general de la Nación.

¹⁶ Considerando V del dictamen del procurador general de la Nación.

niñas, padres y representantes legales sobre sus creencias, cuestión estrictamente prohibida por el art. 14 de la Constitución y por los instrumentos internacionales. Esto ha generado una indebida presión en la libertad de elección, lo que asume dimensiones mayores si se tiene en cuenta que esta situación se ha dado en el marco de la escuela primaria, donde los niños tienen especial vulnerabilidad.

En segundo lugar, considera que la organización religiosa dentro del horario escolar y como parte del plan de estudios ha importado un impacto desigualitario y discriminatorio de los niños, sujetos a una especial protección. El hecho de ser señalados como «no creyentes» puede significar un elemento de coacción, estigmatización y discriminación irrazonables.

Por último, el hecho de que los alumnos no católicos sean instruidos en el catolicismo durante el horario escolar implica una clara vulneración a su libertad y la de sus padres y representantes legales a recibir una educación religiosa o moral que esté de acuerdo con las convicciones que poseen, lo que también está protegido por la propia Constitución y los tratados a ella incorporados.

Ataca a la Corte de Justicia de Salta en relación con su argumento mayoritario, entendiéndolo que por más que haya una religión que sea profesada por un significativo grupo de personas en su territorio, ello no es justificativo suficiente para que se vulneren derechos de las minorías.

El procurador, además de argumentar y aportar a la CSJN una visión del caso, se preocupa por encontrar una solución que permita conciliar lo sustantivo con lo material, proponiendo un sistema alternativo de enseñanza de esta materia que atienda a la diversidad de realidades que existen, lo que seguramente tendrá mayores costos para la familia y para el Ministerio de Educación, pero que, en la balanza de sacrificios, considera compensado por la ventaja de no vulnerar derechos fundamentales.

Por fin, su dictamen concluye con la declaración de constitucionalidad de la Constitución provincial y de la ley de educación de la provincia, salvo por el inciso ñ del art. 27, que prevé que la enseñanza religiosa deberá dictarse dentro del horario de clase. De la misma manera, considera que es inconstitucional la disposición 45/09 de la Dirección General de Educación Primaria e Inicial de Salta, por lo que finalmente agrega que debe ordenarse el cese de la enseñanza religiosa dentro del horario escolar y como parte de los planes de estudio en las escuelas públicas.

Respecto al dictamen, no han faltado críticas, como la realizada por Sofía Calderone (2017), quien ha considerado que no existe en sí una cuestión federal que habilite y justifique la intervención de la Corte Suprema y, apoyando la decisión de la Corte de Salta, considera que la educación religiosa forma parte de una educación integral, por lo que su confinamiento del horario escolar solo recabaría el derecho de aquellos que sí desean recibir dicha

formación, lo que redundaría en un desprecio de una tradición seguida desde antaño por la provincia de Salta.

III. EL CASO ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La causa fue resuelta por la CSJN el 12 de diciembre de 2017, en el marco de un año en el que este tribunal resolvió numerosos procesos que refieren a cuestiones constitucionales¹⁷, lo que ha dado cuenta de un cambio de óptica del Alto Tribunal en relación con cuestiones esenciales del ordenamiento jurídico argentino. Quizá, este cambio se ha debido a la renovación de su integración, sobre todo con la incorporación de juristas de reconocido prestigio ligados al mundo del derecho constitucional.

Un dato a destacar ha sido que el magistrado Carlos Rosenkrantz (uno de los dos últimos en incorporarse a la CSJN) se excusó de participar en la causa, por haber participado en la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), una de las actoras del amparo colectivo, al momento de comenzar el proceso.

La sentencia se dictó con una mayoría de tres ministros (Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda) y con un voto que expresaba una disidencia parcial del ministro Horacio Rosatti.

El análisis sustantivo de la sentencia, por su extensión, se realizará a través de diversos puntos que tratan de condensar la doctrina de la Corte al respecto.

1. UNA CUESTIÓN PROCESAL QUE NO ES UN SIN MÁS

Antes de realizar la inmersión en el contenido de la sentencia, no es un dato menor el hecho de que la Corte haya celebrado diversas audiencias públicas que han tenido como fin recabar argumentos y escuchar a la sociedad civil, antes de dictar su fallo.

Las audiencias públicas informativas fueron realizadas de conformidad a la Acordada 30/2007 de la Corte. Estas se llevaron a cabo los días 16, 17, 30 y 31 de agosto de 2017. Durante las tres primeras jornadas expusieron los amigos del tribunal (*amicus curiae*) que habían sido admitidos conforme a la Acordada 7/2013 de la misma Corte y en la última lo hicieron los

¹⁷ Entre otros, las causas *Ministerio de Asuntos Exteriores, Muiña* o *Schiffirin*, en las que el tribunal refirió a temas centrales como los límites del control de convencionalidad, la cuestión del cómputo de las penas de prisión de los genocidas de la última dictadura militar o la constitucionalidad de la propia Constitución Nacional luego de la reforma de 1994. Para profundizar, véase Carranza, 2017.

representantes de las partes, quienes fueron interrogados en relación con diversos aspectos de la controversia. Finalmente, tomaron la palabra los oradores designados como terceros voluntarios admitidos al proceso.

Tal cual se puede consultar en la página web de la CSJN¹⁸, los *amicus curiae* ascendían a un total de 35, entre los que se encontraban partidos políticos, asociaciones civiles, centros académicos, juristas, educadores, y personas de la sociedad civil¹⁹. Esta institución ha sido receptada desde hace poco tiempo, y ha sido considerada como un instituto que favorece la democracia deliberativa en el seno del tribunal (Mena Vázquez, 2010).

Ha de considerarse un acierto que la Corte utilice este instrumento en un caso controvertido como el que debió resolver, lo que concuerda con la presunción de la que partía Víctor Bazán (2006: 44) cuando afirmaba que el *amicus curiae* «puede entrañar un instrumento válido para funcionar en la resolución de cuestiones controversiales y que presenten significativos dilemas éticos o de otra índole, por ejemplo, de análisis constitucional de una normativa de importancia o sensibilidad públicas, en la que la decisión por recaer sea susceptible de marcar una guía jurisprudencial para otros casos pendientes».

Este recurso ha sido trascendente para la causa, ya que la sentencia de la Corte se esperaba para resolver este conflicto que afectaba a un sector de la sociedad salteña y, puede decirse, de otras provincias también. Así, hay que destacar la conveniencia de abrir las puertas del tribunal a la sociedad para poder aportar argumentos y posiciones en relación con el caso en abstracto y en particular.

2. UNA NACIÓN CATÓLICA APOSTÓLICA ROMANA: EL ALCANCE DEL ART. 2 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

La primera cuestión que trata de dilucidar la Corte Suprema es si es válida la afirmación que realiza la Corte de Salta, cuando afirma que «la Argentina está jurídicamente estructurada desde su fundación como una nación católica apostólica romana». Esta es una cuestión de trascendencia para la causa, por cuanto es el basamento sobre el que se asienta la argumentación de la sentencia que la CSJN tiene que controlar.

¹⁸ Disponible en: <http://bit.ly/2PQCE1V> (fecha de consulta: 11-07-2018).

¹⁹ Algunos de los textos que dieron lugar a las exposiciones se pueden consultar en internet. Por ejemplo, el del Centro de Estudios sobre Derecho y Religión de la Universidad Adventista de La Plata (disponible en <http://bit.ly/2B4AlzY>, fecha de consulta: 11-07-2018) o el del Centro de Estudios Legales y Sociales —CELS— (disponible en: <http://bit.ly/2B4rfn0>, fecha de consulta: 11-07-2018).

Para poder resolver esta cuestión, la Corte refiere a hechos históricos, ya que, en la Asamblea Constituyente de 1853, la cuestión emergió al debatirse el art. 2.º de la Constitución, el que, según ha quedado redactado (a modo de declaración), señala que «el gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano».

El segundo artículo de la Constitución no ha sido modificado a lo largo de la historia y se mantiene hoy en día tal cual fue redactado originariamente. Cabe destacar que, por ejemplo, en los debates de la reforma de 1860 (al reincorporarse Buenos Aires al Estado argentino) sí que quiso revisarse su redacción bajo propuesta del convencional Frías, pero otros convencionales como Portela o Sarmiento (quien llegó a ser presidente de la Nación) solicitaron que fuese retirada.

Frente a la propuesta llevada a cabo para la redacción del artículo, la Corte recuerda que no hubo un consenso, por cuanto, por un lado, existieron posturas conservadoras que sí apoyaban la forma en que se había escrito (por ejemplo, los convencionales José Benjamín Gorostiaga, Manuel Pérez, Manuel Leiva o Pedro Zenteno). Aun esto, existían convencionales liberales como Lavaisse (quien, incluso, era sacerdote), que pensaba que la Constitución no debía intervenir en las conciencias, sino reglar solo el culto exterior. Esta última posición tenía una gran influencia del Anteproyecto de Alberdi, de la cual los conservadores se apartaron, como lo señala Diego Botana (2018: 11).

La redacción actual, sin lugar a dudas, no establece una religión oficial del Estado, a diferencia de las propuestas que se habían visto en las Constituciones provisorias de 1819 o 1826, que no llegaron a surtir efectos normativos. Por ello, se ha dicho que «la confesionalidad de nuestro estado cabe en la tipología de la secularidad» (Bidart Campos, 2013: 542).

El debate en torno a este artículo se centra en el verbo utilizado: «sostener», lo que implica el acto de «sostenimiento económico» del culto católico por parte del Estado. Esta situación no la convierte, claro está, en una religión única, ya que «ningún culto reviste el carácter de religión oficial del estado argentino²⁰», cuestión que ya había sido resuelta desde antaño, cuando se afirmó que «la aludida norma constitucional se limita a privilegiar a la Iglesia Católica en sus relaciones con el Estado coadyuvando, a la vez, al sostén y protección económica de los gastos de ese culto, los cuales serían pagados por el tesoro nacional, incluidos en el presupuesto y sometidos, por consiguiente, al poder del Congreso²¹».

Ahora bien, la academia no ha tenido la misma opinión que desde antaño mantiene la Corte. Como lo ha afirmado el mayor constitucionalista

²⁰ Considerando 8.º de la sentencia de la CSJN.

²¹ Fallos 312: 122.

contemporáneo de Argentina, el verbo que se utiliza en el artículo «quiere decir dos cosas [...]: a) la unión moral del estado con la Iglesia, y b) el reconocimiento de ésta como persona jurídica de derecho público» (Bidart Campos, 2013: 544). El mismo autor ha sostenido que «el art. 2º tampoco tiene el alcance de establecer como obligación del gobierno federal la de subsidiar económicamente al culto católica», sino que esta constituye «una mera ayuda financiera» (Bidart Campos, 2013: 543).

3. EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD

El hecho de que Argentina no sea un Estado con religión oficial implica una cierta neutralidad esperable en relación a la materia religiosa, lo que claramente quedó sobre la mesa cuando, en 1994, por ejemplo, la reforma constitucional más profunda de la Carta Magna eliminó la necesidad de ser católico para acceder al cargo de presidente de la Nación.

En aquella oportunidad, además, se cambió la redacción de la llamada «cláusula del progreso» (art. 75, inciso 19 de la Constitución) para que el adelanto esperable a través de la legislación federal se realice sin discriminación alguna, garantizando la igualdad de oportunidades y la promoción de los valores democráticos. Además, en relación con la educación pública (cuestión central en este asunto), declaró específicamente que debería perseguir los principios de gratuidad y equidad.

En el debate sobre la reforma del artículo, según reseña la Corte, sí que hubo disenso en cuanto a si debía indicarse expresamente que la educación pública debía ser laica o no. En aquellos días, si bien hubo posiciones que propendían a su incorporación (por ejemplo, se pueden apreciar los discursos de los convencionales Del Bono, Gómez de Marelli, Sánchez García o Puiggrós), finalmente no se llegó a incorporar específicamente dicha reserva. Ahora bien, la Corte reseña específicamente que «más allá de estas posiciones sobre el modo en que los convencionales entendían que debía formularse la norma, todos aludieron al carácter laico de la educación pública, como un principio clave para asegurar la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna²²».

El contenido del principio de neutralidad que debe seguir el Estado — según la Corte— comprende la posibilidad de profesar o no libremente el culto en el ámbito escolar. Para llegar a esta conclusión recurre a la misma reforma constitucional de 1994, y presta atención al contenido de los tratados internacionales de derechos humanos como el art. 13, apdo. 3 del Pacto

²² Considerando 13.º de la sentencia de la CSJN.

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el art. 12, apdo. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o el art 18, apdo. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todo ello con la interpretación legítima de los órganos competentes para hacerlo.

Esta neutralidad esperable del Estado es, según Gil Domínguez (2017: 2), muestra del paradigma secular con tendencia a la laicidad argentino o, como le da en llamar, «modelo aconfesional», lo que, según él, «se vincula con la actitud de equidistancia e imparcialidad que el Estado está obligado a sostener frente a los exponentes individualizados del fenómeno religioso que no constituyen un ejercicio del derecho fundamental y del derecho humano a la libertad de religión y de conciencia de las personas o de las comunidades».

El resultado de la argumentación a la que llega la Corte es que esta neutralidad estatal no solo importa la no preferencia de una posición religiosa en particular, sino también «una faz de tolerancia hacia todos aquellos que quieran profesar su culto en el ámbito escolar²³». Si se usa esta óptica para analizar el art. 49 de la Constitución de Salta, claro está que no habría una conculcación de derechos, por cuanto esta sigue casi en su literalidad lo dispuesto por los instrumentos internacionales, con el aditamento que esta educación deberá ser prestada «en la escuela pública».

Para resolver, entonces, la constitucionalidad de la Constitución provincial, la CSJN ofrece la herramienta de la interpretación conforme, considerando que su entendimiento del caso «ofrece una lectura que armoniza de manera razonable la norma provincial con la Constitución Nacional y la ampara por lo tanto de la tacha de inconstitucionalidad alegada por los recurrentes²⁴».

Su interpretación lleva, en el considerando 16.º de la sentencia, a ampliar los efectos de la constitucionalidad al inciso m del art. 8 de la ley provincial de educación 7546, que simplemente reproduce lo descrito en la Constitución. Claro está, sería incongruente la decisión, si no se llegase al mismo resultado.

4. LA REGLAMENTACIÓN DE LA ENSEÑANZA RELIGIOSA EN LAS ESCUELAS PÚBLICAS Y LA DOCTRINA DE LA CATEGORÍA SOSPECHOSA

Salvada la constitucionalidad de los dos primeros pedidos de las accionantes, resta el escollo del inciso ñ del art. 27 de la mentada ley, que reglamenta el derecho establecido en la Constitución de la provincia.

²³ Considerando 14.º de la sentencia de la CSJN.

²⁴ Considerando 15.º de la sentencia de la CSJN.

La disposición a analizar indica: «Son objetivos de la Educación Primaria en la provincia de Salta: [...] ñ) Brindar enseñanza religiosa, la cual integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos. Los contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa».

El meollo del asunto redunda en analizar si este artículo vulnera o no los principios de igualdad y no discriminación que derivan del art. 16 de la Constitución Nacional, cuya interpretación refiere a que todos los iguales deben ser tratados de igual manera, siempre que exista igualdad de condiciones.

El examen, por tanto, debe realizarse cuidadosamente, ya que hay que tener presente que la igualdad se da dentro de un grupo de pertenencia y, por ello, este estudio debe ser más estricto que cualquier otro posible, ya que quienes se encuentran bajo la posible afección de derechos fundamentales son, ni más ni menos, niños.

Por lo apuntado, la Corte precisa que debe adentrarse al asunto bajo la óptica de la doctrina de las «categorías sospechosas», invirtiendo la carga de la prueba, siendo así el Estado provincial demandado quien debe probar que la diferencia que ha realizado con base en la ley se encuentra justificada al ser el medio menos restrictivo para cumplir el fin que se persigue. Como bien señala la CSJN, «el fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas es revertir la situación de desventaja en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico en razón de muy variadas circunstancias como, por ejemplo, razones sociales, étnicas, culturales, religiosas, entre otras²⁵».

En el caso, la cuestión sospechosa puede parecer no clara o aparentar ser neutra, ya que la redacción no establece *prima facie* diferenciación alguna. Ahora bien, en estos supuestos, la Corte es tajante señalando que hay que dar un paso más: hay que analizar la forma en que se implementa la norma para dilucidar claramente si hay o no una inconstitucionalidad *de facto*.

Claro está, si se comprueba que, en la práctica, existen desigualdades, hay que realizar un segundo paso en el análisis, que implica identificar si la necesidad de diferenciación está suficientemente justificada, ya que, de lo contrario, «la norma aparentemente neutra resultará inconstitucional por afectar el principio de igualdad y no discriminación²⁶».

En casos en los que la práctica resulta inconstitucional, la declaración debe atacar también al nudo gordiano que la ha causado, esto es, a la norma

²⁵ Considerando 19.º de la sentencia de la CSJN.

²⁶ Considerando 22.º de la sentencia de la CSJN.

misma, que es lo que la Corte tratará de realizar al analizar la prueba y verificar que el inciso ñ del art. 27 de la ley de educación provincial es el motor originario de la desigualdad y discriminación. Esta declaración debe hacerse extensiva, además, a la Disposición 45/09 de la Dirección General de Educación Primaria e Inicial provincial, que materializa el contenido legal.

La relación causa-efecto, que deriva de la norma-praxis, es la cuestión central sobre la que diferirá, en su momento, el voto particular, como se verá más adelante.

5. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y EL CONTEXTO SOCIAL

La Corte valora la prueba aportada a lo largo del expediente y toma en consideración algunos supuestos fácticos, como que la religión católica es profesada por la mayoría de la población salteña, a lo que da en llamar el «contexto social» de la causa.

Es tajante la CSJN al afirmar que «las constancias de la causa demuestran que en numerosas escuelas públicas salteñas se ha adoctrinado a los alumnos en el catolicismo²⁷». No lo hace sin motivos, ya que toma en consideración las numerosas cuestiones acreditadas al respecto a lo largo del proceso, de las que da cuenta.

Las pruebas de la causa demostraron que no solamente se enseñaba religión católica en el horario habilitado a tal fin, sino que las prácticas excedían el espacio áulico y se desarrollaban en otras instancias de la jornada escolar, lo que afirma la existencia de «patrones sistemáticos de trato desigualitario hacia grupos religiosos minoritarios y hacia los no creyentes²⁸».

Es esta cuestión material la que suscita el control de constitucionalidad de la ley provincial, la que claramente no se amolda al texto máximo, por cuanto bajo una aparente neutralidad tiene decisivos efectos discriminatorios, violando así los derechos fundamentales al no orientar e inspirar las políticas hacia una educación inclusiva que priorice la plena igualdad de oportunidades.

6. OTROS (IMPORTANTES) DERECHOS EN JUEGO

En el marco de la causa, además de los derechos derivados de los principios de igualdad y no discriminación, hay otros tantos que se encuentran en juego. Por ejemplo, el derecho al silencio, que permite que las personas se

²⁷ Considerando 25.º de la sentencia de la CSJN.

²⁸ Considerando 26.º de la sentencia de la CSJN.

reserven sentimientos, ideas, acciones y conocimientos que no desean compartir públicamente, lo que se ve afectado por la necesidad de dejar constancia de la opción religiosa que se realiza a través del formulario proveniente de la disposición ministerial. Este «no decir» forma parte de la libertad de conciencia, una de las dos patas junto con la libertad de culto, de la libertad religiosa (Bidart Campos, 2013: 549).

Por otra parte, se afecta el derecho a aprender, el que podría amoldarse a lo dispuesto en la Constitución provincial si se recibieran, como plantea la Corte, contenidos de historia y filosofía de las religiones dentro del plan de estudios y en horario escolar, siempre que su exposición sea objetiva y neutral, cuestión que se desprende directamente de la observación general n.º 13, numeral 28, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En el sentido de lo expuesto, la Corte expresa una opinión acorde con los tiempos que corren: «Si desde la escuela se promoviera una aproximación histórica y cultural de las religiones, muchos estereotipos se derrumbarían desde la más temprana edad²⁹». Estas palabras vertidas en la sentencia son aplaudidas por esta tribuna, ya que significan el reconocimiento judicial de una realidad social objetiva.

Lo planteado no es baladí, sobre todo cuando la sociedad avanza en un mundo globalizado e interconectado, donde es necesario abrir la mente frente a nuevos horizontes y propiciar la tolerancia y respeto mutuo. La escuela debería ser un espacio donde se estudien cultura y religión conjuntamente, ya que estas

[...] son dos aspectos esenciales de la persona humana. La historia evidencia una indisoluble unión entre ambas. Las religiones forman parte de la cultura, así como la riqueza cultural de un país está impregnada de lo religioso. Conocer mejor la cultura ayuda a comprender mejor la religión e inversamente. Guardan estrechas conexiones y ambas apelan al núcleo de la identidad personal y social del ser humano, por lo que son elementos importantes en la conciliación de las identidades grupales para alcanzar la cohesión social (Vega Gutiérrez, 2014: 27).

En relación a la libertad de los ciudadanos de expresar su culto es claro que la doctrina de la CSJN apoya su proyección. Ahora bien, en lo que respecta al argumento del acceso a conocimientos de la religión católica que podría afectar a niños desfavorecidos si no se enseña en las escuelas públicas (tal cual lo sostenía el *a quo*), la Corte exige un juicio de ponderación razonable, por cuanto no se puede favorecer un derecho de manera ilimitada y, por ello, lesionar los derechos de otros grupos que se someten a una situación desventajosa.

²⁹ Considerando 35.º de la sentencia de la CSJN.

La privacidad, que constituye el más íntimo espacio del ser humano, cuya infracción, tal cual lo señala la sentencia, podría «abrir una grieta en el sistema de derechos fundamentales³⁰», también se ve afectada. La religión es algo privado y no son tolerables las políticas de los poderes públicos que exijan romper el halo de intimidad para expresar cuál es, por ejemplo, el sentimiento religioso, si es que se posee.

Para salvaguardar los derechos fundamentales será necesario analizar el costo-beneficio de llevar a cabo una educación religiosa en escuelas públicas, por la afcción de derechos fundamentales que ello puede ocasionar. Esta cuestión —considera la Corte— puede salvarse si se cumplen dos requisitos: en primer lugar, que la educación religiosa sea neutral y objetiva, y en segundo lugar, que se realice fuera del horario de clases.

7. LA DISIDENCIA PARCIAL

El ministro Horacio Rosatti, constitucionalista, ha sido uno de los dos últimos miembros en incorporarse a la Corte. Como se ha recalcado, esta incorporación ha supuesto nuevos aires de pensamiento, que se reflejan claramente en esta sentencia, a través de un voto que expresa una disidencia parcial.

En su análisis coincide con el voto mayoritario acerca de que se ha acreditado suficientemente que el Estado provincial no ha garantizado la enseñanza simultánea de varias religiones en las escuelas públicas, sino que ha ponderado la enseñanza de la educación católica, tornando a la ley inconstitucional tanto en su ejecución como en su aplicación.

7.1. *La educación religiosa que no vulnera la Constitución*

Del voto llama la atención la dedicación puesta en la argumentación tendente a dilucidar cómo debería desarrollarse la enseñanza religiosa en las escuelas públicas para no ir en contra de lo establecido en la Constitución. Así, considera que esta debe:

- a) ser el resultado de un proceso que garantice la participación de la familia y la sociedad en el diseño y control de los programas de estudio; b) asegurar la igualdad de oportunidades y posibilidades de los cursantes, sin discriminación alguna; c) promover —mediante sus contenidos y los métodos pedagógicos utilizados— los valores

³⁰ Considerando 37.º de la sentencia de la CSJN.

democráticos, dentro de los cuales destaca el libre desarrollo de las ideas y la forma de vida (autonomía) y el respeto por la diversidad (pluralismo)³¹.

La participación de la familia en este proceso de diseño curricular va de la mano del derecho que tienen los padres a orientar religiosamente la educación de sus hijos, según sus propias convicciones, lo que concuerda con el contenido derivado de los tratados internacionales, como la Convención de los Derechos del Niño, específicamente su art. 5.º, como lo afirman Navarro Floria (2018) u Olmos Ortega (2014).

En su análisis, el magistrado realiza un recorrido por el derecho comparado tratando de precisar algunos casos en los cuales la enseñanza religiosa en las escuelas públicas es obligatoria, otros en los cuales es opcional, y otros en los que no verifica su existencia. Este análisis se circunscribe al ámbito europeo y latinoamericano, quizá por la cercanía de los ordenamientos jurídicos.

Del mismo modo, analiza el derecho público provincial para interpretar el margen que poseen las provincias en su diseño constitucional, de conformidad con la autonomía derivada de la Constitución Nacional. Así, identifica algunas provincias que han previsto expresamente la educación religiosa en establecimientos educativos públicos conforme a las creencias de los padres y/o tutores (art. 144, inciso 2 de la Constitución de Tucumán, y art. 270 de la Constitución de Catamarca) y otras en las cuales se prevé la posibilidad de impartir la misma enseñanza, pero fuera del horario de clases (art. 24 de la Constitución de La Pampa y art. 75, inciso 4 de la Constitución de San Luis).

Por otra parte, señala que la Constitución de Córdoba, en su art. 62, inciso 5, refiere al derecho de los padres a que sus hijos puedan recibir educación religiosa o moral, según sus convicciones, y recuerda que hay otras provincias en las que expresamente se indica que la educación pública es laica o no confesional, como Entre Ríos (art. 258), Mendoza (art. 212), Neuquén (art. 110) o San Juan (art. 80).

En este marco normativo —según el magistrado—, la elección de Salta en nada vulnera la Constitución Nacional, al ser esta decisión adoptada dentro de lo que da en llamar «margen de apreciación provincial» (algo así como una versión criolla del «margen de apreciación nacional»), lo que «permite entender (y convalidar) que ciertas jurisdicciones de nuestro Estado federal pongan énfasis, así como sucede en materia religiosa, en la enseñanza de temas tales como el fomento del espíritu asociativo y cooperativo, el conocimiento

³¹ Considerando 11.º del voto en disidencia parcial del magistrado Horacio Rosatti en la sentencia de la CSJN.

especial de la historia, cultura y geografía locales, la productividad basada en las características regionales, entre otros³²».

7.2. Libertad religiosa y educación: el diseño curricular como parámetro de constitucionalidad

La libertad religiosa y el derecho a la educación juegan un binomio difícil de resolver. Al respecto, el magistrado considera que debe existir un reconocimiento armónico de las dos dimensiones de esta libertad (negativa y positiva), lo que implica la posibilidad del ejercicio del derecho a recibir o a no recibir educación religiosa alguna.

Sumado a lo expuesto, entran en juego las cuestiones de minorías y mayorías, que enfrentan al jurista ante una situación difícil de resolver. Considera que no hay que hacer prevalecer mayorías sobre minorías, pues ello se traduciría en una minimización y/o aniquilamiento del derecho de alguno de los sectores en pugna, en lugar de favorecer su máxima expansión posible.

De la confrontación de la cuestión legal con la constitucional, considera que estas materias deben aportar conocimientos generales de creencias y valores, junto con un análisis de los hechos e hitos históricos que sustentan a las distintas religiones existentes. Ello propendería al diálogo y permitiría una construcción actitudinal de ciudadanía desde una temprana edad. Por ello, se exige neutralidad del Estado al diseñar e impartir estas materias.

Lo anterior es el núcleo de su posición particular, lo que se complementa con el pensamiento de que estas asignaturas deben ser diseñadas participativamente, escuchando a padres y tutores, en el marco de un proceso de educación integral. Si se siguiesen estos parámetros —considera el ministro—, la discusión sobre si se dictan dentro o fuera del horario de clases se torna irrelevante.

Este mismo análisis de la conveniencia de la enseñanza de las religiones (que no religiosa) en las escuelas públicas ha sido objeto de estudio, también, por Juan G. Navarro Floria (2018: 2), quien ha dicho al respecto:

Existe un muy amplio consenso en el mundo, que sólo mentes obtusas y engeguicidas por un anacrónico espíritu antirreligioso pueden desconocer, respecto de la necesidad de que en la educación escolar se incluya enseñanza acerca de las religiones. La historia, la política actual, el arte, la música, la literatura, son incomprensibles sin un conocimiento mínimo de las religiones. De su historia, sus principales exponentes, los hechos significativos de su desarrollo, sus símbolos. Todo esto puede ser perfectamente objeto de estudio como lo es la geografía o la botánica. Y como tal,

³² Considerando 18.º del voto en disidencia parcial del magistrado Horacio Rosatti en la sentencia de la CSJN.

como materia de estudio, no demanda la adhesión de nadie, no apela a la fe ni al corazón, sino solamente a la razón.

La discrepancia, también, se centra en que considera que no existe, en la norma, una «categoría sospechosa», tal cual se afirmó en otras instancias y en el voto de la mayoría. Ahora bien, sí que concuerda respecto a que en la práctica han existido vulneraciones de los derechos fundamentales, con clara discriminación entre el alumnado. Su argumento, entonces, se basa en no seguir la línea de razonamiento aportada por la mayoría.

La inconstitucionalidad, entonces, es fáctica, por cuanto se encuentra acreditado con suficiente constancia que ha sido la puesta en práctica de la ley lo que ha significado una afrenta a la Constitución y su contenido. No considera que exista una inconstitucionalidad normativa, pues, según afirma, el reproche de los actos no puede acarrear un reproche a la norma.

7.3. *El fallo en disidencia*

Apartando los puntos II, III, IV y V del considerando 34.º del voto del ministro, es posible advertir una serie de cuestiones que llaman la atención. En primer lugar —y como corolario de su pensamiento—, no encuentra inconstitucionalidad en ninguna norma provincial, a diferencia del voto de la mayoría, que sí la declara respecto al inciso ñ del art. 27 de la Ley 7546 y de la Disposición 45/09 de la Dirección General de Educación Primaria y Educación Inicial de Salta.

La consideración de inconstitucionalidad se refiere, por el contrario, a las prácticas que han implicado una prevalencia de un culto sobre los demás y que han discriminado a quienes no profesan cultos o profesan alguno distinto al católico. Considera inconstitucionales, asimismo, la imposición de ritos religiosos y la coerción para expresar la posición personal frente al fenómeno religioso, sea de modo directo o a través de sus padres o tutores. Todo ello ha vulnerado los arts. 14 y 19 de la Constitución Nacional.

Considera, también, que hubo una inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad y no discriminación (art. 16 de la Constitución) cuando se obliga a los alumnos a permanecer en el aula cuando se desarrollan clases de religión que no respetan las convicciones de sus padres o tutores.

Al ser estas prácticas inconstitucionales, el magistrado hace dos votos exhortativos al Ministerio de Educación provincial, para que, en el marco de una colaboración sin interferencias, instrumente las medidas necesarias para adaptar los contenidos curriculares de la materia y sus modalidades de implementación, y que disponga el cese de ritos religiosos durante la jornada escolar. También, exhorta a las autoridades locales y provinciales para que

controlen de manera sistemática el cumplimiento de las pautas fijadas en la sentencia.

Quizá, si este voto hubiera sido el de la mayoría, se hubiera enfrentado a un gran problema: la declaración de inconstitucionalidad es, en Argentina, para el caso en concreto. Frente a esta realidad, el magistrado plantea una expansión de efectos a toda la provincia que, si bien puede ser un canal para evitar futuras inconstitucionalidades, cierto es que rebalsa los límites del caso.

Por lo apuntado, el voto de la mayoría tiene más sustento normativo, ya que debido a la *vis expansiva* que poseen las sentencias de la Corte, de presentarse otros casos, no deberían los jueces inferiores apartarse de la doctrina sentada. Por ello, al declararse inconstitucional la norma que da origen a las prácticas, inevitablemente se deberían propiciar cambios legislativos que operen una actualización que se amolde a la Constitución.

Al solo declarar inconstitucionales las prácticas, pero no las normas, se puede llegar a un punto en el cual se pretende retorcer la interpretación de la ley hasta hacerla válida con los actos desarrollados por las personas.

IV. CONCLUSIONES

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Castillo* ha puesto sobre la mesa un debate que se viene gestando hace tiempo respecto a la relación entre el Estado y la Iglesia católica. Desde los albores de la independencia, ha sido un tema que ha generado filias y fobias y hoy en día sigue siendo una cuestión que genera diferencias entre distintos sectores de la sociedad.

El bloque de constitucionalidad en su conjunto permite, según la interpretación que se ha realizado, que la enseñanza de la religión se brinde no solo en las escuelas privadas que adoptan un credo determinado, sino también en las públicas. El hecho de que lo permita no implica una obligación de adopción por parte de todos los Estados provinciales ni es un reducto que provenga del sostenimiento debido a la Iglesia; por el contrario, forma parte del amplio margen de apreciación que poseen en su diseño constitucional, lo que va de la mano de una realidad social imperante en cada espacio del amplio territorio argentino.

La sentencia ha reflatado el problema de las inconstitucionalidades que devienen de la aplicación de una norma que vulnera derechos fundamentales por su amplio grado de inconcreción, lo que puede permitir al Gobierno —encargado de aplicar las políticas— hacer que la norma diga lo que aquella no dice o, al menos, no pretende decir.

Como se ve, lo que se refleja en las palabras del tribunal es un llamado a la sociedad a deliberar y a asumir decisiones adultas y responsables que no vulneren los derechos de los niños ni de los padres o tutores y, por ello, de la familia en su conjunto. La implementación de políticas públicas no puede ser un canal para corromper los derechos de una minoría so pretexto de la existencia en la sociedad de grupos mayoritarios. Argentina respira desde 1983 como sociedad democrática, donde hay que discutir estos importantes asuntos y atender a todas las realidades, no solo la de un sector numeroso de la población.

La decisión de la Corte defiende los derechos de un sector vulnerable de la sociedad: los niños y las niñas. Preserva a este colectivo de las discriminaciones y estigmatizaciones que a una edad temprana pueden representar las convicciones familiares, y llama la atención sobre ello, recordando que se deben construir, en la escuela primaria, valores cívicos y morales que sustenten la tolerancia y el respeto como premisas, tal cual lo presenta Luis Pietro Sanchís (2007).

La escuela debe ser un espacio en el que se puedan transmitir valores que provengan de la Constitución y, por ello, el Estado debe ser neutral en cuanto a la imposición de ideologías en el contenido de las diversas asignaturas que componen el currículo, sea la materia que sea. En este sentido, la posición del maestro Solozábal Echavarría (2007: 141) apoya el argumento.

Al respecto de lo apuntado, se han hecho actuales las palabras de un deseo expresado por Mariana Catanzaro (2017: 13), tiempo antes de dictarse la sentencia, cuando sostuvo:

Será esta la oportunidad para que la Corte Suprema de Justicia de la Nación instruya recordando cuáles son los propósitos para la escuela pública. Debiera darse una sentencia ejemplar, desechando cualquier distinción y en cambio fomentar la inclusión y el respeto por las individualidades y los derechos humanos. De modo contrario, el riesgo será que las minorías no gocen de los mismos beneficios de la mayoría, sino que sufran la tiranía de la mayoría.

Por fin, esta tribuna aplaude la decisión de la Corte, que trata de lograr una salida coherente para la educación religiosa en las escuelas públicas, cual es la de que esta materia, siempre bajo la premisa de la neutralidad y asumiendo las distintas realidades de los creyentes, sea dictada fuera del horario escolar, realizando así un esfuerzo cuyo coste es increíblemente inferior que el quebranto de los derechos.

Bibliografía

Bazán, V. (2006). El *amicus curiae* en el Derecho Comparado y su instrumentación reglamentaria por la Corte Suprema de Justicia Argentina. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 10, 15-50.

- Bidart Campos, G. J. (2013). *Manual de la Constitución Reformada* (tomo I). Buenos Aires: Ediar.
- Botana, D. (2018). Religión y neutralidad en los orígenes de nuestra Constitución. Comentarios a propósito del fallo *Castillo*. *La Ley Online*, AR/DOC/162/2018.
- Calderone, S. (2017). La educación religiosa en las escuelas públicas ante la Corte: comentarios al dictamen de la Procuración General de la Nación. *La Ley Online*, AR/DOC/2475/2017.
- Calvo Espiga, A. (2017). Religión y poder político: una perspectiva histórica. En M. Á. Asensio Sánchez et al. *Fenómeno religioso y ordenamiento jurídico* (pp. 13-47). Tecnos: Madrid.
- Carranza, G. G. (2017). Una nueva óptica sobre el control de convencionalidad en Argentina. Comentarios a la resolución de la Corte Suprema de la nación en el asunto *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto*. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 21, 161-185.
- Catanzaro, M. (2017). El caso de la educación religiosa en las escuelas públicas de Salta. Reflexiones tras las audiencias ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Microjuris*, MJ-DOC.12297-AR / MJD12297.
- Gelli, M. A. (2011). *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*. La Ley: Buenos Aires.
- Gil Domínguez, A. (2017). Neutralidad estatal, y libertad religiosa y de conciencia. *La Ley Online*, AR/DOC/2233/2017.
- Mena Vázquez, J. (2010). El *amicus curiae* como herramienta de la democracia deliberativa. *Revista Justicia Electoral*, 1 (6), 173-196.
- Navarro Floria, J. G. (2018). El derecho de los padres a educar a sus hijos. Reflexiones a partir del caso *Salta*. *La Ley Online*, AR/DOC/2979/2017.
- Olmos Ortega, M. E. (2014). El derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral de sus hijos. En I. Cano Ruiz (ed.). *La enseñanza de la religión en la escuela pública* (pp. 19-41). Comares: Granada.
- Pietro Sanchís, L. (2007). La escuela (como espacio) de tolerancia: multiculturalismo y neutralidad. En A. López Castillo (ed.). *Educación en valores. Ideología y religión en la escuela pública* (pp. 51-70). Madrid: CEPC.
- Pinaccio, Á. C. (2017). El amparo colectivo. *Microjuris*, MJ-DOC-10744-AR / MJD10744.
- Solozabal Echavarría, J. J. (2007). La enseñanza de valores entre la libertad ideológica y el derecho a la educación. En A. López Castillo (ed.). *Educación en valores. Ideología y religión en la escuela pública* (pp. 137-146). Madrid: CEPC.
- Vega Gutiérrez, A. M. (2014). Diversidad, religión y cultura en la educación. En A. M. Vega Gutiérrez (coord.). *La gestión de la diversidad religiosa en el sistema educativo español* (pp. 27-71). Thomson Reuters Aranzadi: Madrid.

UN DIAGNÓSTICO CONSTITUCIONAL DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA

A constitutional diagnosis of transitional justice in Colombia

GERARDO RUIZ-RICO RUIZ¹

Universidad de Jaén

gruiz@ujaen.es

Cómo citar/Citation

Ruiz-rico ruiz, G (2018).

Un diagnóstico constitucional de la justicia transicional en Colombia.

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 22, 133-164.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.22.05>

Resumen

Los Acuerdos de Paz firmados en 2016 entre el Estado y las FARC han abierto una etapa histórica en Colombia. La justicia transicional se ha convertido en un instrumento fundamental para la consolidación de la paz y la conciliación en el seno de la sociedad colombiana. A diferencia de la justicia penal ordinaria o institucional, los métodos procesales y sancionatorios que utiliza tienen una finalidad esencialmente restaurativa; no persiguen el castigo sino la reparación de los derechos de las víctimas. El Acto Legislativo aprobado en 2017 en Colombia ha implantado un sistema integral de justicia transicional, compuesto de una Comisión de la Verdad, una Unidad de Desaparecidos y una Justicia Especial para la Paz. La Corte Constitucional colombiana está marcando las condiciones y los límites para la implementación de la justicia transicional.

¹ Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Jaén. Ha sido director de la Fundación Tres Culturas del Mediterráneo.

Palabras clave

Justicia transicional; constitución; Colombia.

Abstrac

The Peace Agreements signed in 2016 between the State and the FARC have opened a historic period in Colombia. Transitional Justice has become a fundamental instrument for the consolidation of peace and conciliation within Colombian society. Unlike ordinary or institutional criminal justice, the procedural and sanctioning of Transitional Justice have an essentially restorative purpose; they do not pursue punishment but the reparation of the rights of the victims. The Legislative Act approved in 2017 in Colombia has implemented an Integral System of Transitional Justice, composed of a Truth Commission, a Disappeared Unit and a Special Justice for Peace. The Colombian Constitutional Court is setting the conditions and limits for the implementation of transitional justice.

Keywords

Justice, Constitution, transition, conflict, Colombia.

SUMARIO

I. PRINCIPALES COORDENADAS DEL ITINERARIO DE UNA TRANSICIÓN HACIA LA PAZ EN COLOMBIA. II. LOS PARÁMETROS CONSTITUCIONALES QUE DELIMITAN LA JUSTICIA TRANSICIONAL. III. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PAZ COMO PRESUPUESTO LEGITIMADOR DEL PROCESO DE PAZ Y LOS ACUERDOS DE 2016. IV. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA PARA LA INCORPORACIÓN DE UN SISTEMA DE JUSTICIA TRANSICIONAL. V. EL PAPEL DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PROCESO HACIA LA PAZ Y LA MATERIALIZACIÓN DE LOS ACUERDOS EN EL POSCONFLICTO. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. PRINCIPALES COORDENADAS DEL ITINERARIO DE UNA TRANSICIÓN HACIA LA PAZ EN COLOMBIA

El camino hacia la paz en Colombia no ha concluido del todo mientras continúen en activo algunos grupos armados; y especialmente cuando todavía se están implementando por el Gobierno de ese país las medidas previstas en los Acuerdos de Paz de La Habana (septiembre de 2016). Sin embargo, en la actualidad se ha consolidado ya un escenario de posconflicto, donde se inscribe una serie de iniciativas legislativas y gubernamentales, además de un importante número de resoluciones de la Corte Constitucional, de enorme trascendencia para el futuro de la sociedad y el Estado colombianos². El camino hacia la completa pacificación está sujeto aún a compromisos pendientes de ejecución, tanto en la esfera legislativa como en el ámbito de las políticas sociales que ponga en marcha el Estado. Existen de este modo demasiados márgenes de inseguridad en cuanto al momento y los efectos de su definitiva conclusión. El itinerario del proceso de paz se extiende en un dilatado espacio de tiempo, en el que sobresale a su vez una serie de iniciativas políticas, cuya

² En el proceso hacia la paz y la materialización de los acuerdos en el posconflicto la Corte Constitucional colombiana está jugando un papel esencial. Entre sus pronunciamientos más representativos se pueden mencionar las sentencias C-579, 2013, y C-577, 2014 (sobre el Acto Legislativo 1 de 2012), C-379/16 (referéndum sobre el Acuerdos de Paz de la Habana, o C-699/16, sobre el denominado *Fast Track*).

legitimidad va a ser con frecuencia objeto de evaluación por la Corte Constitucional. Sobre ambas esferas jurídicas centraremos el presente análisis.

El principio de la solución del conflicto cabría fijarlo en las últimas negociaciones con las FARC que impulsa el Gobierno colombiano, y que llevan a la aprobación del Acto Legislativo 1/2012, conocido como Marco Jurídico para la Paz³. La norma en cuestión se configuraría como una reforma constitucional, en el marco de la cual se introducirá un conjunto de indicadores, principios e instrumentos característicos de la denominada como «justicia transicional⁴»: la creación de una Comisión de la Verdad, establecimiento de unas pautas de selección para el procesamiento de los autores de delitos, así como la exclusión para autores no considerados como máximos responsables, y especialmente la adopción de penas alternativas y sanciones extrajudiciales. El Acto Legislativo en cuestión representaría un paso determinante del proceso de paz, ya que facilitaba la negociación que seguidamente se abriría entre Gobierno y FARC, y que concluyó con la firma de los Acuerdos de La Habana en agosto de 2016 (Huérfano-Rueda e Isaza-González, 2017: 164). Pero antes de esa fecha, el Estado colombiano va adoptar además una decisión que será determinante para el éxito de las negociaciones; los pactos que se alcanzarían en las negociaciones con los grupos armados adquirirían finalmente un valor jurídico como canon de constitucionalidad⁵. De esta forma los Acuerdos de Paz no solo condicionarían en adelante el contenido de cualquier iniciativa

³ Con anterioridad, la Ley de Justicia y Paz de 2005 había previsto ya algunas especialidades procesales, pero no un verdadero sistema de justicia especial transicional, que sin embargo sí está presente en la Ley de víctimas (L. 1448) de 2011. En esta otra norma sí se articulan unos procesos especiales e instrumentos extrajudiciales, con el objetivo de favorecer la reconciliación, la verdad y la paz, mediante la «reparación integral» (art. 8) de los daños causados a las víctimas del conflicto armado.

⁴ Tomando como fundamento el derecho a la paz (art. 22), se procede con este acto legislativo a introducir un nuevo artículo transitorio 66 en la Constitución Política de Colombia.

⁵ Su valor jurídico-constitucional va a quedar apuntalado de forma explícita por el Acto Legislativo 1 de 2016. Su art. 4 señalaba que, tras su firma y entrada en vigor, «ingresará en sentido estricto en el bloque de constitucionalidad para ser tenido en cuenta durante el período de implementación de mismo como parámetro y referente de desarrollo y validez de las normas y las Leyes de Implementación y Desarrollo del Acuerdo de Paz». No creemos que el valor que les otorga este precepto suponga la concesión de un estatus superior incluso al de la Constitución Política de 1991, si bien la duda se plantea cuando se les dota de una «rigidez» —diríamos— excepcional, en virtud de la cual se prohíbe su derogación o modificación a través del desarrollo normativo, tanto constitucional como legislativo, que se apruebe por el Congreso. En todo caso,

política o legislativa que se adoptara por Gobierno y Parlamento; también implicaban la obligación para la propia Corte de interpretar y acomodar todo el ordenamiento jurídico a este nuevo «bloque de constitucionalidad», cuyo contenido sería fijado con los compromisos alcanzados en aquellos acuerdos (Olano-García, 2016: 9)⁶, al que habría que sumar la jurisprudencia elaborada por las Altas Cortes internacionales encargadas de aplicar las principales normas del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, en especial la Corte Interamericana (Prieto San Juan, 2018).

El proceso hacia una pacificación total y estable continuó con la organización de diversas mesas de diálogo (Oslo, Noruega), y finalmente la más decisiva en La Habana, donde se llegó a negociar (2013-2014) una serie de puntos —como la reforma agraria (Pérez Sola, 2018: 327)⁷ y los derechos de participación política⁸— con los que se prepararía el camino para la firma de los Acuerdos. Durante esta etapa previa e inmediata a la firma de la paz, se aprueban algunas normas legislativas y se adoptan resoluciones institucionales que sin duda facilitarían el acercamiento de las posiciones del Estado y las FARC⁹.

no parece aceptable atribuir a los actores que participaron en las negociaciones de La Habana el carácter de auténtico *poder constituyente*.

⁶ Sin embargo, de este modo no quedaba descartada por completo la posibilidad de que se produjeran conflictos entre los máximos órganos de la justicia ordinaria y la propia Corte Constitucional, con los órganos jurisdiccionales instituidos *ex novo* por la justicia transicional, creada al efecto para implementar los Acuerdos de Paz.

⁷ Entre los aspectos que fueron objeto de negociación se planteó ya la necesidad de vincular la paz a una reforma agraria en Colombia, a través de la cual se facilitara el acceso de los campesinos a la propiedad de la tierra, la creación de una jurisdicción agraria que protegiera los derechos de propiedad y la imposición como criterio prevalente del interés común; además de la aprobación futura de instrumentos de planificación en materia de vivienda, educación e infraestructuras.

⁸ La necesidad de integrar a los grupos armados en los canales de participación política propios de un Estado democrático de derecho se convertiría en un objeto prioritario para consolidar la pacificación en Colombia. De este modo, se trazan desde el principio unas líneas de intervención, orientadas a reforzar la democracia y el pluralismo; la metodología para alcanzar esas metas era, asimismo, diversa: facilitar el ingreso de otras fuerzas políticas en las instituciones representativas, potenciar la participación de la ciudadanía a través de las organizaciones y movimientos sociales, y la reserva de un cierto número de «curules» en las Asambleas legislativas (Cámara de representantes y Senado) para los representantes de la guerrilla.

⁹ Se pueden mencionar, entre otras, la decisión del Consejo de Estado (Sentencia 2001, de 29 de abril de 2015) que rechazaría la consideración de las FARC como grupo terrorista; la Ley 1475, de 2014, sobre la regulación y desarrollo de referendos presi-

Pero para evitar potenciales y futuras situaciones de bloqueo en esta otra esfera, se decidió aplicar una técnica que legitimaba la superioridad normativa de lo acordado en un escenario político, no solo ante el legislador y cualquier otra autoridad pública del Estado, sino incluso frente a la propia Constitución política de 1991. Se pretendió así «blindar» jurídicamente los Acuerdos, otorgándoles un valor como *bloque de constitucionalidad*; un planteamiento —más tarde modificado— que tenía unas implicaciones en la esfera jurisdiccional, ya que otorgaba un ámbito competencial a la justicia transicional prácticamente inmune al control de constitucionalidad.

El texto pactado por las partes en conflicto sería firmado en La Habana, y posteriormente sometido a consulta popular (plebiscito) el 2 de octubre de 2016. Podría pensarse que su utilidad *a priori* se centraba en diseñar un mecanismo contra posibles bloqueos (gubernamentales y jurisdiccionales) en el momento posterior y decisivo de la implementación de los acuerdos (Díaz Gamboa, 2016: 150-158), aunque paradójicamente el fracaso¹⁰ que se produce la primera y única vez que se activó dejaría en evidencia que existía un riesgo de instrumentalizar la legitimación democrático-popular «directa» para objetivos antagónicos a los de los Acuerdos de Paz.

El triunfo del «no» en el plebiscito forzaría una revisión de su contenido. Ciertamente la escasa participación y la exigua mayoría del electorado que se había pronunciado en contra de su aprobación —50,21 % de los votos, con una participación por debajo del 50 % del electorado (37,44 %)— no proporcionaban suficiente legitimación político-constitucional como una

denciales para la terminación del conflicto; y la aprobación de una Ley de Orden Público que establecerá las zonas (las llamadas Zonas Veredales de Normalización) que permitirán el asentamiento y concentración de los miembros de las FARC durante el posconflicto. Cuentan positivamente también en este sentido decisiones adoptadas en la esfera internacional, como la de la Unión Europea, para la creación de un fondo de apoyo para el posconflicto; o la Resolución 2261 del Consejo de Seguridad de la ONU, en la que se decidió la creación de una misión política para la verificación del cese de hostilidades y la entrega de armas.

¹⁰ Ciertamente no puede calificarse de otro modo, si se toma como referencia el índice tan reducido de participación, así como el de electores que votaron afirmativamente en favor de la ratificación de los Acuerdos de La Habana. El número de ciudadanos con derecho a voto era de 34 899 945. La abstención fue muy elevada: 21 833 898, lo que representaba el 62,6 % del electorado colombiano. Los votos afirmativos fueron 6 377 482 (18,3 %), frente a los negativos, superiores en número: 6 431 376 (18,4 %). Lo cierto es por tanto que la diferencia a favor del «no» fue tan solo de 53 894 votos (0,2 % del conjunto del electorado).

mayoría para bloquear el proceso de paz¹¹. El escenario que se abrió tras el fracaso del plebiscito obligó a introducir una serie de modificaciones en los pactos inicialmente firmados en La Habana. Entre las más significativas, la vigencia temporal del sistema de justicia transicional de paz, que se fija ahora en unos diez años; asimismo, se establece la supremacía de la Corte Constitucional como jurisdicción «tutelar» que cerraría —después de intentarlo en dos instancias de apelación de la denominada Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)— las controversias suscitadas en la aplicación de las medidas gubernamentales para la implementación de los acuerdos; en esta línea se cancela también la concepción «constitucional» de los mismos acuerdos políticos¹².

II. LOS PARÁMETROS CONSTITUCIONALES QUE DELIMITAN LA JUSTICIA TRANSICIONAL

La creación de un sistema de justicia transicional obedece a la necesidad de hacer frente desde el Estado constitucional de derecho a una situación que desborda el sistema penal establecido por el ordenamiento colombiano para situaciones ordinarias y concretas en cuanto a su alcance material y subjetivo (Vega Martinis, 2017). En efecto, la producción «en masa» de delitos que afectan al núcleo fundamental de los derechos humanos y constitucionales exigía la búsqueda de una solución «adaptada» en el plano punitivo y jurisdiccional que ayudara a consolidar el proceso de paz.

La diversidad de metodologías, supuestos fácticos y procedimientos experimentados en diferentes latitudes y países (Duque Ayala, 2016: 19-44) para implementar un sistema de justicia transicional representa una dificultad para elaborar un aparato teórico que permita su aplicación de manera «global», sin tomar en consideración los particularismos de cada caso

¹¹ Se abre así una línea argumental (Marquand, 2016) que considera los Acuerdos de Paz una efectiva limitación al principio de soberanía estatal, al venir configurada aquella en la Constitución colombiana como un «derecho fundamental».

¹² Además de determinar claramente la responsabilidad principal del Gobierno en esta tarea. Se contemplan revisiones igualmente importantes que afectaban al ámbito subjetivo de la justicia transicional (también aplicable a policía y fuerzas armadas); la garantía de una integración «política» de los miembros de la guerrilla en el sistema institucional; la desaparición de la llamada «ideología de género» del texto inicial de los Acuerdos, sustituida por una referencia más neutral sobre los derechos de las mujeres víctimas del conflicto; la eliminación de la función acusatoria en los procesos de las organizaciones no gubernamentales, o, entre otras medidas más, la desaparición de jueces extranjeros en el futuro Tribunal de Paz.

concreto, determinantes para lograr un nivel óptimo de efectividad en su aplicación. Cabría señalar, no obstante, algunos rasgos generales comunes: *alternatividad* en el sistema sancionatorio, su complementariedad respecto de la justicia penal ordinaria, la temporalidad o el carácter esencialmente restaurativo de las medidas impositivas. En todo caso, se trata de un modelo de justicia basado en la *excepcionalidad*; tanto por los escenarios sociojurídicos que justifican su adopción como por la diversidad tipológica de medidas extraordinarias (procesos especiales y medidas extrajudiciales) en las que se va a concretar su aplicación.

No obstante, es imposible obviar la responsabilidad penal, en especial cuando se trata de supuestos de hecho en los que se han vulnerado frontalmente derechos humanos. De ahí que sea preciso *modular* los métodos de justicia transicional; indudablemente porque carece de legitimidad y justificación si se aplican ignorando unos estándares *nucleares* o mínimos de los derechos fundamentales constitucionalizados, o de esos mismos derechos consagrados en un plano convencional/internacional.

La justicia transicional «hacia la paz» es el resultado de un acuerdo de naturaleza política, cuya implementación requiere la creación de un marco jurídico especial¹³. El problema reside principalmente en delimitar los efectos que produce, así como los requisitos y condiciones que afectan a los dispositivos jurisdiccionales y sancionatorios que implica su puesta en práctica, y en especial en la relación que se entabla con el principio de constitucionalidad, cuya supremacía no puede ser eludida en ningún caso. Lo contrario supondría la apertura indirecta de un nuevo e «implícito» pacto constituyente, que se activa sin tener en cuenta los procedimientos de reforma tasados en la norma fundamental del Estado.

Así pues, como sostiene Ferrajoli (2016: 146-161), la «justicia transicional» se erige como un modelo de justicia necesaria para garantizar una «transición a la paz». Sobre esta identificación sustancial —justicia transicional y justicia para la paz— se conforma lo que sería su fundamental objetivo y

¹³ Efectivamente, partiendo de su carácter esencialmente político, los Acuerdos de Paz contienen en potencia una indudable normatividad que se proyectaría en un triple sentido: sobre las potestades presidenciales que podrían implementarlos; en la medida en que algunos de los compromisos adquiridos requerían la intervención legislativa del Parlamento, y finalmente, porque algunos de esos acuerdos exigían para su ejecución una reforma constitucional (Franco Osorio y Luján Devoz, 2017: 234). Pese al esfuerzo por dotar de eficacia jurídica vinculante a los Acuerdos, lo cierto es que esta última solo se adquiriría mediante las reformas administrativas, legislativas y constitucionales que garantizaban su integración plena en el ordenamiento de un Estado de derecho como el colombiano.

razón de ser. La existencia de una justicia transicional se justifica por el hecho de ser aplicada en un contexto político específico, como un instrumento que —temporal en su aplicación— favorece el tránsito en un contexto de especial trascendencia política y social.

La prioridad de la justicia transicional viene marcada por la consecución de un objetivo político, articulado en torno a la pacificación de una sociedad en conflicto y el reconocimiento y la garantía de los derechos de las víctimas. En ese sentido, la recuperación de la verdad se convierte en un requisito necesario para alcanzar la reconciliación de los sectores sociales enfrentados¹⁴.

La justicia transicional corre sin duda riesgos. Seguramente uno de los más sobresalientes tiene que ver con su eventual percepción como fórmula implícita con la que se logre la impunidad de quienes son culpables de actuaciones delictivas; en suma, una especie de amnistía encubierta¹⁵ potencialmente antagónica con el valor de la dignidad de los principales afectados por la violación de sus derechos fundamentales.

Entre los puntos de potencial colisión de la justicia transicional con una concepción que podríamos adjetivar ahora de derechos constitucional «tradicional», cabría destacar la que se puede producir entre las versiones material y positiva del principio/valor de la justicia¹⁶; y especialmente, la tensión por su potencial incompatibilidad con el derecho a la tutela judicial, visto este último desde una perspectiva y comprensión eminentemente jurisprudenciales. Así

¹⁴ Sobre la importancia de la verdad, parece difícil imaginar que se llegue a producir una verdadera y sólida reconciliación social, sin que se haya hecho un reconocimiento público y explícito por sus culpables de los hechos que hayan causado daños en los derechos e intereses de las víctimas. La obtención de la verdad se convierte así en un instrumento de la justicia transicional que permite alcanzar un «resarcimiento moral» —diferente del concepto tradicional de «daño moral»— con el que las víctimas se pueden sentir compensadas en parte por la lesión que han sufrido en sus derechos.

¹⁵ No obstante, la propia Constitución colombiana proporciona cobertura jurídica a la posible aprobación de indultos que tengan un carácter colectivo, cuando en su art. artículo. 150 (n. 17) autoriza al Congreso para «conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En caso de que los favorecidos fueren eximidos del responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar».

¹⁶ Utilizando el apoyo argumental que proporciona la Sentencia 20/1987 del Tribunal Constitucional español, se puede afirmar que el valor superior de justicia no puede entenderse al margen o de forma contrapuesta al ordenamiento positivo, hasta tal punto que pueda posibilitar el decaimiento de otra norma constitucional a favor de una determinada «justicia material» (Martínez Ruano, 2018: 37).

pues, ni la *bipolaridad* del valor constitucional de la justicia ni las diferentes dimensiones que configuran el derecho fundamental antes citado pueden ser obviadas con la adopción de un sistema especial de justicia transicional.

El catálogo de principios que derivan y en los que se fundamenta un Estado de derecho es de tal calibre constitucional que impide otorgar a aquella una prevalencia automática y sin las convenientes ponderaciones, todas ellas enmarcadas en la esfera de sus principios fundamentales: principio de legalidad (penal), seguridad jurídica, irretroactividad de las normas sancionatorias (y su versión inversa, como posible derecho a la retroactividad de las normas más favorables), sin olvidar tampoco los criterios de interpretación hoy generalizados como el de proporcionalidad y razonabilidad en la regulación y aplicación de las sanciones penales. De igual modo, es ineludible conciliar el derecho a la tutela judicial con la necesidad de garantizar en la esfera jurisdiccional los derechos de las víctimas; su naturaleza poliédrica exige, por tanto, una evaluación de los distintos planos en los que se compone este derecho jurisdiccional¹⁷.

Por razones como las anteriormente indicadas, la justicia transicional no puede llevarse a cabo sin la necesaria adaptación del orden constitucional. Este último desempeña un papel esencial de legitimación desde el cual se suministra la necesaria cobertura jurídica a la hora de adoptar los mecanismos procesales y disposiciones penales extraordinarios. De ahí que la «ductilidad» propia de las normas constitucionales, según Zagrebelsky, se presente como un elemento positivo en la operación de implementar los dispositivos excepcionales de este modelo especial de justicia. Estos imponen la necesidad de poner en marcha los procedimientos de revisión del texto constitucional¹⁸, con

¹⁷ Esos planos o dimensiones procesales fundamentales del derecho a la tutela judicial son perfectamente reconocibles en el art. 29 de la Constitución colombiana: debido proceso, principio de legalidad, retroactividad de la «ley permisiva o favorable», presunción de inocencia, asistencia letrada, derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, principio contradictorio, derecho al recurso.

¹⁸ Las situaciones de excepcionalidad constitucional han sido reguladas en los textos constitucionales con la finalidad para hacer frente a aquellas circunstancias que ponen en peligro el funcionamiento de las instituciones de un Estado democrático; mediante la declaración de algunos de esos estados de riesgo para la vigencia del orden constitucional se acepta la restricción temporal o suspensión de algunos de los derechos fundamentales. En cierto modo la justicia transicional implica también la aprobación de medidas de ese mismo carácter excepcional y temporal con las que se intenta resolver un escenario de limitación de derechos. Quizá la diferencia entre ambos modelos estriba en que la justicia de transición parece pensada no solo para volver a una situación de «normalidad constitucional», asegurando de este modo el ejercicio de los de-

la intervención en su caso del propio titular de la soberanía. En este sentido, una norma constitucional excesivamente rígida en sus posibilidades de reforma puede dificultar la aplicación de los dispositivos procesales y punitivos de la justicia transicional.

Alternativamente a los procedimientos que implican el ejercicio directo del poder constituyente, cabe igualmente recurrir a las Altas Cortes (Suprema ordinaria y Constitucional) para que, en el ejercicio de sus competencias de control de constitucionalidad, adopten aquellos criterios de *modulación* (Sagüés, 2014) que permitan adaptar a esas circunstancias extraordinarias el significado de los principios fundamentales que configuran el Estado constitucional de derecho; incluso si esa función «interpretativa» jurisprudencial pueda producir como resultado —inmediato o colateral— una mutación constitucional.

Pero como todo principio, valor o derecho de naturaleza constitucional, la justicia transicional no puede construirse sin que se hayan fijado unos límites aplicativos, sobre los cuales se configuran sus competencias materiales y subjetivas. En definitiva, la Constitución se erige en la coordenada esencial y el parámetro normativo insuperable a la hora de articular la justicia transicional. Ciertamente los derechos de las víctimas representan en este escenario un compromiso prioritario a la hora de resolver el potencial conflicto interno que se puede llegar a producir con algunos de los principios fundamentales del Estado constitucional. En concreto, la colisión es casi inevitable con el principio democrático de la soberanía popular, en el que pueden encontrar fundamento medidas políticas y legislativas para aplicar los dispositivos de la justicia transicional.

Un segundo canon jurídico (y ético) de referencia, imprescindible a la hora de establecer el alcance y los límites del modelo viene definido en un conjunto de normas contenidas en lo que podríamos denominar como el «bloque convencional» de la justicia transicional. Se localiza en los tratados internacionales sobre derechos humanos y derecho humanitario, completados por las doctrinas jurisprudenciales que emanan de las Altas Cortes internacionales encargadas de su aplicación. Su valor resulta prioritario; aunque no preferente, en el hipotético caso de contradicción —o falta de «diálogo»— con el que suministra la interpretación efectuada por la Corte constitucional. La Constitución, a fin de cuentas, es siempre la norma que otorga la imprescindible

rechos constitucionales al conjunto de la de la sociedad, y a las víctimas en particular; también aspira a integrar en el sistema democrático y jurídico del Estado justamente a quienes han atentado contra el orden constitucional y han generado esas mismas situaciones de peligro o limitación de derechos.

cobertura y efectividad jurídicas a la aplicación de las obligaciones que se adquieren en la esfera internacional.

El *marco normativo* para la paz, si bien está fundado sobre principios constitucionales *basilares* de un Estado de derecho, tiene que complementarse con la remisión y cumplimiento de unos parámetros normativos que derivan de aquel derecho supranacional o convencional (Duque, 2015: 207). Es ineludible por tanto tomar en consideración, como garantía de objetividad, las construcciones doctrinales que emanan sobre este tema de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sus resoluciones no solo constituyen una medida complementaria de legitimidad «internacional»; también resultan de extraordinaria importancia a la hora de reconocer de qué modo afecta a derechos humanos *nucleares* la adopción de mecanismos propios de una justicia transicional: el derecho a la verdad (jurídica y material), el derecho a la justicia (como acceso además a la acción de los tribunales de justicia) o el derecho a la reparación (como derecho a recibir una compensación económica) (Quinche Ramírez y Peña Huertas, 2014: 208)¹⁹.

Desde la esfera constitucional y convencional se estarían marcando unos límites jurídicos a las medidas procesales y sancionatorias excepcionales que conlleva la justicia transicional. Desde un punto de vista objetivo o material, posiblemente la principal restricción es la que fija como delimitación de su competencia jurisdiccional la comisión de determinados crímenes, especialmente graves en cuanto a la vulneración de derechos y principios del derecho humanitario (delitos de genocidio, crímenes de guerra o lesa humanidad). Al margen de que la razón de esta exclusión haya quedado o no explicitada, cabe presumir que la gravedad punitiva de esos actos impide aplicar cualquier tipo

¹⁹ La compatibilidad con los parámetros normativos y jurisprudenciales del modelo alternativo de sanciones que conlleva la justicia transicional ya fue puesta de relieve por la Corte Constitucional en su importante Sentencia C-579 de 2013: «Las penas alternativas y los mecanismos especiales para el cumplimiento de la pena como mecanismos ordinarios o de justicia transicional son plenamente aceptados por la comunidad internacional y además han sido estudiados precisamente por esta Corporación, llegando a la conclusión de que no vulneran ninguna norma constitucional, por lo cual menos aún pueden considerarse como una sustitución de la Constitución. Estos mecanismos se fundan en la necesidad de hacer compatibles la justicia con la reconciliación y la no repetición de las conductas a través de sistemas que estén enfocados en la finalidad preventiva de la pena más allá de la retribución. Sobre este aspecto debe resaltarse que desde la sentencia C-144 de 1997 esta Corporación ha señalado de manera contundente la finalidad preventiva de la pena y la necesidad de entender que la retribución es un límite pero no una función de la misma».

de medida de gracia «jurisdiccional», con la que chocaría frontalmente el contenido esencial y mínimo de los derechos fundamentales violados²⁰.

La justicia transicional se distancia de los objetivos que caracterizan a la justicia penal ordinaria (o *justicia institucional*). Se trata de una justicia enfocada no a la «retribución» o al castigo de los culpables, sino principalmente a la «restauración» y la «reparación²¹». Su finalidad no se centra en la punición o el castigo de quienes han cometido una infracción tipificada por el derecho penal. No obstante, es perfectamente posible la coexistencia y complementariedad con la justicia retributiva de los sistemas judicial y jurídico penal tradicionales.

En este marco de tensión entre justicia y paz, la excepcionalidad del contexto para el que se articula un sistema de justicia transicional y su finalidad esencialmente restaurativa obligan a aceptar una concepción que podría calificarse como «restrictiva» de los principios en los que tradicionalmente se apoya la justicia penal (ordinaria o institucional). Al otorgando una prevalencia a la consecución de la paz y la reconciliación (Gómez-Velásquez y Correa-Saavedra, 2015: 193), no cabe eliminar del todo el riesgo de que aparezcan ciertos problemas de coordinación con la jurisdicción ordinaria, seguramente necesitada de una serie de reformas para no perder su eficacia y legitimidad.

El sistema «alternativo» sancionatorio²² que comprende la justicia transicional no gira en torno únicamente a la pena de privación de libertad y otras accesorias a esta última, como por ejemplo la inhabilitación para ejercer cargo

²⁰ La Corte Constitucional colombiana ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones en contra de la validez de algunas medidas con las que el legislador de ese país pretendía relativizar las garantías penales y procesales propias de un Estado de derecho, traspasando así una frontera incompatible con el respeto de los derechos constitucionales. Entre otras, resultan indicativas de esta posición de la jurisprudencia constitucional la Sentencia n. 817 de 2004 (sobre el Acto legislativo n. 2 de 2003, también bautizado como «Estatuto Antiterrorista») y aquellas resoluciones relativas a la declaración de estados de excepción (sentencias 940 de 2002, 70 de 2009 y 252 de 2010).

²¹ Los beneficios procesales y punitivos de la justicia transicional no pueden extenderse a todos los sujetos potencialmente involucrados en delitos cometidos con ocasión del conflicto. Por esta razón, se convierte en imprescindible la operación de delimitar conceptos como «autoridad» o «máximos responsables», para fijar la extensión y límites de la medidas extraordinarias del sistema.

²² Una expresión muy indicativa de la concepción que tiene la Corte Constitucional colombiana sobre el carácter, significado y alcance de la justicia transicional en cuanto modelo judicial y jurídico «alternativo» de justicia se encuentra en la Sentencia C-709 de 2005.

público²³. En el eje central de los mecanismos que se diseñan para una justicia transicional cuenta igualmente la idea, simbólica y a la vez estigmatizante ante la sociedad, de los llamados *juicios históricos*, con los que se consiguen establecer los denominados como «perdones responsabilizantes». En definitiva, la idea justicia transicional no se apoya solo en la afirmación y el fortalecimiento del Estado de derecho, en cuyo marco jurídico se obtiene el reconocimiento de las víctimas en cuanto sujetos de derecho. También desarrolla, con el objetivo último de lograr la pacificación y restablecer la democracia, una importante «función expresiva». Si se toma como referencia el modelo de justicia restaurativa que se está instaurando en Colombia, se puede advertir el significado y objetivo que persiguen en aquel algunas fórmulas y mecanismos «rituales», a través de los cuales se intenta *expresar* de manera especialmente enfática la voluntad de reconciliación y el reconocimiento de los derechos de las víctimas. Es el caso de las «conferencias restaurativas», audiencias públicas, o rituales de la vergüenza como ceremonias de degradación y de reintegración (Escobar Beltrán, 2017: 117).

Aunque sin duda estamos convencidos de que hay una condición necesaria en la que descansa en último extremo la eficacia real de los instrumentos jurisdiccionales de la justicia transicional. Nos referimos a la realización del principio constitucional de la igualdad en sentido sustantivo o material. Así pues, ningún proceso de paz puede llegar a buen término si no se toma en serio la realización de los compromisos fundamentales implícitos en la fórmula del Estado social de derecho (art. 1, Constitución 1991). La justicia transicional solo puede tener asegurado el éxito si se acompaña de los instrumentos legislativos y de planificación social que promuevan una verdadera «justicia redistributiva²⁴».

²³ La Corte ha basado la aceptación de este sistema sancionatorio «alternativo» en el derecho internacional. Un pronunciamiento bastante indicativo de la posición adoptada por la jurisprudencia constitucional colombiana se localiza en su Sentencia C-579 de 2013: «Las penas alternativas y los mecanismos especiales para el cumplimiento de la pena como mecanismos ordinarios o de justicia transicional son plenamente aceptados por la comunidad internacional y además han sido estudiados precisamente por esta Corporación, llegando a la conclusión de que no vulneran ninguna norma constitucional, por lo cual menos aún pueden considerarse como una sustitución de la Constitución. Estos mecanismos se fundan en la necesidad de hacer compatibles la justicia con la reconciliación y la no repetición de las conductas a través de sistemas que estén enfocados en la finalidad preventiva de la pena más allá de la retribución».

²⁴ A ese objetivo apuntan sin duda las numerosas indicaciones que, ya con carácter vinculante para el Estado colombiano, se apuntan en los Acuerdos de Paz de La Habana en torno a la idea de una reforma agraria integral, el despliegue de nuevas políticas

III. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PAZ COMO PRESUPUESTO LEGITIMADOR DEL PROCESO DE PAZ Y LOS ACUERDOS DE 2016

La Constitución colombiana de 1991 resulta verdaderamente original en el marco del constitucionalismo iberoamericano al reconocer la paz como un derecho de los ciudadanos de ese país. En primer lugar, «la paz» aparece ya en el preámbulo, configurada como uno de los fines esenciales del pueblo colombiano, junto con otros valores y principios en los que se fundamenta la Constitución política (la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad). Sin embargo, la más emblemática —y diríamos también rotunda— formulación constitucional de la paz es la contenida en su art. 22: «La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento». Se trata de una cláusula dotada de, no obstante, y *a priori*, una fuerza jurídica debilitada. Su virtualidad normativa no reside realmente en la propia Constitución. Las posibilidades de que pueda ser ejercitada como un efectivo derecho/deber público subjetivo van a depender en mayor medida de las condiciones políticas que hagan posible la consecución de esa paz, como de las normas que desarrollen aquel compromiso constitucional en un plano legislativo y gubernamental.

Otra de las más significativas referencias constitucionales a la paz²⁵ es la que se contiene en el art. 95, donde se van a indicar las principales obligaciones o «responsabilidades» que derivan del reconocimiento de un amplio catálogo de derechos y libertades. Entre esas obligaciones generales o comunes, de carácter y origen constitucional, se hace una mención específica a la de *propender al logro y mantenimiento de la paz*.

Pero a efectos de evaluar su auténtica condición jurídica, hay que recordar la exclusión que lleva a cabo el art. 85 de este derecho, al delimitar con precisión exacta el ámbito de los derechos a los que el texto constitucional les proporciona una *inmediatez* aplicativa. Difícilmente se le podría adjudicar

públicas en materia de educación, vivienda y salud para los principales afectados por el conflicto o, finalmente, la activación e incentivación previstas de mecanismos de democracia participativa.

²⁵ Sin dejar de subrayar la importancia sin duda de otras, como por ejemplo la contenida en el art. 67, que señala los fines que inspiran la educación de los colombianos, y entre los cuales se hace hincapié en la paz y otros objetivos que —entendemos— tienen una relación directa con esta última: «La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente».

la característica de una eficacia normativa directa de la que goza el conjunto de los denominados como derechos fundamentales; necesita por lo tanto un desarrollo normativo mediante el cual se concrete la posibilidad de una invocación procesal subjetiva o individual.

No obstante, todas las cláusulas que componen la norma fundamental colombiana deben estar cubiertas por el escudo protector del principio de constitucionalidad. Este argumento justificaría por sí solo la necesidad de que el derecho a la paz disfrute también de una virtualidad normativa mínima o «esencial». De ahí que el hecho de que no pueda derivarse del mismo un derecho/deber dotado de inmediatez o autoaplicabilidad directa no significa que carezca totalmente de vinculatoriedad el bien jurídico constitucionalizado (la paz). Por otra parte, cabe sostener que, a día de hoy, las modificaciones constitucionales y reformas legislativas que se han ido aprobando tras la firma de los Acuerdos permitirían —a nuestro juicio— atribuirle ya al «derecho a la paz» un efecto de «inmediatez jurídica». Su potencial alegabilidad jurisdiccional como derecho público subjetivo ha sido reforzada sin duda; al igual que su capacidad de derecho accionable de forma individual frente al Estado, obligado inexcusablemente por lo tanto a intervenir positivamente en favor de la paz.

La proclamación constitucional de un derecho a la paz debe tener una contrapartida lógica en forma de «deber fundamental» del Estado colombiano, en orden a llevar a cabo necesariamente todas las acciones que favorezcan el compromiso marcado en el art. 22. Un mandato de índole constitucional que se sitúa en consecuencia por encima de mayorías políticas coyunturales de naturaleza presidencial o parlamentaria.

En el caso del deber de contribuir a la paz (art. 95.6), parece configurarse una futura obligación cuya virtualidad mayor no se sitúa en la esfera jurídica, de la que no puede derivar automáticamente una potencial exigencia de naturaleza individual. La «paz» que se infiere del texto constitucional contiene en sí misma una dimensión colectiva que enmarca en una esfera política su futuro desarrollo infraconstitucional. Resulta por tanto absurdo pretender reclamar al ciudadano colombiano una contribución obligatoria al proceso de pacificación, más allá del deber moral —y no jurídico— que implica una actitud personal de tolerancia y respeto por los valores propios de cualquier democracia constitucional.

Desde otra perspectiva, ante el supuesto axioma «la Paz se puede imponer a la mayoría», será imprescindible circunscribir a qué «mayoría» se refiere o afecta. Porque efectivamente el objetivo constitucional de procurar la paz en la sociedad colombiana puede imponerse frente una mayoría electoral —parlamentaria o presidencial— de carácter coyuntural, que impida el ejercicio colectivo de ese valor/derecho constitucional, o intente sustraerse al cumplimiento de ese mandato constitucional con actitudes pasivas u

omisivas. Pero al mismo tiempo la obligación constitucional de alcanzar la paz no puede llevarse a cabo con una metodología antagónica con los fundamentos ético-normativos de un Estado constitucional de derecho. El hecho de ser la expresión una mayoría constitucional cualificada (o *hipercualificada*) suministra a la norma fundamental un plus de legitimidad para bloquear la utilización de medios contradictorios con sus valores y derechos.

Las soluciones legislativas (o estatutarias) siempre van a necesitar en consecuencia de una cobertura constitucional, en un marco normativo superior —en vigor o bien reformado—, para el logro de la paz. Pero tampoco la priorización de la paz como derecho y objetivo constitucionales debiera tener un carácter «absoluto», si se antepone la consecución de ese objetivo a la garantía mínima de unos derechos fundamentales o «nucleares» constitucionalizados. De ahí la necesidad de que se adopten los habituales criterios —legislativos y jurisprudenciales— de ponderación y modulación, como del intento por alcanzar soluciones que se acomoden a los test de razonabilidad y proporcionalidad. Los anteriores representan *factores de interpretación obligatoria* cuando se encuentran afectados principios y derechos fundamentales de la Constitución.

En el caso Constitución colombiana, ha sido necesario proceder a la revisión de algunas de sus disposiciones para proporcionar la imprescindible legitimidad y cobertura a las iniciativas parlamentarias y presidenciales en orden a conseguir la definitiva pacificación del país. Se trataba de una exigencia para consolidar el proceso de paz. En esta tarea ha sido determinante sin duda la activa intervención de la jurisprudencia constitucional, como instancia de supervisión encargada de controlar el respeto a los principios fundamentales de la Constitución política²⁶.

²⁶ En la doctrina de la Corte Constitucional colombiana se localizan algunos pronunciamientos sobre la naturaleza y alcance del «derecho a la paz». Comienza en 1992 (T-008) afirmando su condición de derecho colectivo y susceptible en consecuencia de tutela por la vía de la acción popular, si bien no se trata de un derecho del que se pueda predicar «inmediatez» o aplicabilidad directa (sin necesidad de desarrollo normativo previo). En resoluciones posteriores se añaden nuevas dimensiones por la Corte, vinculando la paz con principios y objetivos diversos, desde el Estado democrático o la convivencia pacífica (T-605, 1992) a derechos territoriales de comunidades indígenas. No existe una línea interpretativa jurisprudencial, uniforme ni clara, en la que se reconozca la «fundamentalidad» de este derecho, aunque sí su capacidad para generar obligaciones para el Estado (C-055, 1995). En unas de las resoluciones más relevantes sobre el tema (Cabra Barrera, 2015: 111) —la C-370 de 2006— se amplifica su núcleo conceptual con nuevos perfiles: derecho y deber subjetivo de cada ciudadano individual, derecho colectivo fundamental cuya titularidad se encuentra distribuida

IV. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA PARA LA INCORPORACIÓN DE UN SISTEMA DE JUSTICIA TRANSICIONAL

El modelo de justicia transicional colombiano responde a las características generales que están presentes en cualquier otro contexto donde haya sido necesaria su implantación: temporalidad, excepcionalidad, carácter eminentemente restaurativo, metodologías judicial y extrajudicial en la aplicación de sanciones, proporcionalidad —que no inmunidad— en las aplicación de penas, intensidad en el reconocimiento de los derechos de víctimas, y en definitiva la búsqueda de una conciliación entre los valores de justicia y paz.

El alcance y significado de este sistema extraordinario de justicia ha sido evaluado en diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional²⁷, que ha tenido también ocasión de pronunciarse sobre algunos de sus límites. En esta línea ha señalado expresamente con carácter general una regla básica infranqueable: las medidas jurisdiccionales especiales de la justicia transicional no pueden sustituir los elementos que definen a la Constitución colombiana, ni resultaría legítimo que con ellas se pueda eludir el enjuiciamiento de los crímenes más graves, como el genocidio, y los crímenes de guerra y de lesa humanidad (Sentencia C-579 de 2013).

En todo caso, se trata de un modelo de *justicia de transición* que cabría adjetivar como «holístico», ya que pretende armonizar instrumentos y fórmulas jurisdiccionales de diferente naturaleza y alcance (reducción de penas, penas alternativas y extrajudiciales), desde un enfoque esencialmente «restaurativo» y de «no repetición», con especial focalización en los derechos de las víctimas. La incorporación del sistema de justicia transicional al ordenamiento colombiano va a tener lugar a través de la revisión de diversas disposiciones

en una variedad de sujetos (Estado, humanidad, los pueblos y los individuos). En otra resolución se ensancha más aún el objeto de este derecho, considerando la paz como un derecho que deriva de la autonomía de la voluntad, un derecho de participación y, finalmente también, un «derecho de crédito» en cuanto que otorga el derecho a poder exigir una acción concreta del Estado.

²⁷ En la siguiente declaración de la Corte Constitucional se definen con bastante claridad los objetivos, la finalidad y la naturaleza excepcional de la justicia transicional: «Una institución jurídica a través de la cual se pretende integrar diversos esfuerzos, que aplican las sociedades para enfrentar las consecuencias de violaciones masivas y abusos generalizados o sistemáticos en materia de derechos humanos, sufridos en un conflicto, hacia una etapa constructiva de paz, respeto, reconciliación y consolidación de la democracia, situaciones de excepción frente a lo que resultaría de la aplicación de las instituciones penales corrientes». Sentencia C-771 de 2001, citada por Vega Dueñas (2018: 111-130).

de la Constitución de 1991. El primer eslabón de este proceso de reformas se contiene en el Acto Legislativo 1 de 2012, aprobado por el Congreso de la República, con el que se decretaba la incorporación del nuevo artículo transitorio (art. 66). Las previsiones generales que se hacían allí serían desarrolladas más tarde, una vez firmados los acuerdos con la guerrilla y comenzada ya la etapa de posconflicto, en el Acto legislativo de 1 de abril de 2017, con el que se añade un nuevo título transitorio al texto constitucional. Con el título «Normas para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera», esta segunda iniciativa del Congreso articula el llamado *Procedimiento para la Paz*.

Esta segunda reforma constitucional prevé la creación de un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), cuyas líneas de acción se proyectan en un catálogo de iniciativas de carácter estructural y finalista. Entre las primeras, se incluye la institucionalización de una Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición y una Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas y la Jurisdicción Especial para la Paz. Como acciones encaminadas a consolidar el proceso de paz se prevén medidas de reparación integral para la construcción de paz y las garantías de no repetición.

Entre los objetivos fundamentales del Sistema Integral (SI) diseñado por el nuevo el título transitorio de la Constitución se encuentra una prioridad, «el reconocimiento de las víctimas como ciudadanos de derechos». A nuestro modo de ver, se trata en el fondo de una enfatización con la que se intenta acentuar la necesidad de que el Estado preste una atención especial a quienes han sufrido —o todavía sufren— un deterioro importante en los niveles de garantía y satisfacción de los derechos constitucionales; ciertamente las víctimas no dejan de ser, como el conjunto de la población, «ciudadanos de derechos».

Desde el punto de vista subjetivo, el sistema se proyecta entonces sobre aquellas minorías de la población que ha experimentado algún tipo de restricción o violación de sus derechos constitucionales como consecuencia del conflicto. La condición específica de las víctimas es trascendental para el reconocimiento de unos derechos singulares —y en cierto modo exclusivos— que derivan directamente de violaciones de otros derechos durante el conflicto armado: derechos a *la verdad, la justicia, la reparación y a la no repetición*. Aunque algunos de estos derechos se pueden localizar ya en el catálogo original de derechos constitucionales (tutela judicial²⁸, derecho a la indemniza-

²⁸ La tensión inevitable con el derecho a la tutela judicial de las víctimas se resuelve —en nuestra opinión— favorablemente cuando se incorporan por el acto legislativo

ción), adquieren ahora un significado específico, en la medida en que resulta excepcional también el *contexto* (sociopolítico) donde tiene que garantizarse su ejercicio.

Junto con este catálogo de objetivos fundamentales, el artículo transitorio integra también la *responsabilidad* como principio de naturaleza constitucional. La expresión que emplea el constituyente colombiano no facilita *a priori* su determinación objetiva, en la medida en que no se llega a precisar a qué clase de responsabilidad estaría haciendo referencia *a priori*. Debemos presumir al menos que se trata de una modalidad jurídica (y no política) que engloba la derivada de actos ilícitos (responsabilidad penal), y no tanto la responsabilidad de carácter civil o indemnizatorio. Sí se delimitan de forma bastante amplia los destinatarios del concepto constitucional. En este sentido adquieren la condición de responsables todos los que participaron en el conflicto de forma directa o indirecta; aunque en este segundo caso no se contiene ninguna indicación que aclare la condición de responsable *indirecto* frente a una violación grave de los derechos fundamentales.

En todo caso, resulta más preciso el enunciado de la norma constitucional a la hora de definir las causas que delimitan la atribución de esa responsabilidad. La línea fronteriza que ampara la potestad —y deber al mismo tiempo— del Estado para exigirla queda delimitada por la realización de lo que se consideran *graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones del derecho internacional humanitario*. Pese a que los parámetros constitucionales han sido establecidos con una cierta claridad, su aplicación va a requerir de la ayuda de aquellos intérpretes jurisprudenciales que, desde la esfera convencional e internacional, han configurado los parámetros necesarios para concretar el alcance de su aplicación: ámbito objetivo (derechos humanos, derecho humanitario), presupuesto fáctico y jurídico (violación, infracción), y potenciales elementos de modulación (gravedad suficiente).

previsiones del siguiente tenor: «Las normas que regirán la Jurisdicción Especial de Paz, incluirán garantías procesales, sustanciales, probatorias y de acceso, encaminadas a que las víctimas puedan satisfacer sus derechos a la verdad, justicia y reparación en el marco de la JEP con medidas diferenciales y especiales para quienes se consideren sujetos de especial protección constitucional. Igualmente, deberán garantizar los principios de tratamiento penal especial condicionado a la garantía de los derechos de las víctimas, centralidad de las víctimas, integralidad, debido proceso no regresividad en el reconocimiento de derechos y enfoque diferencial y de género». En el caso de miembros de la fuerza pública, la compatibilidad y «sujeción estricta» al art. 29 de la norma fundamental constitucional, donde se han constitucionalizado las principales garantías del proceso penal, quedan aseguradas en lo que se refiere a la «calificación jurídica» de las resoluciones que adopte la JEP (art. 22 del título transitorio).

Conviene subrayar que la reforma constitucional que incorpora el nuevo título transitorio señala un mandato bastante explícito sobre la obligación de que todos y cada uno de los «componentes» del Sistema Integral se configuren bajo unos «enfoques» y principios fundamentales: participación transversal y transparencia, variables de género y diversidad étnico-cultural y territorial; si bien se hace hincapié en la voluntad de asegurar la protección de unas víctimas especialmente vulnerables, como son mujeres e infancia.

Los anteriores presupuestos metodológicos van a proyectarse después en el proceso de implementación de los Acuerdos, específicamente en cada una de las acciones y estructuras organizativas programadas para el posconflicto. Adicionalmente se aspira a garantizar la independencia del SI mediante la afirmación de su autonomía funcional, que se proyectaría tanto en un plano administrativo como financiero; precisamente para asegurar que esta suficiencia presupuestaria contempla la adopción de unas previsiones presupuestales en un *Plan de Inversiones para la Paz* (art. 3).

Uno de los componentes de justicia transicional que implanta el nuevo título transitorio es la denominada Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición. Se trata —y así se establece expresamente— de un órgano dotado de plena autonomía funcional (administrativa, financiera y técnica). Parecía conveniente reforzar esa independencia de instituciones políticas y jurisdiccionales, a la vista de la trascendencia de las competencias que se encomiendan. Además, el éxito del proceso de paz en el posconflicto dependerá en buena medida de la neutralidad de la instancia encargada de investigar y desvelar potenciales responsabilidades que luego se podrán dirimir en la esfera jurisdiccional²⁹. De ahí también su ubicación orgánica, externa a las instituciones del Poder Judicial. La fórmula permite, de un lado, actuar con la necesaria libertad en la actividad investigadora que se

²⁹ Desde su condición de órgano «consultivo», esta Comisión tiene capacidad para emitir unas indicaciones, no vinculantes pero realmente trascendentales, sobre unos «criterios de selección», que serán determinantes sin duda del alcance de la justicia transicional (Laiza de Zuluaga Taborda, 2015: 201). En efecto, el nuevo art. 66 enuncia los fines prioritarios que deben cumplir esos criterios, más tarde concretados por la ley estatutaria en función de su gravedad y «representatividad»: «Centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados».

despliegue para esclarecer las potenciales responsabilidades; al mismo tiempo, respeta el ámbito de fiscalización que debe ser garantizado siempre y en todo caso a los órganos que conozcan después en vía procesal aquellas averiguaciones.

Otro de los componentes institucionales del SI es la llamada Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado (UBPD). Se trata de una entidad «humanitaria y extrajudicial» dotada igualmente de una amplia autonomía funcional y presupuestal. La UBPD se crea con una finalidad esencialmente humanitaria, orientada a la búsqueda de personas desaparecidas, se encuentren con vida o hayan fallecido, durante el desarrollo del conflicto armado. El título transitorio remite a una ley posterior la determinación de su espacio competencial; si bien expresamente puntualiza que en ningún caso las actuaciones que lleve a cabo la UBPD pueden sustituir ni entrar en colisión con la labor investigadora que realicen las autoridades judiciales en los procesos abiertos o en curso. Además, debe garantizar la participación tanto de las víctimas individuales y de las asociaciones que las representen como de los *victimarios*. Mediante esa doble intervención de los principales afectados por el conflicto se pretende crear un «escenario procesal» en donde sea posible el acercamiento y el diálogo; una colaboración imperativa en el caso del Estado, el cual tiene la obligación —constitucional— de auxiliar a la Unidad en la labor de localización de víctimas desaparecidas³⁰.

En el Sistema Integral la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) se erige en un instrumento esencial para controlar el cumplimiento de las condiciones establecidas por el nuevo título constitucional en materia de justicia transicional. Se crea de este modo una instancia de naturaleza jurisdiccional, a la que se dota de unas funciones encaminadas al conocimiento de determinadas conductas que se hubieran realizado durante el desarrollo del conflicto armado.

El título transitorio fija los principios y características fundamentales que deben inspirar el funcionamiento y las especialidades competenciales de esta JEP. De un lado, su carácter temporal, en la medida en que su competencia abarca solo los hechos que se han producido con anterioridad a la firma de los

³⁰ La intervención de las víctimas representa un elemento característico de los procesos de justicia restaurativa de la llamada Jurisdicción Especial para la Paz, incluida en los Acuerdos suscritos en La Habana. Se establecieron entre otras fórmulas de participación: la audiencia o consulta de las víctimas y sus asociaciones representativas en diferentes fases del procedimiento, la legitimación activa para presentar recursos o el reconocimiento para interponer acciones de tutela frente a violaciones de derechos fundamentales. Una visión crítica sobre la indeterminación de esta participación ha sido defendida por Escobar Beltrán (2017: 128).

Acuerdos de Paz (diciembre de 2016). Asimismo, subraya su carácter preferente y excepcional, circunscribiendo su ámbito jurisdiccional al conocimiento de las conductas que puedan ser constitutivas de «infracciones graves» de las normas del derecho internacional humanitario o de los derechos humanos. Finalmente, se marca un ámbito subjetivo de potencial proyección, limitado a aquellos combatientes que hayan suscrito los Acuerdos de Paz³¹.

Entre los objetivos de la JEP sobresalen conceptos nucleares del posconflicto: justicia, verdad, paz, derechos de las víctimas, seguridad jurídica. Se le otorga asimismo una competencia material y subjetiva que quedaría fuera de la jurisdicción ordinaria. No obstante, en este punto el constituyente ha preferido delegar a una ley parlamentaria posterior para la concreción de sus funciones; será aquella la encargada de establecer los tratamientos penales «diferenciados» aplicables a los sujetos destinatarios y/o beneficiarios de las medidas especiales previstas en aquella; al igual que la delimitación exacta de la frontera competencial entre la JEP y la jurisdicción penal. No obstante, sí que se ha fijado como regla de atribución jurisdiccional que los nuevos delitos que se pudieran cometer después de la firma de los Acuerdos deben ser objeto de conocimiento y enjuiciamiento y quedarán fuera de la JEP.

Las condiciones que se van a exigir para ser beneficiario del trato singular que implica la utilización de las vías procesales de la JEP han sido fijadas de una manera bastante sintética: *aportar verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición*. Esta triple exigencia se condensa, en realidad y fundamentalmente, en una fundamental: la aportación de la «verdad». Esta condición implica que el relato que se aporte debe cumplir con los parámetros bastante bien definidos en el título transitorio. Por una parte, será necesario describir de forma exhaustiva conductas y circunstancias en que se produjeron las violaciones derechos; aportar igualmente todas las informaciones que sean precisas para la determinación de las responsabilidades jurídicas; si bien esa colaboración para construir el «relato» no presupone la aceptación indirecta de los hechos de los que se informa. En definitiva, la verdad se considera un presupuesto inexcusable para aplicar las medidas especiales de la JEP, ya que sin aquella no se podrían garantizar los derechos de las víctimas a la reparación y la no repetición.

³¹ La forma de delimitar los sujetos a los que se aplicarán los beneficios de naturaleza procesal y penal tiene como base los principios de la buena fe y la confianza mutua. Su articulación concreta se llevará a cabo con un sistema de «listados» que son objeto de control por parte de un delegado en las llamadas Zonas Veredales Transitorias de Normalización (ZVNT) y los Puntos Transitorios de Normalización (PTN).

Además del carácter exclusivo y temporal que recae sobre la responsabilidad de ejercitar la JEP, se ha subrayado una norma adicional, útil a la hora de resolver potenciales conflictos con la justicia ordinaria. El título transitorio determina claramente su *prevalencia competencial*³², y en consecuencia también la capacidad para atraer a esta jurisdicción especial todas las conductas o actos que se puedan juzgar en cualquiera de las esferas sancionatorias (penal, administrativa o disciplinaria). En esta línea, y respecto de las sanciones de naturaleza administrativas o disciplinarias —además de las que conlleven efectos patrimoniales o pecuniarios—, la JEP podrá anular y decretar la extinción de responsabilidades; y complementariamente dispondrá de la facultad para someter a revisión aquellas otras que se impusieron como consecuencia de hechos producidos con ocasión del conflicto armado.

El organigrama de la JEP está estructurado en varios órganos con funciones jurisdiccionales y de investigación³³, que culminan en el denominado Tribunal para la Paz. Este se configura como máxima instancia judicial y órgano de apelación y «de cierre» del sistema; de este modo, en cuanto órgano jurisdiccional con potestad para la revisión de sentencias, dicta resoluciones que adquieren firmeza y, por tanto, son irrecurribles. No obstante, su condición de instancia judicial «superior» en su ámbito material de competencias no impide la interposición de una acción de tutela contra acciones u omisiones

³² Esa preferencia jurisdiccional de los mecanismos y reglas de la justicia transicional en todo lo relativo a la implementación de los Acuerdos de Paz ha sido explícitamente declarada en el art. transitorio 27: «En caso de que con posterioridad a la aprobación del presente Acto Legislativo, se aprobaran leyes o normas que al otorgar tratamientos diferenciados a agentes del Estado o a otras personas por conductas relacionadas directa o indirectamente con el conflicto armado, fueran combatientes o no combatientes, provocaren que los anteriores sean excluidos de la competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz, o tuvieren como resultado la inaplicación de dicha jurisdicción o la inaplicación de las condiciones referidas a las sanciones que se recogen en el Acuerdo final de 24 de noviembre de 2016 respecto de dichas personas, el Tribunal Especial para la Paz ejercerá su jurisdicción preferente en las materias de su competencia conforme al presente Acto Legislativo».

³³ El art. 7 transitorio articula con una estructura orgánica plural la JEP: Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas; Sala de Definición de las Situaciones Jurídicas; Sala de Amnistía o Indulto; Unidad de Investigación y Acusación, y la Secretaría Ejecutiva, finalizando las diferentes instancias en el Tribunal para la Paz. Destaca asimismo en su composición la aplicación de las variables de género y multiculturalidad, al establecer que deberá estar formada «con criterios de participación equitativa entre hombres y mujeres, garantías de no discriminación y respeto a la diversidad étnica y cultural».

de la JEP, en el caso de que estas puedan llegar a producir una violación o representen una amenaza a los derechos fundamentales. Se trata de una acción procesal de carácter «subsidiario» en la medida en que se exige haber agotado previamente todos los recursos posibles dentro del sistema jurisdiccional especial como JEP y no exista además otra vía idónea para reaccionar frente a esa violación (art. 8 transitorio). El procedimiento, que cuenta con varias instancias judiciales (secciones de Revisión y de Apelaciones) culmina en la Corte Constitucional; concretamente, en una sala formada por dos magistrados de la propia Corte y dos más de la JEP, y en revisión por la Sala Plena de aquella.

No obstante, la competencia procesal de la jurisdicción constitucional tiene unas limitaciones. De un lado, sus resoluciones tienen una naturaleza básicamente «declarativa»; lo que significa que no pueden «anular, invalidar o dejar sin efectos la decisión del órgano de la Jurisdicción Especial para la Paz» (art. transitorio 8.º); y de otra parte, su legitimación se circunscribe al enjuiciamiento de los hechos y conductas probadas en la acción de tutela, sobre los que ha conocido previamente la Jurisdicción Especial para la Paz. Finalmente, las resoluciones que dicte la Corte deberán ser remitidas al Tribunal para la Paz, donde serán ejecutadas en forma de medidas que este último estime más convenientes para el restablecimiento del derecho vulnerado o amenazado. En todo caso, el artículo transitorio asegura de nuevo lo que constituye en realidad un auténtico monopolio jurisdiccional en esta materia, al otorgar firmeza a esta ejecución e impedir en consecuencia cualquier posible activación posterior de una nueva acción de tutela.

En lo que respecta a la aplicación de sanciones, y cuando no sea viable evitar la incoación de un procedimiento penal, se autoriza al Tribunal para la Paz para decidir sobre la sustitución de las penas que correspondieran por aquellas otras fórmulas sancionatorias características de la JEP. La adopción de este «beneficio» requiere con carácter previo que quien haya sido condenado «reconozca verdad completa, detallada y exhaustiva», además de cumplir con el deber de satisfacción de los derechos de las víctimas (*a la reparación y a la no repetición*).

V. EL PAPEL DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PROCESO HACIA LA PAZ Y LA MATERIALIZACIÓN DE LOS ACUERDOS EN EL POSCONFLICTO

Para la consecución de un definitivo y verdadero «estado de paz» en Colombia la Corte Constitucional se erige en una institución trascendental durante la presente etapa de posconflicto (Maldonado, 2013); sea en su calidad de garante y supremo intérprete de la norma constitucional de 1991, como de

institución encargada de supervisar la corrección constitucional de las iniciativas que se lleven a cabo en la esfera legislativa.

Las funciones mencionadas fueron ya ejercitadas con motivo de la aprobación de la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo 1 de 2012, cuya finalidad primordial era proporcionar una cobertura constitucional a los mecanismos de justicia transicional, a la vez que marcar la orientación prioritaria —los derechos de las víctimas— que debía orientar su implementación.

Sobre el alcance y los límites constitucionales de los instrumentos de justicia transicional, los pronunciamientos más relevantes de la Corte Constitucional colombiana se localizan en las Sentencias C-579 (2013) I y C-577 (2014). Su posición sobre el Acto Legislativo 1-2012 fue en general favorable a la *exequibilidad* del nuevo art. 66 transitorio (inciso primero) de la Constitución (Ambos, 2013). La jurisprudencia constitucional se pronunciará favorablemente sobre la compatibilidad de los métodos de la justicia transicional con algunos de los principios del Estado social y democrático de derecho, y en concreto con «*los derechos de la sociedad y las víctimas*». La Corte utiliza para ello una técnica de ponderación entre derechos y principios constitucionales: derecho a la paz, reconciliación, derechos a la reparación, a la verdad y a la justicia.

Desde esta premisa la jurisprudencia constitucional sostiene la validez constitucional de medidas procesales enfocadas a la *selección y priorización* establecidas en el Acto Legislativo, así como del sistema de «macroprocesos» previstos para el enjuiciamiento de graves violaciones de derechos humanos. Valida también otras medidas como la suspensión condicional de las penas, la imposición de sanciones extrajudiciales y alternativas y otras modalidades especiales de cumplimiento de penas.

En opinión de la Corte, este catálogo de instrumentos de justicia transicional no entra en colisión con los que denomina «*pilares de la Carta*»; como tampoco se opone frontalmente a los instrumentos convencionales sobre derechos humanos y derecho humanitario ratificados por el Estado colombiano. No obstante, se van a señalar unas condiciones que necesariamente deben cumplirse para garantizar los derechos de las víctimas. Se trata unas veces de exigencias de carácter procesal, como las que se imponen para otorgar una prioridad a la solución de casos especialmente graves, o bien de naturaleza política (desmovilización efectiva y entrega de las armas).

La compatibilidad constitucional se predicará también por la Corte en relación con los mecanismos de integración y participación políticas de los miembros de grupos armados (art. 3 del Acto Legislativo de 2012, como nuevo art. 77 constitucional). La reforma constitucional de 2012 incluía un nuevo art. 67 que reconocía la posibilidad de que, una vez llevada a efecto la desmovilización,

los miembros de los grupos armados pudieran participar en el sistema político del Estado colombiano, salvo que estuvieran implicados en crímenes de lesa humanidad y genocidio. La Sentencia C-577 (2014) considera que no existía contradicción con el principio de participación política de la Constitución de 1991 (arts. 179-1, 197.2, 232.3 y 259.3), de modo que la condena por delitos políticos no implicaba una inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos de elección popular.

La legitimidad de la justicia transicional queda garantizada siempre que tenga como finalidad primera y prioritaria conseguir una paz estable. Desde esta premisa, la Corte valida la constitucionalidad de medidas como la suspensión de penas o la aplicación de penas alternativas, extrajudiciales y especiales. No obstante, las fórmulas procesales y punitivas implantadas en un marco de justicia transicional estarán en todo caso limitadas por la obligación de las autoridades estatales de asegurar el procesamiento y condena de los sujetos involucrados en delitos que supongan una vulneración frontal de principios fundamentales del derecho humanitario (delitos de lesa humanidad, guerra y genocidio). De igual modo el Estado colombiano no dispone de una discrecionalidad absoluta para su activación; en este sentido, la Corte señala los requisitos bastante precisos que se deben de cumplir: transparencia, objetividad de la investigación, posibilidad de activar recursos, asesoría especializada, el respeto por el derecho a la verdad o la reparación integral.

Otra de las resoluciones jurisprudenciales más importantes y que han marcado el posconflicto colombiano ha sido la Sentencia C-379/16 (de 18 de julio de 2016), que gira en torno al problema del valor y la validez constitucional del referéndum como instrumento de participación política con el que sancionar los Acuerdos de Paz (Franco Osorio y Luján-Devoz, 2017: 249). En este caso, la Corte se posiciona nítidamente al declarar la eficacia exclusivamente política de la consulta; sin que se pueda otorgar ningún efecto vinculante, desde un punto de vista jurídico, a los resultados que se obtengan en cuanto a participación popular y sentido del voto. La sentencia advierte además la imposibilidad de que esa consulta referendaria pueda forzar por sí misma una reforma de la Constitución.

En lo que respecta a los niveles que se habían previsto en los instrumentos legislativos que regulaban la consulta (Proyecto de Ley estatutaria 94/15, Senado 156/15 Cámara) para considerar aprobado el plebiscito, la Corte Constitucional estima que el mínimo alcanzado superaría positivamente los test de «proporcionalidad» y «representatividad». De igual modo, reconoce que el referéndum solo puede vincular al órgano que lo convoca (presidente) —y no a las demás instituciones y poderes del Estado—, ya que se trata de una función radicada constitucionalmente de manera exclusiva en la esfera competencial presidencial. Desde esta concepción casi exclusivamente

«funcional» del plebiscito, la jurisprudencia constitucional colombiana admite la facultad del presidente —y otros órganos del Estado— para explorar otras vías alternativas en el caso de que no se alcancen los estándares de participación y aceptación establecidos legalmente.

Por otro lado, el procedimiento diseñado para la elaboración de normas que permitan la ejecución del Acuerdo de Paz ha sido objeto también de examen por la jurisprudencia constitucional colombiana. El denominado *fast track* —o también «Procedimiento Legislativo para la Paz»—, creado por el Acto Legislativo 1/2016, pretende establecer un sistema ágil y singular de aprobación parlamentaria de las iniciativas impulsadas por el Gobierno, al que se otorga durante esta fase inicial del posconflicto un protagonismo político indiscutible para la implementación de los Acuerdos. En primer lugar, esas especialidades procedimentales se van a aplicar tanto a los proyectos de ley como a los actos legislativos. El Ejecutivo nacional parece disfrutar en ambos casos de una posición hegemónica sobre el Parlamento; no solo porque se le reserva la capacidad de impulso e iniciativa, sino además por el hecho de que sus propuestas gozan de preferencia para ser tramitadas en el Congreso.

Otra de las decisiones de mayor magnitud jurídica para la implementación de los Acuerdos de Paz se contiene en el Acto Legislativo 1/2016 (procedimiento del denominado *fast track*), al confirmar este último de manera expresa la naturaleza «cuasiconstitucional» del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera³⁴. Su inclusión en el denominado «bloque de constitucionalidad» supondrá la adopción de un parámetro supralegal de validez frente a los proyectos legislativos que se promuevan por el Ejecutivo presidencial y el Congreso; o lo que es lo mismo, la implantación de potenciales restricciones y condiciones a la autonomía parlamentaria. El Congreso no puede quedar excluido en esta fase de ejecución de los Acuerdos de Paz, en la medida en que estos tienen que articularse mediante una *Ley aprobatoria del Acuerdo especial*. Sin embargo, en el control de —*automático y único*— que pueda realizar la Corte Constitucional el texto de los Acuerdos se transforma entonces en verdadero canon de constitucionalidad.

³⁴ El texto del nuevo «artículo transitorio» que se propone a la Constitución de 1991 no deja margen a la duda sobre la definitiva y directa «constitucionalización» de los Acuerdos de Paz: «En desarrollo del derecho a la paz, el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera constituye un Acuerdo Especial en los términos del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949. Con el fin de ofrecer garantías de cumplimiento del Acuerdo Final, una vez éste haya sido firmado y entrado en vigor ingresará en estricto sentido al bloque de constitucionalidad para ser tenido en cuenta».

La decisión de la Corte Constitucional (Sentencia C-699/16) va a resolver en un sentido positivo o favorable las especialidades en el procedimiento legislativo previstas en este *fast track*. Defiende que esa modificación de las reglas del *iter* legislativo ordinario contenidas en la norma constitucional no puede ser equiparada a una modificación encubierta o indirecta del procedimiento de reforma constitucional, ya que en ese caso se estaría vulnerando el principio básico de la rigidez constitucional.

En cuanto a la potencial vulneración que se producía del principio de separación de poderes, al conferir al presidente unas potestades excepcionales, y con una elevada dosis de indeterminación y generalidad, la posición de la Corte es favorable a esta concesión, justificada en la necesidad de impulsar la ejecución de los acuerdos. Porque para la jurisprudencia constitucional estas no suponen transferir a su esfera competencial funciones que corresponden, por prescripción constitucional, al Congreso. Como lo demuestra además el dato de que este último conserva siempre la facultad para anular la delegación de esas facultades extraordinarias, atrayendo de nuevo a su ámbito competencial el ejercicio de las mismas. El principio de separación de poderes no quedaría por tanto eliminado, por la posible habilitación —limitada y temporal (180 días)— que pueda realizar el Parlamento. Más aún si mantiene intacta la potestad para modificar el contenido de los decretos presidenciales, junto con la eventual posibilidad de activar un control de constitucionalidad del producto normativo a que haya dado lugar la delegación.

La jurisprudencia constitucional se pronuncia también sobre la noción «refrendación popular», un instrumento que previsto en el Acto Legislativo para validar las modificaciones que se propusieran al texto constitucional. En este aspecto la Corte realiza una interpretación «contextualizada», desde la cual llega a una conclusión positiva sobre la constitucionalidad de la norma. Esa jurisprudencia *adaptada* viene en gran medida impuesta por las circunstancias políticas que genera el rechazo popular del plebiscito de 2 de octubre (2016). La ausencia *de facto* de una sintonía en los resultados que arrojó la utilización de este instituto de democracia directa, respecto de lo acordado por las instituciones representativas de la misma ciudadanía (presidente y Congreso), va a conllevar a la postre una versión devaluada de los primeros, sancionada por la propia Corte.

La jurisprudencia constitucional aceptará en este sentido la sustitución del pronunciamiento popular, a través de un mecanismo referendario, por la decisión adoptada finalmente por los poderes del Estado, dotados de competencias constitucionales para el desarrollo e implementación de los Acuerdos de Paz. De este modo, la Corte admitirá las singularidades en el procedimiento parlamentario para la aprobación de los actos y proyectos normativos que implementarán los acuerdos de paz en el posconflicto. Una excepcionalidad

(mayoría absoluta, cuatro debates) y transitoriedad (seis meses) que —a su juicio— no sería correcto interpretar como la equiparación con el procedimiento de reforma constitucional, el cual necesita siempre de una confirmación referendaria no prevista para la aprobación de la leyes ordinarias³⁵.

Bibliografía

- Ambos, K. (ed.) (2013). *Justicia de Transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 sobre el Marco Jurídico para la Paz*. Bogotá: Temis.
- Cabra Barrera, S. A. (2015). *La paz como derecho fundamental y humano. Una propuesta para el retorno de la vía judicial como mecanismo de garantía y protección*. Disponible en: <https://bit.ly/2zg18Hp>.
- Díaz Gamboa, L. B. (2016). La paz en Colombia: entre el acuerdo, el desacuerdo y el desespero. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 12, 150-158.
- Duque Ayala, C. (2016). Los procesos de justicia transicional, justicia, verdad y reconciliación en el espacio Francófono y en América Latina. *IUSTA*, 2 (45), 19-44. Disponible en: <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2016.0045.01>.
- Duque, C. (2015). El control constitucional de la justicia transicional en Colombia, frente a los requerimientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Verba Iuris*, 33, 77-97.
- Escobar Beltrán, A. A. (2017). Reflexiones criminológicas sobre la justicia retributiva y restaurativa de cara a la función expresiva de la justicia transicional. En J. C. Forero Ramírez (coord.). *Justicia transicional en Colombia: un nuevo camino hacia la Paz*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ferrajoli, L. (2016). La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna. *Crítica Penal y Poder*, 10, 146-161.
- Franco-Osorio, A. G. y Luján-Devoz, M. A. (2017). Un nuevo camino hacia la paz (II): análisis jurídico del acuerdo y sus mecanismos de refrendación. En J. C. Forero Ramírez (coord.). *Justicia transicional en Colombia: un nuevo camino hacia la paz*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- Gómez-Velásquez, A. y Correa-Saavedra, J. (2015). ¿Sobredimensión de la tensión entre justicia y paz? Reflexiones sobre justicia transicional, justicia penal y justicia restaurativa en Colombia. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 13 (26), 192-248.

³⁵ Como hemos sostenido en otro lugar (Ruiz-Rico, 2018), de lo que no estamos seguros, sin embargo, es del efecto validador que desde un punto vista estrictamente constitucional tendría la refrendación popular del Acuerdo Final para la Paz. Se le parece estar otorgando una eficacia legitimadora automática, gracias a la cual las iniciativas y proyectos legislativos que se adopten en el futuro quedarían amparados constitucionalmente por la utilización de este método de participación popular.

- Huérffano-Rueda, L. A. y Isaza-González, N. (2017). Un nuevo camino hacia la paz: marco jurídico de las negociaciones con las FARC. En J. C. Forero Ramírez (coord.). *Justicia transicional en Colombia: un nuevo camino hacia la paz*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Laiza de Zuluaga Taborda, J. E. (2015). Justicia transicional y criminalidad política. Implicaciones desde el punto de vista del modelo de selección y priorización procesal penal. En K. Ambos y C. Steiner (coords.). *Justicia de Transición y Constitución II, análisis de la sentencia c-577 de 2014 de la corte constitucional* (pp. 201). Bogotá: Temis.
- Maldonado, A. (2013). El rol de la Corte Constitucional en la garantía del derecho a la paz. *Universitas Studiantes*, 10, 277-292.
- Marquandt, B. (2016). *Ius contra bellum: la promoción del potencial humano a la paz mediante el derecho público e internacional*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Martínez Ruano, P. (2018). Justicia transicional y garantía de los derechos constitucionales. En G. Ruiz-Rico, I. Szegedy Maszák y R. A. Prieto Sanjuán (comps.). *Retos en la implementación de los Acuerdos de Paz en Colombia* (pp. 29-48). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Olano-García, H. A. (2016). Del conflicto al postacuerdo: actualidad constitucional de la doctrina de la seguridad nacional ante la justicia transicional. *DIXI*, 18 (23), 9-25. Disponible en: <https://doi.org/10.16925/di.v18i23.1288>.
- Pérez Sola, N. (2018). Tratamiento constitucional de la propiedad privada: la función social e la propiedad como fundamento de una posible reforma rural integral en Colombia. En G. Ruiz-Rico, I. Szegedy Maszák y R. A. Prieto Sanjuán (comps.). *Retos en la implementación de los Acuerdos de Paz en Colombia* (pp. 327-368). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Prieto San Juan, R. (2018). La jurisdicción especial para la paz: internacional, a pesar de todo... En G. Ruiz-Rico, I. Szegedy Maszák y R. A. Prieto Sanjuán (comps.). *Retos en la implementación de los Acuerdos de Paz en Colombia* (pp. 131-154). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Quinche Ramírez, M. F. y Peña Huertas, R. de P. (2014). La dimensión normativa de la justicia transicional, el Sistema Interamericano y la negociación con los grupos armados en Colombia. *ACDI: Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 7, 113-159. Disponible en: <https://doi.org/10.12804/acdi7.2014.04>.
- Ruiz-Rico, G. (2018). Dimensión y problemática constitucionales de los derechos de paz en Colombia: los derechos constitucionales en el postconflicto. En G. Ruiz-Rico, I. Szegedy Maszák y R. A. Prieto Sanjuán (comps.). *Retos en la implementación de los Acuerdos de Paz en Colombia* (pp. 327-368). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sagüés, N. P. (2014). La modulación constitucional. Manifestaciones en el reciente constitucionalismo latinoamericano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 21, 277-291. Disponible en: <https://bit.ly/2AzrypB>.
- Vega Martinis, O. H. de la (2017). ¿Juicio al mal radical? Dos reflexiones acerca de la justicia transicional en Colombia. En G. Ruiz-Rico, I. Szegedy Maszák y R.

- A. Prieto Sanjuán (comps.). *Retos en la implementación de los acuerdos de paz en Colombia* (pp. 19-29). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vega Dueñas, L. C. (2018). Modelo de justicia transicional: el caso colombiano. En G. Ruiz-Rico, I. Szegedy Maszák y R. A. Prieto Sanjuán (comps.). *Retos en la implementación de los Acuerdos de paz en Colombia* (pp. 110-130). Valencia: Tirant lo Blanch.

**CUANDO LOS JUECES DECLARAN
INCONSTITUCIONAL LA CONSTITUCIÓN:
LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL EN AMÉRICA LATINA
A LA LUZ DE LAS ÚLTIMAS DECISIONES DE LAS
CORTES CONSTITUCIONALES**

**When judges declare Constitution as unconstitutional:
Presidential reelection in Latin-American according to
the last decisions of the Constitutional Courts**

ROBERTO VICIANO PASTOR¹
Universidad de Valencia
roberto.viciano@uv.es

GABRIEL MORENO GONZÁLEZ²
Universidad de Valencia
Gabriel.Moreno-Gonzalez@uv.es

Cómo citar/Citation

Viciano Pastor, R. y Moreno González, G. (2018).
Cuando los jueces declaran inconstitucional la
Constitución: la reelección presidencial en América
Latina a la luz de las últimas decisiones de las Cortes Constitucionales.
Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 22, 165-198.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.22.06>

Resumen

El presente artículo tiene por objeto el análisis crítico de las decisiones tomadas por varios tribunales supremos o constitucionales de Latinoamérica que han

¹ Catedrático de Derecho Constitucional de la Universitat de València y titular de la Cátedra Jean Mannet.

² Investigador de derecho constitucional de la Universitat de València.

permitido la reelección presidencial a pesar de la existencia, explícita, de su prohibición en la Carta Magna. La inaplicabilidad de previsiones constitucionales que han acordado, al considerarlas paradójicamente como «inconstitucionales», se sustenta en lo que los autores creen que es una confusión doctrinal y una errónea interpretación de categorías teóricas inadecuadas, en el marco, además, de la asunción hipertrofiada de funciones impropias a la naturaleza y fines de la justicia constitucional.

Palabras clave

Reelección presidencial; justicia constitucional; Convención Interamericana de Derechos Humanos; neoconstitucionalismo; limitación de mandatos.

Abstract

This article contains a critical review of the decisions that some Latin-American Supreme or Constitutional Courts have made allowing presidential reelection despite the explicit ban in the Constitution. According to the authors, the inapplicability of constitutional provisions, which have been declared as “unconstitutional” by Courts, derives from academic misunderstanding and wrong interpretations on inadequate categories. Due to this fact, Courts have assumed an improper and hypertrophied function beyond the nature and objectives of constitutional justice.

Keywords

Presidential reelection; constitutional justice; American Convention on Human Rights; neoconstitucionalism; mandate limitation.

SUMARIO

I. LA PROBLEMÁTICA DE LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL EN AMÉRICA LATINA. II. COSTA RICA 2003: UN CONTROVERTIDO CONTROL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL. III. NICARAGUA 2009: EL IMPULSO DE UNA NUEVA TENDENCIA JURISDICCIONAL. IV. HONDURAS 2015: LA REELECCIÓN COMO PROBLEMA CENTRAL DE LA CONSTITUCIÓN. V. BOLIVIA 2017: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CONTRA LA VOLUNTAD DE LOS CIUDADANOS. VI. ¿NORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES?: 1. El pretendido «derecho humano» a la reelección o la utilización torticera del control de convencionalidad. VII. CONCLUSIÓN. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. LA PROBLEMÁTICA DE LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL EN AMÉRICA LATINA

La primera legislación escrita que se ha conservado de la antigua Grecia procede de Dreros, en Creta, probablemente del 650 a. C, y limitaba el desempeño prolongado indebidamente de las principales magistraturas de la ciudad con el objetivo de evitar toda tiranía (Lane Fox, 2007: 100). Si el objeto tradicional del derecho constitucional, y aun del derecho en sí, ha sido el control y juridificación del poder político, no nos ha de extrañar que una de las constantes preocupaciones del mismo haya sido la limitación temporal de su ejercicio. Por ello, la ingeniería constitucional se ha volcado en la articulación de un sistema pretendidamente eficaz que evite la acumulación de poder y los efectos, adversos, que su prolongación en las mismas manos suele conllevar.

En esta lucha de siglos por la racionalización del poder político, y tras su superación personalista por la abstracción del Estado moderno (Requejo Pagés, 2016), se produce una temprana línea divisoria entre América y la vieja Europa (Blanco Valdés, 2006). En los albores del constitucionalismo y del liberalismo, el continente americano verá crecer en su seno una nueva República, Estados Unidos, que constituirá uno de los ejemplos más innovadores de la limitación, constitucional, de un poder político que, a diferencia de Europa, hundirá la legitimidad de todos sus estamentos en la voluntad popular (aunque fuera de manera limitada). Por el contrario, al otro lado del Atlántico los esfuerzos democratizadores y la conquista paulatina de las libertades, en

un inicio solo protagonizados por la burguesía, tendrán como obstáculo permanente a las anquilosadas estructuras ejecutivas de las monarquías. En estas, por su propia naturaleza, no cabía ni cabe regulación alguna de los mandatos, y su antagonismo con la institución de la asamblea, donde se concentrarán los avances democráticos, hará progresivamente parlamentarios a los sistemas constitucionales europeos. El Gobierno, poco a poco desgajado del monarca, derivará su legitimidad del capricho cambiante de las Cámaras, verdaderas protagonistas del nuevo orden constitucional y reacias, *per se*, a la personalización de todo poder.

En cambio, el presidente en Estados Unidos, asumiendo parte de las atribuciones y potestades tradicionalmente reales, sí será visto como un cargo que, por su raigambre democrática, no solo permitiría la alternancia, sino que la haría deseable. Es clásica la mención al discurso de despedida en 1796 de George Washington, primer presidente de EE. UU. y padre fundador, donde ya alerta del peligro de que el Estado se personalizara, y donde, con un virtuosismo de estilo inconfundible, expone los motivos de su temprana retirada de la más alta magistratura tras dos mandatos consecutivos.

El ejemplo de Washington, timbrado en su discurso, y el temor a lo monarquizante, que siempre impregnó las intervenciones de los *Founding Fathers* (Ellis, 2002), hicieron del límite temporal de dos mandatos una convención constitucional no escrita ni recogida en la Carta Magna, pero deseable en su respeto y en la garantía de su funcionalidad republicana. Convención que sería, además, respetada escrupulosamente hasta la presidencia de Roosevelt, cuando los embates de la guerra mundial y la popularidad del presidente en medio de la crisis económica que había asolado al país le granjearon el apoyo del pueblo norteamericano para, incluso, más de tres mandatos. Su temprana muerte, sin embargo, «posibilitó» que, tras dicha experiencia, se llevara finalmente a la Constitución la limitación absoluta de dos mandatos con la aprobación, en 1947, de la vigesimosegunda enmienda (ratificada en 1951).

Esta mayor personalización del poder político respecto de Europa que se da ya en los primigenios Estados Unidos se repetirá, con más intensidad si cabe, en la práctica totalidad de los nuevos Estados surgidos de la América española. Desde tiempos precolombinos y, por supuesto, durante el largo período colonial, las formas de poder latinoamericanas estarán presididas por una alta concentración y centralización, debidas no solo a las concepciones entonces reinantes, sino también a las características naturales y geográficas propias de una región de magnitudes inconmensurables. En el momento de la independencia de los primeros territorios españoles de ultramar el más cercano ejemplo de república libre que existía era el de la presidencialista Norteamérica, dada la mayoritaria pervivencia monárquica bajo sus múltiples formas en Europa; modelo este del que, precisamente, se separaban las élites liberales

de las incipientes naciones. El presidencialismo estadounidense será la referencia en una región con una tradición caudillista (Martínez Sospedra, 2011: 141-173) y donde los militares, nada dados al pluralismo y a la abstracción de la autoridad, tendrán la batuta desde los primeros estadios de las independencias. Uruguay, Chile o Brasil tendrán a lo largo de las últimas dos centurias períodos momentáneos de tímido parlamentarismo, pero nunca logrará triunfar y consolidarse. Perú, por su parte, constituirá casi siempre un caso extrañamente raro al presentar una especie de presidencialismo parlamentarizado y debilitado por un sistema de pesos y contrapesos un tanto *sui generis* (García Belaunde *et al.*, 2017: 9-24).

Fuera de tales momentos y excepciones, la nota dominante fue y sigue siendo hoy el presidencialismo, una forma de gobierno que en el continente ha venido acompañada, en muchas ocasiones, de tendencias caudillistas cuando no, directamente, de verdaderas dictaduras unipersonales. «Mucho gobierno y poco Estado», en referencia a la ausencia de un Estado de derecho firme que limite la autoridad de los respectivos Ejecutivos, es un aforismo que puede predicarse de no pocos sistemas políticos latinoamericanos, donde la crítica al hiperpresidencialismo por autores como Linz ha abierto la puerta a una reformulación, al menos teórica, de la conveniencia o no de tales sistemas (Linz, 1990: 51-60; 1994: 3-87). No es lugar este para ahondar en tales debates, sin duda enriquecedores, pero sí habría que hacer notar ciertas paradojas que se dan en los argumentos de los más férreos críticos del presidencialismo latinoamericano. Y es que, acusado de ser un injerto de otro sistema (el estadounidense) y no adecuarse a las verdaderas necesidades y exigencias de los países de América Latina, no debiera ser a su vez sustituido de golpe y sin adaptación por otros modelos, como el parlamentario, también extraños a la lógica latinoamericana y propio de dinámicas históricas diferentes. Al margen de que es muy discutible que la posición del presidente del Gobierno en un sistema parlamentario sea menos fuerte que la del presidente de la República en un modelo presidencialista, pues el primero, por la propia lógica del sistema, acumula la hegemonía en el Ejecutivo y también en la mayoría del Legislativo, cosa que no siempre ocurre en el presidencialismo. De todos modos, cualquier intento de replantear los sistemas de gobierno latinoamericanos ha de partir, antes que nada, de la firme voluntad constituyente de sus pueblos y de la consiguiente experiencia atesorada. Los híbridos constitucionales surgidos de la mera acumulación por prurito técnico o generalizada imitación reverencial no suelen arrojar, precisamente, resultados óptimos (Gargarella, 2014: 97-111).

Sea como fuere, la cuestión de la personalización del poder, de su concentración y continuidad sigue siendo un problema candente en el marco de los presidencialismos latinoamericanos. Durante el siglo xx, y como quiera que en ellos los peligros mencionados se incrementaban debido a las características

políticas de la región y a una historia decimonónica «rica» en dictaduras y regímenes autocráticos, la tendencia a la constitucionalización de férreos límites a la reelección presidencial se consolidó. El paso del liberalismo a un tímido liberalismo democrático en América Latina al amparo de la renovada fórmula de la democracia constitucional vino así, con la única excepción de Paraguay (Oría, 1995), acompañado de la restricción temporal de la máxima magistratura del Estado. Con la referencia de Estados Unidos y con los auspicios de la teoría del poder que, desde la Antigüedad, contemplaba como virtud la alternancia política, los Estados latinoamericanos en transformación creyeron encontrar en la limitación de mandatos una solución aceptable para el eterno problema del caudillismo autoritario (Treminio Sánchez, 2013: 65-70).

En los noventa, sin embargo, comenzó una ola de reformas para modificar las cláusulas absolutas de no reelección, convirtiendo estas en alternas (tras un período fuera del cargo, se puede volver a postular), continuas pero limitadas (máximo dos períodos, por ejemplo) o directamente ilimitadas. Así ocurrió, con mayor o menor éxito en tales iniciativas, en Perú en 1993 (Fujimori), en Argentina en 1994 (Carlos Menem) o en Brasil en 1999 (Fernando Henrique Cardoso). Asimismo, esta tendencia favorable a la reelección limitada encontrará buena acogida desde el comienzo en el seno del nuevo constitucionalismo latinoamericano (Viciano Pastor y Martínez Dalmau, 2011). La Constitución de Colombia de 1991, iniciadora de ese movimiento, instaurará la reelección continuada para un solo mandato, criterio que se seguirá posteriormente en Venezuela con la Constitución de 1999, y que se adoptó en las últimas de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), sustituyendo en estos casos la reelección alterna (prohibición de continuidad) por la continua de dos períodos presidenciales (Treminio Sánchez, 2013: 70-73). Hay que destacar, no obstante, que estas constituciones, salvo la de Colombia, incorporan la novedosa revocatoria de mandato del presidente de la República, lo que permite impedir la prolongada permanencia de un presidente no deseado por la población.

A pesar de esta última tendencia apuntada, la limitación constitucional *a priori* sigue siendo la nota dominante en los presidencialismos latinoamericanos, y la fuerza de resistencia que las constituciones proyectan ha permitido que las cláusulas hayan podido hacer frente a los deseos de permanencia de muchos mandatarios. Sin embargo, se ha asistido también en los últimos años, con ejemplos muy recientes además, a una nueva ola de cambios constitucionales para favorecer la reelección indefinida; ola que no viene, empero, precedida de la voluntad constituyente o del ejercicio legítimo del poder de reforma constitucional. Distintos gobernantes han logrado acudir a sus respectivos órganos de justicia constitucional para declarar inaplicables o inconstitucionales, por paradójico que parezca, las prohibiciones de reelección que sus normas fundamentales expresamente establecen. En Costa Rica (2003),

Nicaragua (2009), Honduras (2015) y Bolivia (2017), las previsiones taxativas de la Constitución en la materia se han conseguido sortear a través de sentencias cuanto menos controvertidas de los órganos que, en teoría, deberían velar por su recto cumplimiento y garantía; sentencias que ahondan el hiperpresidencialismo en los cuatro países.

Aunque podemos encontrar antecedentes claros de interferencia del Poder Judicial a favor de la reelección a pesar de la prohibición en la norma suprema, como el de Perú de 1997, no ha sido hasta los casos costarricense y nicaragüense cuando, abiertamente, una Corte ha declarado inconstitucional un precepto de la Constitución. En el Perú, los intentos por reelegirse de Fujimori finalmente lograron plasmarse en la Ley de Interpretación Auténtica, un sinsentido jurídico mediante el cual se vaciaba la prohibición constitucional de repetir más allá de dos mandatos. Llevada ante el Tribunal Constitucional, acusada de claro vicio de inconstitucionalidad, el Congreso inhabilitó a tres de sus magistrados impidiendo, con ello, el *quorum* necesario y dando vía libre, mediante el «sobreseimiento» acordado por los magistrados restantes (art. 4 LOTC de Perú), a la reelección del autoritario presidente para un tercer mandato en el año 2000. Las circunstancias políticas posteriores, de sobra conocidas, llevarían a una reforma constitucional antifujimorista tras las elecciones (Ley 27365), prohibiendo la reelección inmediata y circunscribiendo los mandatos a cinco años (Carpio Marcos, 2000).

II. COSTA RICA 2003: UN CONTROVERTIDO CONTROL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Desde la sentencia de Costa Rica, sin embargo, se ha inaugurado un ciclo ciertamente preocupante desde el punto de vista constitucional, como decíamos, y en el que las Cortes han asumido un papel constituyente que no les corresponde y donde, mediante la utilización de espurios argumentos pretendidamente jurídicos, han modificado los contenidos de las propias Constituciones que debieran hacer cumplir y, en todo caso, interpretar. El temor al caudillismo y la necesidad política de la alternancia, entendida esta como mejor antídoto frente a aquel y como salvaguarda de la pluralidad democrática, quedarían así removidos no por el deseo expreso del pueblo, verdadero constituyente y único legitimado al efecto, sino por la decisión jurídicamente endeble, tal y como ahondaremos en los siguientes epígrafes, de los jueces constitucionales. Algo que puede reforzar las críticas al hiperpresidencialismo que tanto temían los griegos de Creta o los norteamericanos de Washington, pero que parece aventurarse con fuerza en determinados sistemas

constitucionales y que, en última instancia, puede también menoscabar la esencia democrática de estos (McConnell, 2010).

En este sentido, el caso costarricense ha de enmarcarse en el papel preponderante que la Corte Suprema, a través de su Sala Constitucional (denominada Sala IV), ha venido desempeñando en la configuración y determinación del sistema político del pequeño país centroamericano (Martínez-Barahona, 2010: 723-750). La Constitución de 1949 permitía la reelección al presidente tras un período fuera del poder, pero una enmienda constitucional de 1969 la terminaría prohibiendo totalmente (art. 132). El debate iniciado por el presidente Óscar Arias (1986-1990, 2006-2010) sobre la posibilidad de su reelección se centraría a principios de la década de 2000 en la «inconstitucionalidad» de dicha enmienda; debate que llegaría, a través de los diputados de su partido, a un intento de nueva reforma constitucional cuya tardanza, debido a las dificultades y trabas parlamentarias, alentó la interposición de un recurso ante la Corte Suprema. Mediante la Resolución 2000-7818 la Sala Constitucional rechazó, sin embargo, que la alegación de supuestas taras procedimentales en el trámite de la enmienda de 1969 pudiera ser de tal entidad como para declarar esta inconstitucional. No obstante, la perseverancia del partido de Arias llevaría de nuevo el caso ante una Corte más proclive, que en 2003, y sobre un recurso con argumentos diferentes, anularía mediante la polémica Resolución 2003-2771 la enmienda de 1969, permitiendo, con ello, la reelección de Arias.

Los argumentos esgrimidos en esta última sentencia fueron fundamentalmente dos (Romero Pérez, 2015). Por un lado, y aquí reside la diferencia principal con el resto de casos que veremos con mayor profundidad, se insiste en la sentencia en que la reforma de 1969 era inconstitucional, de fondo, por incorporar una regresión en los derechos fundamentales (el de participación política) mediante la institución de la reforma, y no del poder constituyente. Solo a este pertenece, según la Sala Constitucional de la Corte Suprema, la posibilidad de enmendar totalmente la Constitución, o de redactar una nueva, y de hacerlo regresivamente. Según la Sala, un límite sustantivo al poder de reforma se encontraría, por ende, en el principio de no regresividad, a pesar de que la Ley de jurisdicción constitucional n.º 7135 de 1989, que regula las funciones y atribuciones de la Sala Constitucional, impide taxativamente (arts. 73 y 76) el control material de las reformas constitucionales (Romero Pérez, 2015: 130), y a pesar, asimismo, de que la Constitución no consagra en ningún artículo el principio de no regresividad.

Por otro lado, y al igual que harán las Cortes de Nicaragua, Honduras y Bolivia, se considera en la sentencia que la prohibición de la reelección conlleva un menoscabo en los derechos fundamentales, como el de participación política (sufragio pasivo) o el de igualdad. La existencia de una disposición

que aun teniendo rango constitucional restrinja desproporcionalmente tales derechos puede dar lugar, como así aprecia la Sala, a vicio de inconstitucionalidad debido a la presencia de una antinomia, presencia que creemos infundada, como a continuación veremos en detalle respecto a los siguientes, y similares, casos.

El grueso de la argumentación de la Sala consistió, aun así, en su pretendida facultad de controlar una reforma constitucional basándose en las limitaciones intrínsecas que dicha institución contiene. En los casos nicaragüenses (aunque aquí también hubo una reforma con parecidas características), hondureño y boliviano, el peso de la decisión ha recaído en la supuesta contradicción interna entre preceptos y en la consideración, consiguiente, de que existe una parte de la Constitución con una potencialidad jurídica mayor que el resto de previsiones. Aunque en la sentencia costarricense ya podemos encontrar perfilados los argumentos principales sobre los que recaerán las subsiguientes decisiones, la centralidad que ocupa en ella la posibilidad de controlar judicialmente la reforma constitucional le resta interés para el objeto central de este artículo, a saber, la de falta de fundamento de las declaraciones de inconstitucionalidad de normas constitucionales por la concurrencia de antinomias internas.

Sea como fuere, la anulación por parte de la Corte Suprema de la prohibición de reelección que contenía el art. 132 de la Constitución de Costa Rica permitió de nuevo la elección de Óscar Arias y su nombramiento como presidente de la República para otro mandato (2006-2010), inaugurando, como decimos, un ciclo de polémicas sentencias prorreelección que tendría su segundo paradigma en Nicaragua y que, a continuación, pasaremos a analizar con más detalle.

III. NICARAGUA 2009: EL IMPULSO DE UNA NUEVA TENDENCIA JURISDICCIONAL

Nicaragua, siguiendo la estela latinoamericana indicada al principio, se constituye en una República presidencialista donde el Jefe de Estado, también Jefe de Gobierno, es la figura política esencial en la que convergen las competencias más relevantes y sobre la que pivota la articulación del resto de poderes constituidos. La Constitución actualmente vigente, de 1987, ha sufrido ocho reformas y sucesivas «ampliaciones» mediante los mecanismos jurídicos de las leyes constitucionales y las leyes marco, las cuales, aun no añadiéndose al texto de la Carta Magna, la complementan en pie de igualdad, conformando, con ello, una especie de bloque de constitucionalidad *sui generis*. El sistema constitucional, de clara impronta sandinista y producto de las transformaciones y el

contexto en los que este movimiento logró triunfar y consolidarse, es garantizado en última instancia por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, encargada de velar por el recto cumplimiento de las disposiciones de la Carta Magna y cuya accesibilidad, si la comparamos con la de los países europeos o incluso de su entorno, es bastante amplia y generosa. Hay que destacar, asimismo, que ni la Constitución ni las leyes complementarias han sido nunca refrendadas por el pueblo nicaragüense, a pesar de lo cual dicen predicarse de su directa y soberana voluntad.

Ficción jurídica aparte, la Constitución prevé (aunque ya no se aplique) en sus arts. 147 y 178 la prohibición de reelección más allá de dos mandatos tanto para el presidente y el vicepresidente de la República como para los alcaldes y vicealcaldes de los municipios del país. Esta limitación de mandatos fue introducida mediante el art. 13 de la Ley n.º 192, de reforma parcial de la Constitución Política de Nicaragua, de 4 de julio de 1995, una de las múltiples reformas constitucionales que, como decíamos, se han producido en el sistema político nicaragüense. Sin duda, pesaría en la intención de la reforma el miedo de la oposición al continuismo y al caudillismo tras la guerra con la *contra*, en un contexto tradicional de falta de pluralismo político. La Constitución solo circunscribe tal limitación de mandato, sin embargo, a los cargos ejecutivos mencionados, pero no la extiende a otros de carácter representativo, como los diputados de la Asamblea Nacional o los representantes ante el Parlamento centroamericano. Tales disposiciones constitucionales son, además, taxativamente claras y no pueden dar pie, por su tenor literal, a interpretaciones espurias que desvirtúen su finalidad explícita.

No obstante, en 2009, el presidente de la República, Daniel Ortega, quien, junto con el histórico Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN), había ganado las elecciones y regresado al poder a finales de 2006, interpuso un recurso ante el Consejo Supremo Electoral para que este le permitiera volver a presentarse como candidato en 2011, ya que previamente, hasta 1990, había sido presidente bajo la Constitución del 87. La fundamentación de la petición, que será la que siga también más tarde ante la Sala Constitucional, se basa en la supuesta existencia en la Carta Magna de una antinomia jurídica por la que, de un lado, se reconocería y garantizaría el principio de igualdad en y ante la ley, y, de otro, se establecería una prohibición que expresamente atentaría contra dicha igualdad y sus derechos de participación política. El recurso, no obstante, sería rechazado por el Consejo Supremo Electoral, con una argumentación harto interesante. El máximo órgano de garantía de las elecciones en Nicaragua, de mayoría sandinista, se abstendría de entrar en el fondo al decir, expresamente, que el alcance y la posibilidad de existencia de antinomias constitucionales no sería de su competencia, sino de la Corte Suprema y su Sala Constitucional, dando con ello a entender que,

en efecto, habría una contradicción en la Norma Fundamental que podría salvarse a favor del recurrente. Con ello, Daniel Ortega y decenas de alcaldes y vicealcaldes de los municipios del país acudieron finalmente en amparo a la Corte alegando el menoscabo que la decisión del Consejo Supremo Electoral producía en sus derechos fundamentales.

Admitido a trámite el amparo, la Sala Constitucional emitió el 19 de octubre de 2009 la Sentencia n.º 504, objeto aquí de nuestro análisis. En dicha resolución, el más alto tribunal nicaragüense hace suyos los argumentos planteados por el presidente Ortega y los alcaldes y vicealcaldes, y no solo reconoce la existencia de una antinomia constitucional, sino que resuelve esta a través de la declaración de inconstitucionalidad y, por ende, de inaplicabilidad, de la previsión *constitucional* recogida en los arts. 147 y 178, que establecen la limitación de mandatos. Frente a estas limitaciones, integrantes de la parte orgánica de la Constitución donde se regulan los poderes del Estado, dice la Corte que se yerguen los principios, valores y derechos fundamentales que han de informar dicha parte orgánica y que, en consecuencia, están por encima de ella. Aunque acude a multitud de artículos, incluidos los referentes a la soberanía y autodeterminación de Nicaragua, el principal aducido es el art. 48, que reza: «Es obligación del Estado eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país». Así, esta disposición tendría el poder por su fuerza dogmática, y de acuerdo con el razonamiento de la Corte, de anular por inconstitucional cualquier otra disposición orgánica de la propia Constitución. Es más, recuerda la Corte que ya en anteriores ocasiones había tenido que acudir a la diferencia cualitativa entre la parte dogmática y la orgánica para resolver ulteriores antinomias, como la supuestamente existente entre diversas limitaciones que establecía la Ley Electoral, de rango constitucional, y los principios y derechos generales que establecía el corpus originario de la Carta Magna (sentencia de 12 de marzo de 2004).

Pero ¿por qué para la Corte Suprema la parte dogmática es superior a la orgánica y por qué, en consecuencia, la limitación constitucional de mandatos puede ser declarada inconstitucional? Toda la respuesta argumentativa se basa curiosamente en una cita que, descontextualizada, se hace de un pasaje de García de Enterría (1994: 97-103). En él, el célebre administrativista español describe las teorías alemanas que más adelante veremos (epígrafe 6) de la superioridad de determinados valores y principios sobre el resto del edificio constitucional, en el que este se fundamentaría. Utilizando expresiones y categorías de honda impronta schmittiana («decisión suprema de la comunidad», «unidad material de sentido»), García de Enterría incluso hace referencia a la teoría de Bachof de que, dados unos valores imbuidos de tal decisión fundamental y ontologizados por encima de cualquier otra disposición, pueden

existir en la Constitución disposiciones... inconstitucionales. En efecto, si la comunidad política ha decidido que concretos principios sean los que revisitan jurídicamente la decisión fundamental originaria de crear y constituir el Estado, tales principios han de presidir todo el andamiaje que se crea, proyectándose sobre él como mandatos con fuerza vinculante y anuladora. Lo cierto es que la cita tampoco se corresponde con la realidad que la Corte Suprema intenta desvelar en esta sentencia. García de Enterría dice expresamente que los valores supremos (que en el caso nicaragüense serían la igualdad, la libertad, el pluralismo político o la unidad centroamericana, consagrados en el timbre de la Constitución) han de prevalecer sobre cualquier «construcción interpretativa y dogmática que concluya con un resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales» (García de Enterría, 1994: 103). Como puede comprobar fácilmente el lector, el jurista cántabro se refiere específicamente a interpretaciones, no a normas constitucionales *per se*. La Corte nicaragüense, por el contrario, justo tras citar la frase aquí transcrita de García de Enterría, añade: «De ello se infiere que los Principios Constitucionales que informan nuestra Constitución Política en su Preámbulo y Parte Dogmática, prevalecen sobre el resto de Disposiciones Constitucionales que conforman nuestra Constitución Política» (considerando V, p. 16). Es decir, no sobre las interpretaciones que la propia Corte, en su calidad de supremo intérprete de la Norma Fundamental pudiera hacer, sino sobre partes integrantes de la propia Constitución. Antinomias constitucionales, se aduce, que habrán siempre de ser solventadas a través de la inaplicabilidad y la declaración de inconstitucionalidad de las previsiones *constitucionales* contrarias a los valores y principios fundamentales y, por lo que se ve, antagónicos.

Sin entrar siquiera a analizar fundamentos externos que puedan rebatir tales posiciones, el yerro en la argumentación interna, basada en la manipulación de una cita doctrinal, parece evidente. Además, acto seguido, la Corte dice que, aunque el constituyente pueda establecer excepciones al principio de igualdad y, por ende, reconocer determinadas discriminaciones, estas han de basarse en criterios de justificación objetiva y razonable (considerando VI, p. 17, y considerando VII *in toto*). La limitación constitucional de mandatos, prosigue, no sería una discriminación ni razonable ni objetiva, por cuanto solo se impone a los cargos electos de presidente y vicepresidente de la República y de alcaldes y vicealcaldes, pero no al resto de los representantes elegidos democráticamente por el pueblo nicaragüense. Olvidando que no corresponde a la Corte la tarea asignada al constituyente de determinar qué excepciones constitucionales se fijan a cualquier precepto constitucional, la Corte asume el rol de intérprete de la voz constituyente obviando que la mejor manera de escucharla es leer lo que en su día, y en teoría, expresaría taxativa y meridianamente en el propio texto constitucional.

No obstante, intenta fortalecer su posición alegando que la Ley n.º 192, de 1995, de reforma constitucional, y que es, recordemos, la que incorpora en el texto la limitación de mandatos, no es expresión del poder constituyente, sino del «constituyente derivado», que identifica con el poder de reforma. Por tanto, en su argumentación, no parecería razonable que un constituyente derivado limitara la decisión del constituyente originario.

Empero, cabe recordar que tanto la reforma constitucional de 1995 como la Constitución de 1987 no fueron en ningún momento refrendadas por el pueblo nicaragüense, sometiéndose a procedimientos de aprobación simplemente parlamentarios y sin la legitimidad directa del constituyente. De ahí que aducir una especie de prevalencia de unas normas sobre otras, debido a su supuesta legitimidad de origen, no parece sensato cuando se comprueban los parámetros democráticos usados, y más habida cuenta de las argumentaciones ulteriores que la propia Corte desarrolla.

Por último, la Sala Constitucional (considerando VIII, p. 22) justifica también su resolución de la aparente antinomia a favor de los recurrentes en que la limitación de mandatos, aun constitucionalmente establecida, coarta la libertad del pueblo nicaragüense, que, en uso de su soberanía, decide en las elecciones periódicas que al efecto se celebran quiénes han de ser sus representantes y por cuánto tiempo han de ejercer el mandato. Siendo sustancialmente cierta la afirmación, debe objetarse a la Sala Constitucional nicaragüense que esa decisión soberana sobre quiénes han de ser sus representantes cualquier pueblo la adopta mediante elecciones libres. Pero la decisión sobre por cuánto tiempo han de ejercer el mandato cualquier pueblo la decide en el momento de elaboración del texto constitucional y no cada vez que ejerce su derecho al voto. Por tanto, solo realizando una modificación formal de la Constitución, a través del procedimiento de reforma, podría modificarse tal decisión.

La sentencia, siguiendo los razonamientos aquí expuestos, y pródiga en la cita de autores españoles (Pérez Tremps, Hernández Gil, Aguiar de Luque, López Guerra, García Morillo o el propio García de Enterría), declara finalmente, y como era de esperar, la inaplicabilidad del artículo constitucional que prevé la limitación de mandatos, permitiendo la posibilidad de reelección para la Jefatura del Estado al presidente Daniel Ortega, como así ocurrió tanto en 2011 como, posteriormente, en 2016 (González Marrero, 2012: 137-176).

IV. HONDURAS 2015: LA REELECCIÓN COMO PROBLEMA CENTRAL DE LA CONSTITUCIÓN

El caso hondureño, sustanciado en 2015 mediante la sentencia de 22 de abril de 2015 (RI 0243-2015), es muy similar al nicaragüense en cuanto a los

resultados, no así en lo referente a la cuestión de fondo que se analiza, dadas las peculiaridades del sistema constitucional de Honduras. La sentencia, pródiga en extensión pero un tanto parca en argumentación y fundamentación, termina declarando inaplicables el art. 239 de la Constitución, que establece la pérdida de ciudadanía a quienes «inciten, promueven o apoyen el continuismo o la reelección del Presidente de la República», y el art. 42.5, que prohíbe taxativamente la propia reelección mediante una cláusula pétrea o de intangibilidad. En efecto, y aquí es donde reside una de las principales peculiaridades del sistema hondureño (pero no la única, como veremos), el art. 239 impone una pena de inhabilitación de diez años para todos aquellos que quebranten la prohibición o, ¡cuidado!, propongan su reforma. Asimismo, la intangibilidad de la prohibición constitucional se reitera y refuerza en el art. 374, donde se especifica que en ningún caso la reforma de la Constitución podrá afectar a la forma de gobierno y, entre otras cuestiones, a la «prohibición para ser nuevamente Presidente de la República».

Más allá de los excesos punitivos, que comentaremos en las páginas siguientes, vale la pena traer a colación la sentencia de la Corte Suprema de Justicia hondureña, de 26 de marzo de 2008, que declaró inconstitucional una reforma de la Constitución habida en 2003 y con la que se eliminaba la prohibición de que el presidente del Congreso se postulara para la Jefatura del Estado. Es decir, la Constitución de 1982 no solo prohíbe la reelección, sino también la elección (causas de inelegibilidad) a determinados cargos, entre los que no figura sin embargo el presidente del Congreso, y esta previsión queda asimismo amparada en la cláusula de intangibilidad que cierra la Carta Magna. La reforma, al intentar modificar esta prohibición y entrar dentro de tal cláusula, es declarada por motivos *formales* inconstitucional y nula. Pero, y es lo que aquí nos interesa, el Alto Tribunal hondureño lleva a cabo un análisis, antes de dicha conclusión, sobre la posible compatibilidad de las prohibiciones constitucionales ya existentes con los derechos fundamentales de igualdad y participación política a la luz tanto de la Constitución *in toto* como de los tratados internacionales suscritos por el Estado hondureño. En la búsqueda de una posible antinomia al respecto, y movida por los argumentos y el *petitum* de los demandantes, la Corte se reafirma en la pertinencia de las prohibiciones debido a que, en primer lugar, es una decisión del poder constituyente originario que no puede someterse, por ende, a un control jurisdiccional *ex post* (considerandos 23, 24, 25 y 26), y en segundo lugar, a que la determinación de incompatibilidades, inelegibilidades o prohibiciones responde a otros valores e intereses superiores como la «perpetuación del Estado y la forma republicana», no atentando en ningún momento contra los derechos fundamentales que la misma Constitución establece por cuanto responden tales limitaciones a un fin legítimo y de igual valor jurídico (considerandos 21 y 22).

De este modo, la sentencia viene a reconocer la supremacía del poder constituyente sobre el poder de reforma a la hora de determinar el contenido de la Constitución, incluyendo la posibilidad de que el primero imponga al segundo una cláusula pétrea o de intangibilidad. El pueblo, defiende la sentencia, en uso de su soberanía, es el que originariamente «crea» el Estado mediante el pacto político que deviene en juridicidad constitucional, y dicha voluntad no puede ser modificada ni siquiera por mayorías cualificadas del poder constituido (Congreso Nacional) que, en el uso de su poder de reforma constitucional, intenten subvertir los límites que el titular de la soberanía en su día les estableció. Imposiciones que, por otra parte, al buscar la persecución de un interés legítimo, como pueda ser la continuidad de la República y del pluralismo político, en el temor de un continuismo autoritario nada extraño en la región, son perfectamente adecuadas y no pueden ser declaradas inconstitucionales ni por su propia naturaleza y fuerza constituyente/constitucional ni por ningún menoscabo de los derechos fundamentales interpretados extensivamente ni siquiera, como la propia Corte aquí indica, a la luz de los tratados y convenios internacionales en la materia. Estos argumentos, además, serían reiterados y reafirmados posteriormente en la sentencia de la Corte Suprema de 15 de noviembre de 2008.

Aunque no es nuestra labor la de entrar a analizar la realidad fáctica del país, se hace no obstante necesario mencionar siquiera el golpe de Estado que, un año después de estas dos sentencias, en 2009, se perpetró contra el entonces presidente de la República, Manuel Zelaya (Treminio Sánchez, 2016: 242-247). El presidente y su partido, conscientes de la intangibilidad de la prohibición de reelección constitucional y de las trabas que la propia Constitución establecía para su modificación en otros aspectos, llevaron a cabo una campaña para establecer en las nuevas elecciones una «cuarta urna» con la que consultar al pueblo hondureño si quería convocar una asamblea constituyente con el objetivo de cambiar la Constitución. Sin embargo, los tribunales, la oposición (el Partido Nacional) y el Ejército entendieron esta iniciativa como ilegítima e inconstitucional, pues alegaron que se trataba de una estrategia de Zelaya para eliminar la prohibición de reelección y, a través de un golpe de Estado, expulsaron del poder al presidente. Curiosamente será el Partido Nacional, principal denunciante de la maniobra presuntamente reeleccionista de Zelaya y máximo beneficiario del golpe, el que en 2015 promueva el recurso contra la prohibición constitucional de reelección resuelto por la sentencia que ahora abordamos y que, en ese momento de interposición del recurso, impedía que el presidente Juan Orlando Hernández, del mismo Partido Nacional, pudiera optar a la reelección.

Así las cosas, en abril de 2015, y ante las próximas elecciones presidenciales de 2017, un grupo de diputados del Congreso Nacional y el expresidente

Rafael Leonardo Callejas Romero interponen un recurso de inconstitucionalidad tanto contra los artículos que recogen la ya vista prohibición de reelección presidencial como los que persiguen y penan cualquier debate que la cuestione; impugnación que se hace extensiva a las normas penales que desarrollan las previsiones constitucionales.

De acuerdo con estas, en Honduras constituye delito la defensa o la mera promoción de la posibilidad de reelección, prohibiéndose incluso opinar sobre el ejercicio de este «derecho» bajo penas draconianas: de seis a diez años de cárcel. Previsión a todas luces, como se puede comprobar, desproporcional en cuanto a la defensa de la previsión constitucional, donde no se especifica, además, protección penal alguna.

Aunque en nada tendremos que regresar al derecho penal hondureño, el núcleo de las demandas de los recurrentes que tenemos que destacar se concentra en la posible vulneración de los derechos fundamentales de la propia Constitución por, efectivamente, las previsiones que la misma establece en cuanto a la reelección. Se aduce que la prohibición de esta atenta contra el derecho a la igualdad de los ciudadanos y el derecho a la participación política, así como contra otros derechos humanos y fundamentales amparados en los tratados internacionales ratificados por Honduras en uso de su soberanía. Entre ellos destacaría, además, la Convención Interamericana, que, a juicio de los recurrentes, no posibilitaría la vulneración de tales derechos con base en los arts. 37, 45, 61 y 72 (apdo. 2 de la sentencia). Asimismo, se citan la Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 2, 7, 10, 18 y 19), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2, 3, 19 y 26) y hasta vagas referencias al derecho natural.

La Corte asume esta teórica antinomia en el interior de la Constitución y la termina resolviendo a favor de los derechos que entiende vulnerados a través de lo que creemos que constituye una tergiversación del planteamiento de Ferrajoli. En efecto, en el considerando 1.º se hace referencia explícita a la consabida doctrina del jurista italiano y a su libro *Poderes salvajes* (Ferrajoli, 2011) para defender la posibilidad de declarar inaplicables previsiones constitucionales por vulneración de los derechos fundamentales, en la medida en que estos, como defiende el florentino, serían indisponibles para los poderes constituidos y aun para las expresiones más enfáticas de la soberanía popular. Ahora bien, al contrario de lo que enseña de manera infundada la Corte Suprema, de la cita de Ferrajoli no puede desprenderse la defensa por este de la inconstitucionalidad de normas constitucionales que limiten, desde el poder constituyente, el ejercicio de los poderes constituidos (Rivera Portillo, 2017: 78 y ss.). Es más, este es el origen mismo y el objetivo último de toda la concepción constitucionalista, de la que Ferrajoli es un firme defensor y uno de sus más famosos baluartes contemporáneos: el de restringir y dividir

el poder para evitar su concentración y su extralimitación. La Constitución, en el pensamiento del profesor italiano, se erige en el medio más eficaz de controlar al poder (no solo político, sino también económico y mediático), y para ello el prediseño constituyente de la parte orgánica de toda carta magna se vuelve esencial. Es esta parte, con su sistema de pesos y contrapesos y sus limitaciones más contundentes, la que crea el marco institucional más óptimo para el libre desenvolvimiento de los derechos fundamentales y su disfrute por parte de los ciudadanos. Restricciones como la limitación de mandatos, que se derivan de esta concepción constitucionalista y limitativa del poder político no solo no serían rechazadas en el seno del garantismo, sino, por el contrario, impulsadas. Volveremos a ello más adelante.

Sea como fuere, de esta pretendida interpretación *ferrajoliana* la Corte deduce los demás presupuestos argumentativos que sustentan el fallo, olvidándose de las sentencias anteriormente dictadas y sucintamente analizadas anteriormente. En los considerandos 3.º, 4.º y 5.º intenta, en este sentido, reforzar la supuesta antinomia al insistir en que la limitación constitucional de mandatos restringe la capacidad «soberana de participación cívica y política de los asuntos concernientes al Estado» [*sic*], confundiendo así el ejercicio ordinario y jurificado de la función electiva con el ejercicio extraordinario de la función constituyente. Además, la Corte afirma tal presuposición alegando la vulneración de un «derecho universal de elegir y ser electo», sin atender a la posibilidad de que este pueda ser modulado en la parte orgánica para salvaguardar otros legítimos intereses o valores constitucionales, en la medida, además, en que caben excepciones a las normas generales desde el mismo rango jerárquico. Por si fuera poco, la Corte inserta el derecho en las normas internacionales de *ius cogens*, equiparando así un supuesto derecho humano a la reelección con las convenciones de La Haya.

Posteriormente, citando incluso al Tribunal Constitucional español, la Alta Corte hondureña redundante en la necesidad de interpretar las leyes conforme a los derechos fundamentales y a principios como el *pro homine*, confundiendo constantemente el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, inferiores en rango a la Constitución, con la supuesta necesidad de proteger esta de sí misma (Rivera Portillo, 2017: 93). Y es que, sencillamente, no pueden aplicarse los mismos criterios interpretativos que se proyectan desde los derechos fundamentales sobre las leyes de desarrollo, los que pretendidamente se intentan elaborar para solucionar antinomias entre disposiciones constitucionales de igual valor jerárquico normativo y de igual legitimidad.

En los considerandos 10 y 11, por su parte, se llega al cénit de la paradoja. La Corte afirma que la limitación de mandatos supone una restricción desproporcional que atenta contra los principios *pro homine* y al derecho de libertad, denunciando la falta de consideración que, supuestamente, el

constituyente tuvo hacia ellos. El Alto Tribunal no interpreta aquí la Constitución, sino que directamente sustituye, como vemos, al propio poder constituyente; operación aún más gravosa e impactante, pues alega que actualmente es innecesaria de la limitación de mandatos, después de que [sic] «diez procesos electorales hayan contribuido a fortalecer el ejercicio de los derechos políticos en el sistema democrático [hondureño]». No hace falta acudir a informes internacionales para develar tal impostura, pues recordemos que fue precisamente la problemática de la reelección presidencial la que desencadenó el golpe de Estado contra el presidente Zelaya en 2009.

En el considerando 14 la Corte analiza algo que, *a priori*, no debiera ser objeto de atención en este estudio, pero que, aun no estando ligado a la limitación de mandatos, es utilizado torticeramente en la sentencia para hacer una deducción inversa. Nos referimos a la restricción de la libertad de expresión que implica el tratamiento draconiano que hace el Código Penal en cuanto a la temática de la reelección, y que ya indicamos (imposición de penas altísimas por la mera formulación de opiniones al respecto). Pues bien, y aunque pueda resultar extraño, el Alto Tribunal termina concluyendo la inaplicabilidad final de la cláusula de reelección por la inconstitucionalidad de tales previsiones penales, obviando que estas no se desprenden de mandato constitucional alguno y que sí pueden ser analizadas bajo el prisma del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes al amparo, ahora sí, de los derechos fundamentales. En un *totum revolutum* final, la Corte, aduciendo también la vulneración de la Convención Interamericana y el respeto a la libertad de expresión que esta impone, termina la sentencia y determina el fallo sin haber vuelto a la cuestión principal de la propia *ratio decidendi*, a saber: la aplicabilidad o no de la limitación constitucional de la reelección presidencial, declarándola finalmente... inaplicable.

En resumen, la Corte contradice su propia jurisprudencia anterior, donde ya había aclarado, como vimos, que las restricciones constitucionales para la elección o reelección respondían a intereses legítimos (preservación de la forma republicana *inter alia*) y que eran, por ende, aceptables, para declarar inaplicable (trasunto de inconstitucional) el art. 239 de la Constitución, que establece la prohibición de la reelección presidencial; prohibición que, recordemos, estaría sujeta, además, y por si fuera poco, a una cláusula de intangibilidad siguiendo los deseos constituyentes. Y todo ello lo realiza mediante una argumentación endeble, carente de fundamento o, cuando no, directamente paradójica en su dinámica interna, en la que se aducen desde el derecho natural a pretendidas disposiciones de *ius cogens*, para terminar deduciendo de la inconstitucionalidad (posible y hasta deseable) de unas previsiones penales, la propia inconstitucionalidad de unas disposiciones de la Carta Magna que, ni siquiera, les dan cobertura. Como dicen en su temprano análisis de la

sentencia Zúñiga Urbina y Cárcamo Tapia, «la Corte Suprema hondureña ha pasado con su decisión todo límite: si un poder constituido ignora su calidad de tal, reformando la norma que lo legitima como poder público, se transforma en definitiva en poder constituyente y, por tanto, en usurpador de la soberanía popular» (2015: 228).

V. BOLIVIA 2017: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CONTRA LA VOLUNTAD DE LOS CIUDADANOS

El caso de Bolivia reviste especial gravedad porque la sentencia del Tribunal Constitucional que ha permitido que el presidente de la República pueda ser reelecto se produce después de que tuviera lugar un malogrado proceso de reforma constitucional, *ad hoc*, para eliminar la prohibición de reelección presidencial que, como veremos, fue abortado por el voto negativo a dicha reforma mediante referéndum popular.

Tras la llegada al poder del presidente Evo Morales en 2005, y la convocatoria de una Asamblea Constituyente en 2006, se había producido en el país un proceso de transformación sin igual en su historia, rica en avatares autoritarios y dependencias oligárquicas y extranjeras. La inestabilidad de la constituyente, continuamente boicoteada por la oposición conservadora, hizo que el texto definitivo de 2009 fuera en algunos aspectos esenciales el resultado de un compromiso entre fuerzas políticas contrapuestas (Viciano Pastor y Storini, 2016). Uno de los resultados de aquellas tensiones y transacciones fue, de hecho, el acuerdo de que el presidente no pudiera ser reelegido en más de una ocasión. La nueva Constitución boliviana, aprobada por el pueblo el 25 de enero de 2009, estableció en su art. 168 que el período de mandato del presidente y el vicepresidente del Estado Plurinacional fuera de cinco años, pudiendo ser reelectos por una sola vez, de manera continua. Asimismo, la disposición transitoria primera de la Constitución boliviana establece en su apdo. II: «Los mandatos anteriores a la vigencia de esta Constitución serán tomados en cuenta a los efectos del cómputo de nuevos períodos de funciones».

Sin embargo, y pese a la clara redacción de la disposición transitoria primera, el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP, en adelante) determinó en su Declaración Constitucional Plurinacional n.º 0003/2013 la constitucionalidad de la Ley n.º 381 de Aplicación normativa, por la que la Asamblea Plurinacional hacía una interpretación, *sui generis*, del texto constitucional para entender que el primer período de mandato del presidente y del vicepresidente, a los efectos de reelección, era el surgido de las primeras elecciones posconstitucionales, considerando como no computable el mandato 2006-2009, anterior a la vigencia de la nueva Constitución. En consecuencia,

presidente y vicepresidente pudieron ser nuevamente postulados en las elecciones de 2014.

Pues bien, ante la cercanía del final del segundo mandato posconstitucional del presidente Morales, y dado que ya no cabía interpretación alguna que permitiera una nueva postulación, la Coordinadora Nacional por el Cambio, que agrupa a diversas organizaciones sociales afines al actual Gobierno boliviano, propuso reformar la Constitución con el fin de que pudiera volverse a presentar el presidente Morales.

La propuesta de reforma prosperó en una Asamblea Legislativa Plurinacional dominada por mayoría de dos tercios, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado, por el oficialista Movimiento al Socialismo (MAS). No obstante, sometida la reforma constitucional a referéndum popular el 21 de febrero de 2016, tal como obliga el art. 411 de la Constitución boliviana, la modificación fue rechazada por el voto popular en un ajustado resultado³.

Cerrada, pues, la vía de la reforma constitucional para poder repostular a Evo Morales a la presidencia del Estado Plurinacional, un grupo de diputados y diputadas de la Asamblea Legislativa Plurinacional, pertenecientes a la mayoría gubernamental, interpusieron ante el Tribunal Constitucional Plurinacional una acción de inconstitucionalidad abstracta solicitando la inaplicabilidad de los arts. 156, 168, 285.II y 288 de la Constitución boliviana, que limitan la reelección de autoridades ejecutivas nacionales, ejecutivas y legislativas departamentales y municipales a una sola vez de manera continua, por entender que contradecían los arts. 26 y 28 de la misma Constitución, que establecen la posibilidad de que todos los ciudadanos bolivianos puedan ser candidatos y postularse a elecciones limpias y justas. Asimismo, entendían que contradecían los arts. 1.1, 23, 24 y 29 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, dado que la Constitución boliviana en su art. 256.1 establece que los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución se aplicarán de manera preferente a esta (Noguera Fernández, 2010: 121-142). También se alegaba por los accionantes que los arts. 13.IV y 256 de la Constitución establecen que los derechos y deberes consagrados por la misma se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia, cuando estos prevean normas más favorables; y que el art. 410.II del texto fundamental establece que los tratados

³ De acuerdo con el Órgano Electoral Plurinacional, los resultados fueron los siguientes: a favor de la reforma y de la posibilidad de reelección, un 48,7 % de los votantes; en contra, un 51,3 %.

y convenios internacionales sobre derechos humanos integran el bloque de constitucionalidad.

Para resolver la acción de inconstitucionalidad de carácter abstracto el TCP dictó la sentencia constitucional 0084/2017, de 28 de noviembre de 2017, en la que estimó la acción declarando inaplicables los arts. 156, 168, 285.II y 288 de la Constitución boliviana y permitiendo, con ello, la reelección.

Debe reseñarse que los accionantes solicitaban en primer lugar la declaración de la inconstitucionalidad de los preceptos de la Ley de Régimen Electoral y, en segundo lugar, la inaplicación de los artículos constitucionales citados, dado que hubiera sido más complicado plantear directamente la inaplicación de preceptos constitucionales por colisión con otras previsiones constitucionales y convencionales, ya que el art. 72 de la Constitución señala que las acciones de inconstitucionalidad podrán presentarse contra cualquier norma jurídica incluida en una ley, decreto o resolución de cualquier tipo no judicial que sea contraria a la Constitución, y el art. 73 indica que las acciones de inconstitucionalidad de carácter abstracto procederán contra leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales.

Obviamente, la Constitución no prevé la posibilidad de acciones de inconstitucionalidad de carácter abstracto contra preceptos constitucionales (Rivera Santivañez, 2018: 44 y 45), a pesar de lo cual el TCP, en el punto III.4 de los fundamentos jurídicos de la sentencia, se autoatribuye la facultad de realizar el control de constitucionalidad de preceptos constitucionales, pues, según el Tribunal, el art. 196 de la Constitución Política del Estado atribuye la función de control de constitucionalidad al Tribunal,

labor que no solo implica el control de las normas del ordenamiento *infra* constitucional y su compatibilidad con la Constitución, sino que además, debe velar por la armonía y coherencia de las normas que lo conforman, por lo que a partir de la disposición constitucional citada, es posible asumir la existencia de una «facultad extendida», para que este Tribunal realice el control de constitucionalidad de las propias normas constitucionales, cuidando que en todo su entramado no existan normas disonantes con los valores supremos, principios fundamentales, derechos y garantías que consagra el orden constitucional, garantizando armonía y coherencia en sus términos.

Dado que la sentencia es bastante caótica en lo referente a la ordenación de la *ratio decidendi* y peca de saltar desordenadamente de unas consideraciones a otras sin demasiada lógica, intentaremos ordenar el razonamiento del Tribunal.

Fundamentalmente, el TCP estructura su decisión alrededor de dos líneas argumentales: por un lado, la posibilidad de normas constitucionales inconstitucionales, y por otro, la aplicación preferente de las normas más favorables de los tratados internacionales de derechos humanos sobre los preceptos constitucionales en aplicación del control de convencionalidad.

Respecto al primer eje discursivo, el Tribunal, apoyándose en citas doctrinales de Bachof y de Yolanda Gómez, así como en jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, defiende que es posible la existencia de normas constitucionales inconstitucionales (véase el epígrafe 6). Argumenta su posición diferenciando entre normas-principios y normas-reglas, y atribuyendo a las primeras una posición preferente dentro de la propia Constitución. Al margen, el TCP utiliza de forma tergiversada la jurisprudencia alemana, pues cita una sentencia del «Tribunal Constitucional alemán» de 1949 (el Tribunal Constitucional alemán se constituyó en septiembre de 1951) que, además de existir, resolvería un caso de contradicción de la Constitución de Baviera con la Ley Fundamental de Bonn, es decir, una contradicción entre una constitución de un Estado federado y la constitución federal.

El otro argumento que el TCP sostiene en su sentencia, a saber, el de la aplicación preferente de los tratados internacionales sobre derechos humanos más favorables respecto a las previsiones constitucionales, es curiosamente el único que parece determinar finalmente el fallo del Tribunal, que se olvida en sus últimos razonamientos de la presunta inconstitucionalidad de los preceptos constitucionales que prevén la limitación de mandatos. Y aquí, nuevamente, el ejercicio de exégesis es abiertamente criticable y de inexistente fundamentación. Aunque, como hemos señalado, la Constitución boliviana recoja esa previsión en favor de los derechos humanos, que se ven amparados así en sus formulaciones más progresistas por la integración directa y *ex constitutione* del derecho internacional en el ordenamiento nacional, no cabe una interpretación pretoriana en sede local de la Convención Interamericana que sirva para soslayar la Carta Magna nacional sin apoyarse, siquiera mínimamente, en la posible jurisprudencia de la Corte Interamericana. Ni la Convención dice que haya un derecho «humano» a la reelección, como afirma el TCP, ni existe sentencia alguna de la Corte de San José que así lo establezca. Como veremos en el apartado 6.1, lo que hace el TCP, siguiendo a alguno de sus homólogos centroamericanos, es una interpretación torticera y muy peligrosa del control de convencionalidad con el único objetivo, manifiesto, de evadir con pretensiones de juridicidad la propia norma fundamental que le da carta de existencia al Tribunal y a las funciones que tiene encomendadas.

Por último, hay que destacar lo inconsistente del razonamiento tangencial que sobrevuela toda la sentencia, el de la deliberada existencia de una antinomia entre normas constitucionales. Es más, el TCP fundamenta su

argumentación en otra sentencia suya anterior en la que sí pretendía resolver una posible y auténtica antinomia (apdo. III.4, antinomia entre arts. 172.15 y 214 de la Constitución boliviana) para, con ello, intentar trasladar esa correcta utilización de un mecanismo de aplicación de la Constitución a un fraude interpretativo. Y es que en este caso no estaríamos ante normas contradictorias, sino ante una norma de alcance general y una de carácter especial, es decir, una excepción prevista con igual rango constitucional a una regla de alcance general de idéntico valor jurídico. Recalamos, y como veremos en el siguiente epígrafe, que la mera posibilidad de sostener que existen, a día de hoy y en el marco de constituciones democráticas, normas de una Carta Magna que son inconstitucionales es, simple y llanamente, inadmisibile.

VI. ¿NORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES?

A pesar de la novedad de las sentencias analizadas, hubo un tiempo en que no fue extraño a la dogmática jurídica el debate en torno a la posibilidad de que existieran normas constitucionales que fueran inconstitucionales. En 1951 el profesor alemán Otto Bachof impartiría en la Universidad de Heidelberg una conferencia inaugural que, tras su publicación como libro, se convertiría con el tiempo en la obra de referencia sobre la materia (Bachof, 2010). Y aunque no es citado en ningún momento por las Cortes Constitucionales de Nicaragua, Costa Rica y Honduras y sí por la de Bolivia (FJ III.4), los razonamientos del jurista de Tubinga son los que, de un modo u otro, subyacen a las respectivas elaboraciones jurisprudenciales, deudoras de la concepción que Bachof tenía de la Constitución y que en España fueron en su momento determinantes en algunos autores, como la también citada por el TCP boliviano, Yolanda Gómez (Gómez Sánchez y Mellado Prado, 1986: 175-194). Para Bachof la Constitución sería, como pone de manifiesto en su discurso, un «todo» complejo que no se reduciría a la norma fundamental escrita, sino que estaría abierto a las extensiones que, materialmente, fueran anejas a la propia dinámica de la democracia constitucional, la cual, para Bachof, encontraría sus fundamentos también más allá de la Constitución en sentido formal. Las concepciones de la dignidad, los derechos humanos o los valores inherentes a la democracia y a la unidad federal del Estado (alemán) serían superiores al orden constitucional escrito en la medida en que, de acuerdo con una concepción iusnaturalista, son elementos en sí mismos anteriores al ejercicio del propio poder constituyente. Bachof habla en este sentido de «derecho constitucional metapositivo» para referirse a ese conjunto de valores, principios y derechos que son anteriores a la voluntad democrática del pueblo erigido en constituyente y, por tanto, anteriores al surgimiento mismo de la Constitución formal.

El problema de su inconcreción y del excesivo iusnaturalismo escolástico que rezuma tal afirmación es atenuado por Bachof a través de la consideración del *reconocimiento* positivizado de tales imperativos. Cuando la Constitución *reconoce* determinado sistema de valores no constituye *ex nihilo* este, sino que se limita a la constatación por positivización, es decir, a la traslación a norma escrita de su existencia preconstitucional (Bachof, 2010: 65). Las cláusulas de apertura que contienen muchas cartas magnas, incluidas las latinoamericanas, en las que se hace referencia explícita al reconocimiento de los derechos humanos o de conceptos tan amplios como la justicia o la libertad, serían las puertas positivizadoras en su reconocimiento de la existencia de valores superiores a la Constitución misma, por ser anteriores a ella y aun así bendecidos por su decisión. De este modo, se estaría incluso poniendo límites a la acción del poder constituyente, por cuanto nunca podría conculcar esos principios supra o metapositivos que le son anteriores y «cuyo respeto es condición de validez de los mismos preceptos de la Constitución escrita» (*ibid.*: 16-17 y 54; Stern, 1987: 320-322). Al mismo tiempo Bachof parece dar cabida a ciertas concepciones schmittianas con la afirmación del supuesto de que, aun en el interior de la Constitución misma, existen diferentes jerarquías debido a la intensidad con que la *decisión fundamental* se manifiesta. Siguiendo la tesis del polémico jurista, se podría así distinguir entre Constitución *strictu sensu*, en la que estaría contenida al más alto nivel la decisión del poder constituyente, y la ley constitucional, extensión subordinada de aquella (Schmitt, 2011). Por supuesto, Bachof no aplica tal concepción a veleidades totalitarias o a la necesidad de un Jefe de Estado que garantice la unidad, sino a la determinación de concretas previsiones constitucionales, referentes a los derechos y a valores esenciales del orden democrático, como superiores al resto.

Hemos de tener en cuenta, y no es baladí recordarlo, que el contexto en el que se desenvuelve su teoría es el de la Alemania de posguerra, inundada aún del temor hacia el totalitarismo y sus posibilidades de retorno, e imbuida, en consecuencia, de una visión de «democracia militante» que es extraña para los sistemas constitucionales de su entorno. Es más, durante la elaboración de dicha teoría existía en la propia Alemania un debate intenso sobre la posible subordinación de la Ley Fundamental de Bonn no ya a categorías indefinidas de derechos humanos o de valores democráticos, sino al mismísimo derecho de ocupación militar que, aún por entonces, se estaba aplicando por parte de las potencias aliadas (Bachof, 2010: 31-32). Al margen de ello, la necesidad de dotar de instrumentos fuertes de autodefensa a la democracia constitucional recién inaugurada, con el recuerdo funesto de la historia reciente, alentaba interpretaciones extensivas de la proyección de los derechos y, cómo no, la recepción positiva de las cláusulas de intangibilidad que la Ley Fundamental imponía al propio poder de reforma constitucional. La dignidad de la persona

y la forma democrática y federal de Alemania eran y son previsiones pétreas que resisten la acción de la reforma y a las que, aplicando cierta lógica también un tanto schmittiana, Bachof parece darles mayor posición jerárquica. El constituyente originario habría así decidido dotar de inmutabilidad plena (a no ser que él mismo fuese de nuevo el protagonista) a determinados aspectos de la Constitución que, por su propia naturaleza inmodificable, serían superiores al resto de disposiciones constitucionales, abriéndose con ello la veda a poder declarar inválidas, por contradicción, estas.

Compartimos con Bachof, como no podría ser de otro modo, que una vez asumida la existencia de cláusulas pétreas o de intangibilidad, estas, de tener una legitimación democrática directa, serían inmunes a la reforma constitucional ejercida por los poderes constituidos (*ibid.*: 73-76). Sin embargo, el jurista alemán parece extender por analogía tal consideración a la posible existencia de jerarquías internas dentro de la Constitución, más allá de la reforma de esta, es decir, dentro del propio texto originario creado por el constituyente. Nos parece un salto no solo cualitativo y poco argumentado, sino, sobre todo, erróneo, en la medida en que se tiende a confundir al poder constituyente originario con el poder, derivado, de reforma; confusión doctrinal nada infrecuente ya denunciada, con magisterial brillantez, por el profesor De Vega (2011).

El principal problema reside en la reafirmación, con todo, que hace Bachof de sus formulaciones iniciales sobre la pertinencia de que puedan existir normas constitucionales inconstitucionales que respondan a jerarquías internas de la Norma Fundamental, ya sea por explícitas decisiones del poder constituyente al crear cláusulas pétreas, ya sea por la apertura de la Constitución misma al derecho constitucional metapositivo y su reconocimiento jurídico. La infracción de este invalidaría las disposiciones constitucionales causantes de la conculcación (2010: 83 y ss.), aun cuando, y aquí Bachof realiza otro salto cualitativo, ni siquiera existiera una cláusula de reconocimiento, de positivización, de dicho derecho metapositivo. De este modo la concepción del derecho natural hace aparición con inusitada fuerza, para sostener, siguiendo a autores como Von Hippel, que existen «principios constitutivos subyacentes al texto constitucional» que, aun no estando reconocidos en este, le dan carta de existencia por su necesidad misma (*ibid.*: 88-90). Bachof no aclara cómo y con qué criterios pueden determinarse dichos principios, parámetros ellos mismos de la constitucionalidad de la propia Constitución, pero sí se atreve a atribuir a la jurisdicción constitucional tal función (*ibid.*: 93-112). La ampliación del margen de discrecionalidad de los tribunales constitucionales, habilitados ahora para declarar inválidas partes de la Constitución a la que en teoría deben defender, sería cuanto menos considerable y, con total seguridad, contraria al espíritu kelseniano que les dio vida.

Ahora bien, no es de extrañar que, en un contexto constitucional de profusión del neoconstitucionalismo y el garantismo en América Latina, donde las Cortes Constitucionales se erigen en verdaderos baluartes de la determinación del orden constitucional y su alcance, tesis como las expuestas de Bachof hayan tenido cierto predicamento, pues legitiman la extensión de las funciones del juez constitucional y esa es, precisamente, una de las claves de tales teorías (Zúñiga Urbina y Cárcamo Tapia, 2015). La teoría de la sustitución constitucional en Colombia que se ha desplegado ya en múltiples sentencias (Corte Constitucional de la República de Colombia, 2010, Rol C-141/10, c. 6.3.7, *inter alia*) da buena cuenta de esta realidad (Tovar Uricoechea, 2017), pues aunque a veces no se cite explícitamente a Bachof, los argumentos utilizados por la Corte Constitucional son similares al asumir no solo la existencia de jerarquías internas en la Carta Magna, sino su propia competencia para determinarlas e interpretarlas.

Esta es, en el fondo, la tesis también asumida por las Cortes de Nicaragua, Honduras, Bolivia y, en menor medida, Costa Rica, al aceptar que puedan existir normas constitucionales inválidas, inaplicables o inconstitucionales (sea cual sea la calificación), por contravenir otras de mayor jerarquía, estén o no explícitamente positivizadas en la propia Constitución. La aceptación de la posibilidad de antinomias constitucionales es el primer paso en la aceptación final de su resolución a favor de pretendidas expansiones de derechos positivizados o de la invención, lisa y llana, de nuevos derechos. Curioso es, en este sentido, que en la única constitución de las tres que sí tiene cláusulas pétreas que podrían justificar, al menos, un control de constitucionalidad de las reformas, como es el caso de la hondureña, la Corte las obvie y, directamente, las declare inaplicables por contravenir otros preceptos constitucionales (!!). Si asumiendo los postulados de Bachof pudiera haber una parte de la Constitución hondureña superior al resto, esa sería precisamente la de las cláusulas pétreas susceptibles de resistir a las propias reformas constitucionales.

En este sentido, llama aquí la atención la referencia explícita que se hace de Ferrajoli y sus tesis en algunas de las sentencias analizadas, especialmente en la hondureña. Intentar sustentar la argumentación en los postulados de Bachof y en el único argumento de jerarquías internas es difícil dialécticamente cuando, como vemos, existen cláusulas pétreas o el objeto de lo analizado, la reelección, no es parte inherente de todo sistema democrático. Por ello, se tiende en las cuatro sentencias a dar una mayor jerarquía normativa a los derechos fundamentales sobre las regulaciones de la parte orgánica de la Constitución, primando los primeros sobre las limitaciones estructurales que esta última establece. Y ello se hace mediante la petrificación material o informal de los derechos fundamentales y de una determinada interpretación extensiva, en virtud del núcleo indisponible o «el coto vedado» de los derechos. Si

el constituyente, ya sea el hondureño o el boliviano, no ha establecido como intangibles las previsiones en materia de derechos fundamentales, la Corte constitucional así las considera en tanto pertenecen, para ella, a ese conjunto no decidible por parte de los poderes constituidos al ser, el conjunto mismo, inmanente a la concepción holística de la democracia. Las Cortes encuentran una posible argumentación, de este modo, en la mixtura entre las tesis de Bachof y las del garantismo de Ferrajoli, para, apoyándose en la potenciación de sus funciones que ampara el neoconstitucionalismo, declarar inaplicables las prohibiciones constitucionales de la reelección presidencial.

Al margen de las contradicciones internas, creemos inapropiada tal operación argumentativa por dos motivos, principalmente. En primer lugar, el núcleo indisponible del que hablan Ferrajoli o Valdés se predica de aquellos prerequisites sin los cuales la democracia, desde el punto de vista valorativo, no puede darse, y entre ellos no figura la reelección indefinida del presidente. Los derechos fundamentales, como el de participación política o el de igualdad, no son absolutos, y eso lo reconocen y lo alientan los propios autores citados, ya que pueden ser especificados, con justa causa y persiguiendo siempre un interés legítimo, en la propia Constitución. Cuando, por ejemplo, se exige que sean juristas de reconocido prestigio con más de quince años de experiencia los que puedan optar a magistrados del Tribunal Constitucional, o cuando se restringe la participación política a los menores de dieciocho años, no se está atacando frontalmente el derecho fundamental a la igualdad. La delimitación de los poderes del Estado y la restricción de su ejercicio pueden responder a intereses legítimos perseguidos por la propia Constitución en la salvaguarda de los valores y principios que enarbola. Y sin duda, como reconocían las primeras sentencias hondureñas, la prohibición de la reelección puede ampararse en la necesidad de proteger la forma republicana de gobierno y el principio democrático, dado el historial, nada lejano, de tiranías, Gobiernos autoritarios y caudillismos que ha sufrido y sufre Latinoamérica. La antinomia aquí es falsa, pues siempre habrá concreciones en la parte orgánica de la Constitución, que, por la necesidad misma de su existencia y la naturaleza de la ordenación de los poderes del Estado, «choquen» en el plano teórico con las formulaciones abstractas y absolutas de derechos como el de igualdad o el de participación. En el plano teórico, decimos, pues en el concreto opera sin ambages el principio de especialidad, de igual legitimación en su origen por estar fundamentado en la decisión constituyente. Pero es que, además, tomando como propios los argumentos del garantismo, la prohibición constitucional de la reelección, en sus distintas formas, puede ser una forma más de *garantizar* no solo la pervivencia republicana y el Estado de derecho fuera de todo personalismo, sino también el propio derecho de participación política, en su conjunto, al establecerse obligatoriamente la alternancia en la más alta

magistratura del Estado. El objeto del garantismo no es otro, en definitiva, que el de encontrar los medios e instrumentos jurídicos óptimos para la salvaguarda de los derechos fundamentales y su recto cumplimiento, haciendo hincapié tanto en las garantías jurisdiccionales y normativas de estos como en la articulación de los poderes que han de darles cobertura; siguiendo aquí, en efecto, la larga tradición del liberalismo político y del control constitucional del poder.

En segundo lugar, creemos equivocada la interpretación que las Cortes llevan a cabo de la traslación jurídica de la voluntad constituyente. Si esta, ilimitada por su naturaleza política y no jurídica, fundadora ella misma del orden constitucional y legitimadora primera de los poderes del Estado que constituye, no ha decidido explícitamente la superioridad o inferioridad jerárquica de determinados valores o previsiones constitucionales, no cabe deducirlo de débiles ejercicios hermenéuticos que amplían hasta límites insospechados la función de la justicia constitucional. Solo sería posible desde una lógica antipositivista la justificación de tal ampliación sobre la base, ciertamente polémica, de la asunción de postulados claramente iusnaturales, es decir, del reconocimiento de un derecho superior a la Constitución positiva por la potencialidad de sus implicaciones morales. Sin embargo, y como pronto advirtió Kelsen (1974), ello desvirtuaría de tal modo la naturaleza de la justicia constitucional que dejaría de adjetivarse así para pasar a ser, al final, una especie de eforado espartano que ve en los auspicios y en el vuelo de las águilas las esencias de la democracia. La pérdida de referencia en las Cortes constitucionales del texto normativo que les da soporte y carta de existencia, y la vinculación de sus decisiones a concepciones morales, no solo haría de la justicia constitucional un oxímoron, sino también un mecanismo elitista y profundamente antidemocrático de gran alcance y extraordinaria gravedad.

1. EL PRETENDIDO «DERECHO HUMANO» A LA REELECCIÓN O LA UTILIZACIÓN TORTICERA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Lo más preocupante de las sentencias que estamos estudiando quizá no resida, sin embargo, en los principales equívocos de sus argumentaciones, sino en el producto final de estas, a saber: la consideración de la reelección como parte indeleble de los derechos fundamentales a la igualdad y a la participación política cuando no, directamente, como derecho humano en sí mismo considerado.

Las referencias continuas a la Declaración Universal de los Derechos Humanos o al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos obvian que en ninguno de estos documentos se hace explícita referencia a un derecho a la reelección, y que, por el contrario, sí contienen previsiones de salvaguarda en

la configuración institucional de los respectivos Estados firmantes. Asimismo, y dado el contexto latinoamericano en el que se dan las cuatro sentencias y la imbricación de sus sistemas constitucionales en el marco de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, las referencias a esta son múltiples y continuas. Las Cortes intentan con ello vincular los rudos arados de sus interpretaciones constitucionales con la apertura, ambigüedad e indeterminación de la Convención para, de este modo, conseguir que su eficacia directa baje desde las alturas y reafirme las posiciones que hemos criticado en el epígrafe anterior. Y sin embargo, a pesar de esta constante referencia a la Convención (art. 23) y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no conseguimos ver ninguna interpretación de esta, ninguna decisión, que sea favorable a entender el derecho de participación política o el de igualdad como baluartes de la reelección *sine die*. Ninguna sentencia, repetimos.

El *dictum* más prolijo en sus referencias al control de convencionalidad, hasta el punto de que hace de este el verdadero mecanismo de interpretación final, es el boliviano. Como ya hemos comentado, la Constitución de 2009 incorpora una cláusula de apertura en su art. 256.I por la que cede su propia jerarquía normativa *suprema* a favor de los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, al permitir que estos se apliquen de manera preferente si declaran derechos más favorables a los contenidos en la propia Constitución. Un caso único, diferente a los de Honduras o Nicaragua, en el que el constituyente ha decidido explícitamente positivizar lo que Bachof llamaba derecho metapositivo, y que en el contexto de las democracias constitucionales contemporáneas no puede ser más que la interpretación que los tribunales internacionales hagan de los tratados de derechos humanos, es decir, de un derecho positivo *strictu sensu*. Cuando dicha interpretación sea más favorable que el alcance de los propios derechos contenidos en la Constitución, estos cederán su preeminencia a aquella. De ahí que el Tribunal Constitucional Plurinacional acuda presto al control de convencionalidad, es decir, a la obligación que tienen todos los jueces y poderes establecidos de aplicar directamente la Convención e inaplicar el derecho interno contrario a esta, y que fue reconocido en Bolivia en sentencias como la 0110/2010-R, de 10 de mayo. Además, el Tribunal recuerda que ni siquiera la Constitución puede resistir el control de convencionalidad (considerando III.1), acudiendo sin citarla a la doctrina asentada, *inter alia*, en *Gelman vs. Uruguay* (Sentencia de 24 de febrero de 2011).

Ahora bien, ¿existe una interpretación extensiva de la Corte Interamericana sobre el derecho de participación política que anule la prohibición constitucional de la reelección? La respuesta ha de ser, como ya hemos anticipado, rotundamente negativa. En la sentencia *Castañeda Gutman vs. México*, de 6 de agosto de 2008, profusamente citada, la Corte Interamericana estableció

la imposibilidad, por ser contraria al art. 23 de la Convención, de discriminar sin justificación legítima a los candidatos en un proceso electoral, que deberán en todo caso participar en pie de igualdad, jurisprudencia que ha sido reiterada en casos como *López Mendoza vs. Venezuela*, de 1 de septiembre de 2011, o *Argüelles y otros vs. Argentina*, de 20 de noviembre de 2014, y que también son citados *in extenso*. Pero en ninguno de ellos se afirma por parte de la Corte que la prohibición constitucional de reelección atente contra el derecho de participación política o de igualdad, puesto que se entiende que estos han de operar dentro de las limitaciones orgánicas que las respectivas constituciones establecen, limitaciones que han de estar, evidentemente, justificadas y ser legítimas. La propia Corte, en el asunto *Castañeda Gutman vs. México*, aclara que no le compete ni a ella ni a la Convención el determinar «una modalidad específica o un sistema electoral particular», en referencia clara a ese margen de disponibilidad orgánico que tienen los Estados y sin el cual la propia concepción de soberanía, legitimadora al fin y al cabo de la Convención en cuanto que tratado internacional, no tendría sentido. En el caso *Yatama vs. Nicaragua*, párr. 206, la Corte expresamente afirma, con respecto al alcance del art. 23 de la Convención (derecho de participación política): «La aplicación y previsión de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, per se, una restricción indebida a los tales derechos políticos. Éstos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones. Su reglamentación debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática». Una interpretación tan extensiva como la que hace el Tribunal boliviano, dando por supuesto que la CIDH rechaza las limitaciones de mandato al pesar sobre ellas derechos como el de participación política, podría llevar al absurdo de declarar contraria a la convención las restricciones de edad para presentarse a las elecciones.

A mayor abundamiento, la Comisión Interamericana, en el famoso caso del dictador guatemalteco Ríos Montt (Informe n.º 30/93, caso 10.804, de 12 de octubre de 1993), recuerda en los considerandos 32 a 35 que las limitaciones constitucionales a la reelección, incluidas las inegibilidades que persigan un interés general como preservar la forma republicana de gobierno, son perfectamente compatibles con la Convención Interamericana y en ellas no puede entrar ni la Corte ni la Comisión a juzgar la decisión política, y democrática, que en su día tomara el constituyente.

Vemos, pues, cómo el control de convencionalidad es utilizado torticera-mente por el Tribunal Constitucional de Bolivia, y referenciado tímidamente por los tribunales de Nicaragua y Honduras, para justificar la interpretación que él (y ellos) hace pero que nunca realiza, en ningún momento, la propia Corte Interamericana. La supremacía interpretativa de los derechos de participación e igualdad sobre la parte orgánica de la Constitución, anulando la

virtualidad misma de esta en cuanto que limitación jurídicamente articulada al poder político, se potencia además en el caso boliviano mediante la servidumbre que le ofrece una cláusula de apertura hacia el derecho más favorable, aquí aplicada de manera subjetiva e injustificada.

VII. CONCLUSIÓN

Como hemos tenido oportunidad de evidenciar a lo largo de las páginas que preceden, la cuestión del presidencialismo, sus defectos y virtudes, sigue constituyendo uno de los ejes de polémica en torno al que gira el devenir de las democracias constitucionales del continente americano. La limitación de mandatos fue pensada e ideada para poner fin a la histórica tendencia al caudillismo de unos líderes que, aupados al poder en el interior de unos sistemas excesivamente presidencialistas, terminaban desvirtuando estos y reduciendo sus posibilidades de existencia al autoritarismo o a la tiranía. A este límite se ha sumado, en los últimos años, la incorporación por parte del nuevo constitucionalismo latinoamericano de mecanismos como el revocatorio de mandato, que atenúan ostensiblemente las tendencias descritas y el propio hiperpresidencialismo al que parecía abocada la región. Aun así, la restricción principal y más efectiva en la evitación del continuismo sigue siendo, por su naturaleza drásticamente insoslayable, la limitación temporal de los períodos presidenciales.

Sin embargo, parece haberse iniciado un ciclo en América Latina contrario a esta previsión. Reformas constitucionales o nuevas constituciones han atenuado la limitación de mandatos o, directamente, han abierto la posibilidad de la reelección *sine die*. Referéndums o procesos constituyentes altamente participativos lo han respaldado con su legitimidad democrática, pero ha habido casos en que la ausencia de esta se ha intentado suplantar a través del uso desproporcionado de la justicia constitucional, la cual, aupada por las concepciones teóricas del neoconstitucionalismo, el garantismo y el control de convencionalidad, se ha erigido en espacio de decisión jurisdiccional donde la Constitución, supuesta norma valedora de su existencia, ha perdido la preeminencia. El caso boliviano es paradigmático: cómo un Tribunal Constitucional, utilizando de manera injustificada el control de convencionalidad y la cesión de jerarquía que establece la Carta Magna, ha terminado modificando explícitamente la configuración de los poderes del Estado y sus límites; hecho aún más grave por cuanto el pueblo boliviano, en uso de su soberanía, ya había sido llamado a referéndum para decidir sobre la reelección y había manifestado, inequívocamente, su rechazo.

El desborde de las funciones encomendadas a la justicia constitucional también se ha hecho notar en las decisiones de las Cortes de Costa Rica, Nica-

ragua y Honduras. Aquí los argumentos se han centrado más en la posibilidad de que existan, en el seno de sus respectivas constituciones, verdaderas antinomias jurídicas que han de resolverse mediante una interpretación pretendidamente extensiva de los derechos fundamentales. Obviando, por un lado, que la Constitución es producto de un mismo poder constituyente y que todas sus previsiones tienen igual jerarquía, y por otro, el principio de especialidad por el que se admite en derecho la existencia de excepciones a los principios generales cuando vienen legitimadas y justificadas por la misma fuente de normatividad, las Cortes han declarado inaplicables las prohibiciones constitucionales de la reelección con argumentos, cuanto menos, polémicos. La asunción de jerarquías internas en la Constitución a través de los planteamientos de Bachof supone, en primer lugar, llevar a cabo un replanteamiento general de la propia concepción que de la Carta Magna y el poder constituyente se tiene, y en segundo lugar, realizar un verdadero ejercicio de prestidigitación por el que los jueces constitucionales se erigen en los intérpretes supremos no ya de la Constitución, sino de vagos principios iusnaturales o metapositivos que la superan y someten. La resolución de las pretendidas antinomias con base en tales postulados, y aun en la malinterpretación analizada de los planteamientos garantistas, se hace todavía más discutible cuando median, como el caso hondureño, cláusulas de intangibilidad, pues de admitirse la existencia de jerarquías en la Constitución estas deberían estar presididas por aquellas.

En definitiva, las sentencias aquí analizadas comparten una clara tendencia hacia el exceso de la función jurisdiccional de las Cortes Constitucionales, en lo que David Landau ha denominado como «constitucionalismo abusivo» (2013: 189-260); confunden en múltiples ocasiones soberanía y poder constituyente con la manifestación de la voluntad popular en las elecciones; asumen los ya de por sí polémicos postulados iusnaturalistas de autores como Bachof; malinterpretan el garantismo de Ferrajoli y la construcción doctrinal del núcleo indisponible, utilizan de manera sesgada el control de convencionalidad e incurren en contradicciones internas de imposible superación dialéctica. Y todo ello con un mismo objetivo y resultado: soslayar la voluntad constituyente para inaplicar las legítimas limitaciones de mandato que sus constituciones establecen. Los caminos al hiperpresidencialismo y a la crisis de la democracia y del constitucionalismo quedan, con ello, expeditos.

Bibliografía

- Bachof, O. (2010). *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Lima: Palestra Editores.
- Blanco Valdés, R. (2006). *El valor de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial.

- Carpio Marcos, E. (2000). Constitución y reelección presidencial: el caso peruano. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 98, 447-503.
- De Vega, P. (2011). *La reforma constitucional y la problemática de poder constituyente*. Madrid: Tecnos.
- Ellis, J. (2002). *Founding Brothers, Revolutionary Generation*. New York: Penguin Books.
- Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes*. Madrid: Trotta.
- García Belaunde, D. et al. (2017). El presidencialismo latinoamericano y sus claros-curos. Bolivia: Kipus.
- García de Enterría, E. (1994). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas.
- Gargarella, R. (2014). Latin American constitutionalism and the “engine room” of the Constitution. En P. Riberi y K. Lachmayer (eds.), *Philosophical or political foundation of Constitutional Law?: perspectives in conflict* (pp. 97-111). Madrid: Facultas.
- Gómez Lugo, Y. y Mellado Prado, P. (1986). En torno a la posible inconstitucionalidad del apartado primero del artículo 57 de la Constitución española de 1978. *Revista de Derecho Político*, 22, 175-195.
- González Marrero, S. (2012). Las elecciones nicaragüenses de 2011. *Anuario de Estudios Centroamericanos*, 38, 137-176.
- Kelsen, H. (1974). *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Landau, D. (2013) Abusive constitutionalism. *University of California Davis Law Review*, 1 (47), 189-260.
- Lane Fox, R. (2007). *El mundo clásico: la epopeya de Grecia y Roma*. Barcelona: Editorial Crítica.
- Linz, J. (1990). The Perils of Presidentialism. *Journal of Democracy*, 1, 51-60.
- Linz, J. (1994). Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference? (pp. 3-87). En J. Linz y E. Valenzuela. *The Failure of Presidential Democracy* (pp. 3-87), The Johns Hopkins University Press.
- Martínez Sospedra, M. (2011). La sombra del rey: el ejecutivo de 1812 y las primeras constituciones latinoamericanas. En A. Colomer Videl (coord.). *Las Cortes de Cádiz, la Constitución de 1812 y las independencias nacionales en América* (pp. 141-173). Valencia: Universitat Politècnica de Valencia.
- Martínez-Barahona, E. (2010). Las Cortes Supremas como mecanismo de distribución de poder: el caso de la reelección presidencial en Costa Rica y Nicaragua. *Revista de Ciencia Política*, 3 (30), 723-750.
- McConnell, S. (2010). The Return of Continuismo? *Current History*, 109 (724), 74-80.
- Noguera Fernández, A. (2010). La jerarquía constitucional de los tratados internacionales de Derechos humanos y la justiciabilidad de los derechos sociales. Nexos e interrelaciones en las últimas constituciones latinoamericanas. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 87, 121-139.

- Oria, J. L. (1995). *La reelección presidencial y la división de poderes*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Requejo Pagés, J. L. (2016). *El sueño constitucional*. Oviedo: KRK Ediciones.
- Rivera Portillo, W. R. (2017). ¿Por qué en Honduras es ilegal la reelección presidencial? Adictos al poder. Tegucigalpa: OIM Editorial.
- Rivera Santivañez, J. A. (2018). La inaplicabilidad de la Constitución para habilitar la reelección indefinida. En W. Herrera Añez (coord.). *Los claroscuros de la acción de inconstitucionalidad que busca la ruptura del sistema constitucional boliviano* (pp. 41-59). Cochabamba: Quipus.
- Romero Pérez, J. R. (2015). Derecho constitucional y reelección presidencial. Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 2771 del 2003. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 136, 124-160.
- Schmitt, C. (2011). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza.
- Stern, K. (1987). *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Tovar Uricoechea, F. A. (2017). Sustitución constitucional y objeción democrática: una tensión aparente. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 12, 62-76.
- Tremínio Sánchez, I. (2013). Las reformas a la reelección presidencial en América Latina. *Estudios Sociológicos*, 31 (91), 59-85.
- Tremínio Sánchez, I. (2016). ¿Cómo borrar la letra escrita en piedra? Norma pétrea y reelección presidencial en Honduras. *Anuario de Estudios Centroamericanos*. Universidad de Costa Rica, 42, 237-260.
- Viciano Pastor, R. y Martínez Dalmau, R. (2011). El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 9, 1-24.
- Viciano Pastor, R. y Storini, C. (eds.). (2016). *Innovación y continuismo en el modelo constitucional boliviano de 2009*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Zúñiga Urbina, F. y Cárcamo Tapia, F. (2015). ¿Inconstitucionalidad de normas constitucionales? Un caso de «constitucionalismo abusivo». *Derecho Público Iberoamericano*, 7, 219-237.

**CRÓNICA JURISPRUDENCIAL
IBEROAMERICANA**

CRONICA 2017 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA

Argentina Supreme Court of Justice. Report 2017

SERGIO DÍAZ RICCI¹
Universidad Nacional de Tucumán
serdiricci@gmail.com.ar

Cómo citar/Citation

Díaz Ricci, S. (2018).

Crónica 2017 de la Corte Suprema de Justicia Argentina.

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 22, 201-234.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.22.07>

SUMARIO

I. PANORAMA INTRODUCTORIO. II. DERECHOS FUNDAMENTALES: 1. Enseñanza religiosa en las escuelas públicas. 2. Derecho a la propia imagen e internet. 3. Beneficios penales por delitos de lesa humanidad. 4. Prescriptibilidad de la acción civil de indemnización por daños y perjuicios por delitos de lesa humanidad. 5. Libertad de expresión y límite al seguimiento de sentencias de la Corte Interamericana. 6. Derecho ambiental. III. ORGANOS ESTATALES: 1. Límite de edad de magistrados judiciales. 2. Inmunidad de arresto de parlamentarios del Mercosur. IV. OTROS CASOS. 1. Prohibición de sindicalización de las fuerzas policiales provinciales. 2. Responsabilidad civil por daños de un evento en espacio público. 3. Libertad de empresa y tributación.

¹ Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Tucumán, Universidad de San Pablo-Tucumán.

I. PANORAMA INTRODUCTORIO

El pasado 2017 fue un año intenso que dio a la Corte Suprema de Justicia argentina (en adelante CSJA) notable protagonismo, tanto en lo institucional como en lo jurídico.

En lo institucional, tal como lo habíamos anticipado, el ingreso en 2016 de dos nuevos miembros de la Corte, Horacio Rosatti y Carlos Rosencrantz, imprimió una mayor dinámica al cuerpo en 2017 que hasta ese momento se había integrado con solo tres de sus cinco miembros: Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda.

Aclaraciones previas: previendo que haya nuevos lectores del AAIJ, aún a riesgo de redundancia, resulta conveniente reproducir algunas indicaciones previas que permitan comprender el sistema de control de constitucionalidad en Argentina y la posición de la jurisprudencia emanada de la CSJA.

En primer lugar, la CSJA no interviene de manera directa. Argentina es el país que sigue de manera más fiel el modelo norteamericano de control «difuso». Por tanto, siempre es necesario que exista un juicio o pleito concreto donde surja una cuestión de constitucionalidad. Si es una cuestión de constitucionalidad relativa a la Constitución de una provincia el asunto concluye en el ámbito provincial. Si en el proceso judicial, tanto provincial como federal, se presenta una «cuestión de constitucionalidad federal», entonces el caso puede llegar por vía de recurso extraordinario a conocimiento de la CSJA. Es decir, por regla general, estas causas llegan a decisión del máximo tribunal luego de tramitarse un proceso que se inició en primera instancia y que debe ascender respetándose las sucesivas etapas procesales locales previstas por vía recursiva, hasta agotarse. En suma, para que un asunto pueda llegar a manos de la CSJA por «recurso extraordinario» no solo es necesario que en ese juicio se haya controvertido una cuestión federal, sino, además, que deben haberse agotado todas las instancias judiciales inferiores, sean federales o provinciales. Recordemos que estamos ante un sistema de control de constitucionalidad difuso en el que puede intervenir cualquier juez o tribunal judicial, de cualquier fuero, provincial o federal, con alcance interparte.

Esta crónica, además, se limita a hacer una reseña de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia argentina más relevante durante el año 2017, no porque sea la única jurisprudencia de importancia constitucional que se dicta en el país sino porque por su posición de máximo y último tribunal del sistema del control jurisdiccional de la Constitución

federal argentina², sus decisiones tienen valor ejemplaridad, sin la fuerza vinculante del *stare decisis* norteamericano, pero con una exigencia de seguimiento por razones de seguridad jurídica.

En segundo lugar, consideramos conveniente recordar como dato valioso que solo existen cuatro vías procesales para obtener un pronunciamiento judicial en materia constitucional: a) acción de amparo, b) *habeas corpus*, c) acción declarativa de constitucionalidad y, d) dentro de un juicio común, cuando en el mismo surge una cuestión de constitucionalidad federal.

Los casos que vamos citar aquí son sentencias (denominadas en la jerga judicial argentina «fallos») dictadas por la CSJA que llegan a su conocimiento por medio del recurso extraordinario contra sentencias que tuvieron origen en cualquiera de los cuatro procesos arriba indicados. Muy excepcionalmente (solo en dos casos) se puede acceder directamente a la CSJA³ como tribunal de única instancia, pues en el resto de los casos se llega a ella en juicios iniciados en primera instancia a través de las cuatro vías antes señaladas. Por ello, la regla general es que la Corte Suprema argentina únicamente revisa una decisión una vez agotadas todas las instancias procesales existentes en el caso, por ello suele ocuparse de sentencias que provienen del último tribunal de la causa —sea este federal o provincial— o, excepcionalmente, de una sentencia que, por sus efectos, resulte equiparable a definitiva. Es decir, solo se accede a la decisión de la CSJA por vía de apelación de sentencias finales a través del recurso extraordinario. Téngase también en cuenta la siguiente peculiaridad: este recurso se presenta ante el mismo tribunal provincial o federal que dictó esa última sentencia donde cuestionó la constitucionalidad. De este modo se evita que el recurrente tenga que desplazarse a la capital federal, no es necesario trasladarse a la ciudad de Buenos Aires, donde tiene sede la CSJA, para presentar el escrito de recurso extraordinario. Es entonces ante el mismo y en la sede del tribunal que dictó la última sentencia donde debe presentarse el

² Caso *Anadon, Tomás Salvador c/ Comisión Nacional de Comunicaciones s/despido* (Fallos 338-2:735): «Que cabe recordar que la efectividad del principio de supremacía constitucional —consagrado en el artículo 31 de la Constitución— demanda un régimen de control de la constitucionalidad de las leyes, normas y actos de los gobernantes, que en nuestro sistema es judicial y difuso, y que está depositado en todos y cada uno de los jueces. A su vez, la eficacia y uniformidad de ese control requiere la existencia de un tribunal especialmente encargado de revisar las decisiones dictadas al respecto, órgano que, en el régimen de la Constitución, no es otro que la Corte Suprema de Justicia de la Nación» (2015).

³ Siguiendo a su modelo norteamericano, solo pueden presentarse directamente ante la CSJA dos cuestiones: cuando una provincia o un Estado extranjero es parte (art. 117 CA).

recurso extraordinario para ante la CSJA, y es este mismo tribunal final quien decide la procedencia del recurso, o sea, ahora se limita a analizar (pues no se vuelve sobre el fondo del asunto) si se reúnen, además de los requisitos formales previstos en el reglamento dispuesto por la Acordada 4/2007, en especial dos requisitos: que se haya suscitado una cuestión federal suficiente y que la decisión haya sido en contra del derecho federal invocado. Si considera que se cumplimentan estas condiciones, abre el recurso y remite el expediente a la CSJA, en Buenos Aires. Por el contrario, si entiende que no se reúnen estos dos recaudos, no habilita el recurso extraordinario. Esto último no cierra definitivamente las puertas al afectado, pues este dispone todavía de la posibilidad de acudir directamente ante la CSJA a la capital federal presentando un recurso directo de queja (también denominado recurso de hecho) contra esa denegatoria de aquel tribunal final que no aceptó no dar curso al recurso extraordinario por entender que no se reunieron las condiciones formales habilitantes.

Las sentencias de la CSJA se publican en una colección impresa que se denomina *Fallos*. Su publicación comenzó en 1861, con el tomo I de *Fallos*, que contiene desde la primera sentencia, de fecha de 15 de octubre de 1863, hasta la actualidad, sin solución de continuidad. Cada tomo de *Fallos* se identifica con un número secuencial que se corresponde a cada año. Sin embargo, a partir de la Acordada 37/2003, en esta colección de *Fallos* solo se publican las sentencias de mayor trascendencia emitidas por el CSJA, por tanto, es mucho mayor el número de sentencias que anualmente dicta la CSJA.

La CSJA se reúne habitualmente una vez por semana, en ese día que se vota, se suscriben y se fechan las sentencias. Aproximadamente son un promedio de 110 sentencias por semana, por tanto, en una semana dictan más sentencias que el centenar de su homóloga norteamericana en todo un año.

Las sentencias de la CSJA del año 2017 se publicaron en el tomo número 340 de la colección de *Fallos* formado por dos volúmenes: volumen I (955 pp., abarca desde el 07/02 al 11/07) y volumen II (pp. 979, del 03/08 a p. 2100).

Empecemos señalando que durante 2017 la CSJA tuvo protagonismo de trascendencia social con cuatro sentencias que marcaron ese año jurisprudencial: a) el caso *Muiña*, sobre cómputo de plazo detención a un acusado de delitos de lesa humanidad, b) el caso *Castillo*, sobre la educación religiosa en escuelas públicas, c) el caso *Schiffirin*, sobre nueva interpretación de una cláusula constitucional sobre inamovilidad de jueces, y d) el conocido como caso *Fontevicchia*, sobre cumplimiento de decisiones de la Corte Interamericana. Los dos primeros vinculados a derechos humanos y los dos segundos, más relacionados a cuestiones institucionales.

II. DERECHOS FUNDAMENTALES

1. ENSEÑANZA RELIGIOSA EN LAS ESCUELAS PÚBLICAS

El caso *Castillo* es quizás el más meduloso en materia de derechos humanos porque la CSJA abordó una temática novedosa que hasta entonces no había sido objeto de atención: la enseñanza de religión en las escuelas públicas.

El caso *Castillo, Carina Viviana y otros c/Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/amparo*, de fecha de 12 de diciembre de 2017 (Fallos 340:1795), llega a conocimiento de la CSJA por recurso extraordinario contra una sentencia del Tribunal Superior de la Provincia de Salta, que había rechazado el amparo presentado por padres de alumnos y asociaciones de derechos humanos que cuestionaron la constitucionalidad a) de un artículo de la Constitución de Salta (art. 49)⁴ y de unas disposiciones de la ley provincial de educación (el 8 inc. m y el art. 27 inc. n⁵ de la ley 7546) y b) de las actividades de los funcionarios escolares de la provincia de Salta, que en la aplicación concreta de esas normas solo suministraban enseñanza de la religión católica en las escuelas públicas provinciales dentro del horario escolar, lo que era considerado por los actores como violatorio de los derechos constitucionales de libertad de culto, religión y conciencia, de igualdad, educación libre de discriminación y respeto a las minorías étnicas y religiosas, y de privacidad.

La CSJA, en aplicación de la Acordada 30/2007, realizó una serie de audiencias públicas informativas donde expusieron amigos del tribunal (Acordada 7/2013) y las partes.

La primera cuestión a dilucidar es el alcance e interpretación del art. 2 de la Constitución argentina (en adelante CA), sancionado en 1853, que expresa que «el gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano». La CSJA va a reiterar el principio general de que la Constitución no consagra una religión oficial de Estado, y que de la norma debe interpretarse que el Estado coadyuva al sostén y protección económica de los gastos de ese culto a cargo del Tesoro nacional, según estén incluidos en el presupuesto aprobado por el Congreso (Fallos 312:122 y conc. precedente Sejean de Fallos 308:2268).

⁴ El art. 49 de Constitución provincial dispone: «El sistema educacional contempla las siguientes bases: [...] los padres y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

⁵ La instrucción religiosa «integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos. Los contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa».

El siguiente punto disputado es el alcance del principio de neutralidad del Estado en materia religiosa en el ámbito de la educación. La CSJA va a apoyarse en los principios introducidos por el inciso 19 del art. 75 por el constituyente de 1994, que reforzando los contenidos del inciso 18 del mismo artículo (cuya redacción originaria se mantuvo), según los cuales la educación pública argentina tiene carácter neutral y gratuito, y debe asegurar la igualdad real de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna en el acceso a la educación. En suma, la Constitución federal garantiza el carácter laico de la educación pública como un principio clave para asegurar la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna.

Este principio de neutralidad, que comprende la posibilidad de profesar o no libremente su culto en el ámbito escolar, se halla recogido en diversos tratados que integran el bloque de constitucionalidad que contemplan el derecho de los padres a que sus hijos reciban enseñanza religiosa que esté de acuerdo con sus convicciones o creencias (art. 12.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 18.4. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y art. 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). «En conclusión —expresa la CSJA—, la noción de neutralidad comprende no solo la no preferencia respecto de ninguna posición religiosa en particular -incluso' la de los no creyentes-, sino también una faz de tolerancia hacia todos aquellos que quieran profesar su culto en el ámbito escolar» (§14).

El asunto ahora se traslada a determinar si las normativas provinciales guardan correspondencia con los principios constitucionales federales. La Constitución argentina dispone en ese art. 75 inc. 19 que corresponde al Congreso dictar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales, que las provincias complementan con el dictado de leyes locales. En suma, la cuestión se desplaza a determinar si el art. 49 de la Constitución de Salta contraviene las pautas fijadas por la normativa federal. La CSJA concluye que dicha norma constitucional provincial respeta los principios de neutralidad del Estado en el ámbito religioso y de igualdad y no discriminación contemplados en el inc. 19 del art. 75 CA. De modo análogo tampoco cabe cuestionar el art. 8, inc. m de la ley 7546, que es una reproducción del texto constitucional local.

Entonces al asunto ahora se desplaza a determinar la constitucionalidad del inciso ñ del art. 27 de la ley 7546 reglamentaria de aquella cláusula constitucional («[...] son objetivos de la Educación Primaria en la provincia de Salta: [...] ñ. Brindar enseñanza religiosa, la cual integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos. Los

contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa») si lesiona los derechos a la igualdad y a la no discriminación.

La Corte va tomar como perspectiva del principio de igualdad del art. 16 CA su interpretación como principio de no discriminación en el sentido de que todas las personas deben ser tratadas de igual manera cuando estén en las mismas circunstancias que, a la luz del art. 75, inc. 23, y de los tratados internacionales sobre derechos humanos, buscan garantizar la igualdad real de los habitantes.

Entiende que el resguardo al principio de no discriminación debe analizarse desde una perspectiva estructural que ha de tener en cuenta al individuo en cuanto integrante de un grupo, es decir, considerar el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan y el modo que impactan en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacen, lo que conlleva la utilización de criterios de control de constitucionalidad más estrictos que el enfoque tradicional. Para ello va acudir a la noción de «categorías sospechosas» en estos términos:

En este enfoque tradicional, para decidir si una diferencia de trato es ilegítima se analiza su mera razonabilidad; esto es, si la distinción persigue fines legítimos y constituye un medio adecuado para alcanzar esos fines. Sin embargo, cuando las diferencias de trato que surgen de las normas están basadas en categorías «específicamente prohibidas» o «sospechosas» corresponde aplicar un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez. En estos casos, se invierte la carga de la prueba y es el demandado quien tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin sustancial (doctrina de Fallos: 327:3677; 332:433).

Y citando una sentencia de la Corte Interamericana (caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* del 24-02-2012), termina señalando: «El fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas es revertir la situación de desventaja en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico en razón de muy variadas circunstancias como, por ejemplo, razones sociales, étnicas, culturales, religiosas, entre otras» (§19).

Pero advierte de que, no obstante, a veces existen normas que en apariencia no contienen una distinción sospechosa en sentido estricto, que por sí solas no ofrecen ningún reparo de constitucionalidad, pero sin embargo, puede ocurrir que *prima facie* la norma —aplicada en un contexto social— produzca un impacto desproporcionado en un grupo determinado, por ello, concluye, que, cuando una norma *prima facie* neutral genere un impacto desmedido en los miembros de un grupo, debe analizarse la manera en que dicha

norma se ha implementado, o sea, los efectos que su aplicación ha generado en la realidad.

Para la CSJA la aplicación concreta de la norma en cuestión tiene lugar en un contexto social que se caracteriza por una preponderancia de población que profesa la religión católica y ha causado un efecto desproporcionado hacia grupos religiosos minoritarios cuyo credo no se enseña en las aulas, además, tampoco se brindaron alternativas para los no creyentes. La Corte concluye que la educación religiosa en las escuelas públicas del credo católico en horario escolar, dentro del plan de estudios y con el aval de la respectiva autoridad religiosa, ha favorecido en los hechos conductas discriminatorias hacia los niños y las niñas que no integran el grupo religioso predominante. Los hechos indican que algunos alumnos cuyos padres habían exteriorizado a través de un formulario la voluntad de que sus hijos no recibieran educación religiosa, o bien manifestado de forma expresa que no profesaban religión alguna, permanecían en esas clases por razones de seguridad o de no segregación, otros participaban en una clase de música, o concurrían en esos horarios a la biblioteca o al patio. En algunos casos incluso se llevaron a cabo prácticas religiosas fuera del espacio curricular demarcado (rezos, bendiciones, fiestas patronales). Con base en estos hechos la Corte determinó que por la forma en que se ha venido implementando la enseñanza religiosa en el sistema educativo público de la provincia de Salta existen patrones sistemáticos de trato desigualitario hacia grupos religiosos minoritarios y hacia los no creyentes. Por tanto, va a concluir que la norma «tiene decisivos efectos discriminatorios y, de este modo, viola el principio de igualdad y no discriminación que debe orientar e inspirar las políticas con miras a alcanzar una educación inclusiva que priorice la igualdad plena de oportunidades [...] aumentando la situación de desventaja en que se encuentran los grupos religiosos minoritarios y los no creyentes», en consecuencia, procede a declarar la inconstitucionalidad del inciso ñ del art. 27 de la ley de educación de la provincia de Salta y de las prácticas referidas porque se está en presencia de una norma irrazonable por contener discriminación encubierta (§27).

Finalmente, la Corte va a ocuparse de otro asunto: la obligación impuesta a los padres por la provincia de Salta de suscribir un formulario donde deben manifestar si quieren que sus hijos reciban «educación religiosa» y, en caso afirmativo, en qué creencia desean que sean instruidos; habiéndose previsto, asimismo, que esta manifestación sea archivada en el legajo personal del alumno y forme parte de la documentación institucional según un procedimiento contenido en la Disposición n.º 45/09 de la Dirección General de Educación Primaria y Educación Inicial de la provincia de Salta. La Corte termina calificando este formulario como «claramente violatorio del derecho que tiene toda persona de no revelar un aspecto de su esfera personal —tales como los

pensamientos o la adhesión o no a una religión o creencia— en tanto obliga a divulgar una faceta de la personalidad espiritual destinada a la dimensión propia de cada individuo» (§32), en consecuencia, considera inconstitucional la disposición administrativa de marras.

Esta sentencia como *obiter dictum* incurre en una digresión referida al ejercicio del derecho de aprender y al derecho de cada habitante de la provincia de Salta de profesar libremente el culto. Sobre lo primero declara que «resulta plenamente vigente el derecho que tienen los alumnos de las escuelas públicas de Salta a recibir contenidos de historia y filosofía de las religiones [como fenómeno sociocultural] dentro del plan de estudios y en horario escolar, expuestos de manera objetiva y neutral» (§35). Respecto de lo segundo, admite que el derecho de cada habitante de profesar su culto en la escuela pública salteña es plenamente aceptable fuera del horario escolar.

En síntesis: partiendo de afirmar el principio de neutralidad religiosa en el ámbito de la educación pública, se declara inconstitucionalidad del inciso ñ del art. 27 de la Ley 7546 y de la Disposición 45/09 de la Dirección General de Educación Primaria y Educación Inicial de la provincia de Salta y, en consecuencia —he aquí una gran novedad— de *las prácticas religiosas* tal como se han venido desarrollando en las escuelas públicas de la citada provincia.

Corresponde dejar señalado un dato notable del voto concurrente del juez Rosatti, que, si bien llega a análoga resolución, introduce algunas consideraciones significativas como el principio de «margen de apreciación provincial» que seguramente será fuente de inspiración de jurisprudencia constitucional futura.

2. DERECHO A LA PROPIA IMAGEN E INTERNET

Nuevamente este año se presentó un conflicto entre el derecho a la propia imagen y su difusión por internet. En el caso *Gimbutas, Carolina Valeria c/ Google Inc. s/daños y perjuicios - Gimbutas, Carolina Valeria c/Google Inc. s/hábeas data*, del 12 de septiembre de 2017 (Fallos 340:1236), la CSJA tuvo que volver a analizar hechos que guardan cierta semejanza con el caso *Rodríguez, María Belén* (Fallos 337:1174). En aquel precedente de 2014 la Corte rechazó la pretensión contra Google y Yahoo porque interpretó que la actividad de estos buscadores

importa el ejercicio pleno y regular de la libertad de expresión constitucionalmente protegida y que, conforme a las características propias de internet, resulta razonable admitir que los motores de búsqueda —que carecen de control sobre el contenido proveniente de un tercero potencialmente dañoso y, por lo tanto, de evitar la consumación de un perjuicio derivado de su difusión— solo responden civilmente por

el contenido que les es ajeno cuando toman efectivo conocimiento de la ilicitud de ese contenido y ese conocimiento no es seguido de un actuar diligente (art. 1109 del anterior Código Civil). En consecuencia, sólo la indiferencia y pasividad convierte al buscador en responsable de los daños derivados de su actividad, pues con su deliberada conducta omisiva contribuye al mantenimiento del evento dañoso que, en un primer momento, desconoce y le es ajeno.

A partir de esta aseveración concluye:

Idéntica situación se presenta cuando el buscador deja de actuar como un mero intermediario del contenido proveniente de un tercero y adopta una postura activa con relación a él, ya sea modificándolo, editándolo o, directamente, creándolo. Resulta evidente que en estos casos la responsabilidad no encuentra razón de ser en la mayor o menor posibilidad de evitar el daño producido por el contenido de un tercero, sino en una conducta antijurídica propia que suscita la obligación de reparar el daño por ella ocasionado (art. 1109 del citado Código Civil).

En resumen, la CSJA entiende que para determinar la responsabilidad tiene especial trascendencia el concepto de «efectivo conocimiento» en la medida en que constituye *prima facie* el punto de partida de la gestación de la obligación de responder por parte de los motores de búsqueda, de lo que concluye que «solo habrá responsabilidad cuando los motores de búsqueda tomen efectivo conocimiento de que las vinculaciones a contenidos de terceros lesionan derechos personalísimos de un sujeto y no adopten medidas que, dentro de las posibilidades que ofrece el sistema, eliminen o bloqueen los enlaces pertinentes» (§ 4).

En síntesis, aunque se rechaza la pretensión de la actora con base en el citado precedente, es interesante referir los dos votos particulares que, sobre la premisa de que la imagen debe ser protegida como parte de un derecho a la identidad, reconocen el derecho a la imagen como derivado de la dignidad humana, valor supremo sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales. El art. 53 del nuevo Código Civil y Comercial dispone que tanto la captación como la reproducción de la imagen de una persona requieren el consentimiento del sujeto titular del derecho. Para el caso en estudio, el voto particular entiende que se ha utilizado una fotografía de la actora sin su consentimiento expreso o tácito, circunstancia que configuró una invasión ilegítima a su esfera íntima que debe ser reparada.

3. BENEFICIOS PENALES POR DELITOS DE LESA HUMANIDAD

3.a. El computo de prisión preventiva a un condenado por delitos de lesa humanidad dio lugar al caso *Muiña*, por el nombre del sujeto afectado.

El caso se identifica como «Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa *Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/recurso extraordinario*», dictado el 3 de mayo de 2017 (Fallos 340:549). Esta persona fue un civil que integró un grupo de represores dentro de un hospital de Buenos Aires durante la dictadura, en 1976. La justicia federal lo condenó en 2012 como autor de delitos de lesa humanidad (torturas y secuestro) a 13 años de prisión. La cuestión giró sobre si le correspondía a Muiña un beneficio en el cómputo de prisión dispuesto por una ley que había regido entre los años 1994 y 2001, que disponía que luego de transcurridos los dos primeros años de prisión preventiva se deben computar como dos días de prisión por cada día de encarcelamiento cautelar efectivamente cumplido (art. 7 Ley 24.390). El *quid* de la cuestión es la aplicabilidad de una ley más favorable a hechos que tuvieron lugar con anterioridad a su sanción (1976) y que, además, ya no regía cuando fue detenido (2007) y condenado (2012) el sujeto implicado. El código penal argentino recoge en el art. 2 como principio general: «Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho». Seguidamente el art. 3 dispone: «En el cómputo de la prisión preventiva se observará separadamente la ley más favorable al procesado». Concordantemente, el principio de la ley más benigna, también, consagrado en el art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, forma parte del bloque de constitucionalidad federal (conf. art. 75, inc. 22 de la CA).

Que la cuestión que esta Corte debe decidir es si el cómputo de la detención y de la pena que debe cumplir el recurrente debe realizarse de acuerdo con lo previsto en el derogado art. 7º de la ley 24.390, que reformó el art. 24 del Código Penal y reguló de modo más favorable al imputado el cómputo de la prisión preventiva, o si dicha ley no es aplicable sea en virtud de que el hecho fue cometido con anterioridad a su entrada en vigencia (B.O. 22/11/1994) y el encarcelamiento y la condena tuvieron lugar con posterioridad a que el art. 7 fuera derogado y sustituido por la ley 25.430 (B.O. 1/6/2001) o por cualquier otra razón (§ 5).

La CSJA, en voto dividido, tres a dos, interpretó que ese beneficio sí era aplicable al caso por tratarse de una norma más benigna que estuvo en vigor en el «tiempo intermedio», tal como lo señala el Código.

Sin embargo, los tribunales inferiores se negaron a aplicar la ley más benigna en el cómputo de la prisión cumplida basándose en que hubo un

cambio de valoración social de la conducta imputada. Este argumento es rechazado por la CSJA porque «en un estado democrático los cambios de valoraciones se documentan mediante la sanción de nuevas leyes de acuerdo con el procedimiento constitucional establecido» y «porque contradice el claro texto del art. 2 del Código Penal. Además, viola el principio de legalidad, en tanto el texto de dicho artículo no condiciona su aplicación en el presente caso a circunstancia alguna» (§ 7).

La CSJA recuerda que aquella Ley 24.390, que fue sancionada en 1994, precisamente procuró dar operatividad a la Convención Americana DD. HH., que adquirió estatus constitucional por aquella reforma de 1994, por tanto debe tenerse como reglamentaria del art. 7.5 de dicha Convención, y que «buscó compensar a quienes fueron privados de su libertad sin sentencia firme más allá del plazo en que razonablemente debió cesar el encarcelamiento provisorio» (§ 8).

Por cierto, la mayoría de la Corte reconoce, por un lado, que los delitos por cuya comisión se condenó a Muiña tienen carácter permanente, porque, a tenor de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994 con jerarquía constitucional (Ley 24.820), el delito de desaparición forzada de personas es continuado mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima; y, por otro, que la interpretación adecuada del principio establecido en el art. 2 del Código Penal es que la solución más benigna debe aplicarse a todos los delitos, inclusive los de carácter permanente, sin distinciones. Y con base en la premisa que la inconsecuencia en el legislador no se presume, entonces, «si el legislador, a quien le compete realizar las distinciones valorativas que pudieran corresponder, hubiera considerado que el art. 2 del Código Penal no debía aplicarse a los delitos permanentes por cualquier razón, habría hecho la salvedad pertinente que no hizo y que el Poder Judicial, en virtud de la materia que aquí se trata -penal- no puede hacer» (§ 10). Seguidamente, reafirmará el principio de legalidad (art. 18 CA), que en este caso indica que «debe resolverse en favor del imputado debido a que en el proceso interpretativo en materia penal debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos» (§ 11). Para abonar esta posición alude al principio de ley penal más benigna establecido en el art. 24.2 del Estatuto de Roma, constitutivo de la Corte Penal Internacional, que Argentina adhirió por Ley 26.200. También hizo referencia al Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY), en los casos *Dragan Nikolic* (18 de diciembre de 2003) y *Miroslav Deronjic* (caso n.º IT-02-61-A).

En suma, la CSJA interpretó, respecto de esta ley penal intermedia más benigna:

Que según nuestro orden jurídico, las leyes penales intermedias promulgadas después de la comisión del delito pero derogadas y reemplazadas por otra ley antes de dictarse condena, se aplica retroactivamente cuando son más benignas, y tendrán ultraactividad cuando son intermedias, siempre que fueran más benignas que las posteriores. A los efectos de determinar la procedencia de la aplicación ultraactiva del art. 7 de la ley 24.390 al caso de autos, cabe consignar que la norma en cuestión estuvo vigente en un tiempo intermedio entre la comisión de los hechos materia de la causa y el dictado de la sentencia condenatoria, que Muiña estuvo detenido preventivamente desde ello de octubre de 2007 y que dicho estado superó el plazo de dos años mencionado en la ley referida.

Para determinar que, «[...] consecuentemente, debe concluirse que el cómputo punitivo relativo a Muiña debe practicarse conforme con lo dispuesto en el art. 7º de la ley 24.390 por ser una norma intermedia más benigna que tuvo vigencia entre la comisión de los hechos y el dictado de la condena, de acuerdo con el arto 2º del Código Penal» (§14).

No se puede dejar de referir a la reacción social que produjo esta decisión, hasta el punto que provocó manifestaciones multitudinarias en repudio de la Corte, con la singularidad de que este rechazo no hizo acepción de partidos y corrientes políticas. Más llamativo fue que esta extraña y espontánea conmoción colectiva provocó que el Congreso reaccionara rápidamente y procediese a sancionar en apenas unos días una singular ley de «interpretación auténtica». La Ley 27.362, publicada el 10 de mayo de 2017, dispuso que esta fórmula de cómputo no sería aplicable a los delitos de lesa humanidad con excepción de aquellos casos en los que el condenado hubiere estado privado de su libertad en forma preventiva durante el período comprendido entre la entrada en vigencia y la derogación de aquella ley. En conclusión, se trató de una situación excepcional e inédita en la historia reciente de la democracia: que una sentencia de la Corte Suprema por mayoría generase una movilización general de repudio colectivo a partir de un tópico que no reparaba en las razones jurídicas, sino en unas consideraciones sociales metajurídicas que, instaladas como opinión general, rechazan que los autores de delitos de lesa humanidad puedan acceder a los beneficios que confieren algunas normas basadas en principios generales sobre ejecución de la pena.

3.b. La CSJA ya había tenido ocasión de pronunciarse, anticipando esta posición, sin que esta decisión hubiera generado las movilizaciones que provocó el caso *Muiña*. Este precedente, de apenas un mes anterior, se ocupa de un excoronel de 85 años, acusado de delitos de lesa humanidad, a quien un tribunal inferior le revocó la prisión domiciliaria de la que estaba gozando. El caso *Alespeiti, Felipe Jorge s/ incidente de recurso extraordinario*, del 18 de abril de 2017 (Fallos 340:437) refiere a un anciano valetudinario condenado (con

sentencia no firme) a la pena de veintidós años de prisión por delito de privación de libertad agravada y otros dieciséis hechos calificados como delitos de lesa humanidad. Los tribunales inferiores le habían denegado la solicitud de detención domiciliaria que permitía el art. 33 de la Ley 24.660 ante el acentuado deterioro de su estado de salud (patologías cardíacas, trastorno senil con pérdida de la visión e hipoacusia).

Así el caso llegó en revisión a la CSJA, que va a reafirmar el principio de la impostergable e irrenunciable «obligación de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos lo es en el marco y con las herramientas del Estado de Derecho, y no con prescindencia de ellas» (Fallos: 330:3074), en especial de aquellos hechos vinculados al inconcebible horror que primó durante la última dictadura militar, y a reiterar el deber del Estado de investigar los gravísimos atentados contra la vida, integridad física y libertad ocurridos durante el último Gobierno dictatorial. Sin embargo, la Corte argentina recurre en apoyo a estándares internacionales sobre la materia, como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la prohibición absoluta de trato inhumano o degradante en las sociedades sin admitir ninguna clase de excepción o derogación (véanse sentencias *Sochichiu vs. Moldavia*, del 15 de mayo de 2012, y *Hagyo vs. Hungría*, del 23 de julio de 2013), y el Estatuto de Roma sobre prohibición de trato inhumano respecto de todo imputado de los crímenes de lesa humanidad, y trae a colación la censura a Argentina por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (11 de abril de 2014). También refiere al deber del Estado de garantizar la salud de las personas bajo su custodia en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencias casos *Vera Vera y otra vs. Ecuador*, del 19 de mayo de 2011, e *Yvon Neptune vs. Haití*, del 6 de mayo de 2008). Con fundamento en la incorrecta apreciación del informe médico realizada por el tribunal inferior que revoco la prisión domiciliaria y la falta de control del afectado sobre esta prueba, la CSJA revocó la decisión y ordenó que el tribunal interviniente acoja el pedido de prisión domiciliaria.

4. PRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN CIVIL DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS POR DELITOS DE LESA HUMANIDAD

En el caso *Villamil, Amelia Ana c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios*, del 28 de marzo de 2017 (Fallos 340:345), la actora promovió demanda civil de resarcimiento de los daños y perjuicios contra el Estado, como consecuencia de la desaparición de su hijo y de su nuera, Jorge Ayastuy y Marta Elsa Bugnone, ocurrida en el año 1977 por un grupo de personas uniformadas. Con anterioridad la actora había obtenido en 1993 sentencia que declaró

la muerte presunta del hijo y de la nuera de la señora Villamil. El Estado opuso prescripción liberatoria de la acción pecuniaria. La cuestión es si la imprescriptibilidad de las acciones penales derivadas de delitos de lesa humanidad, reconocida por la Corte argentina en diversos pronunciamientos (Fallos 327:3312; 328:2056; entre otros), resulta extensible al ámbito de la prescripción de la acción pecuniaria resarcitoria de daños derivados de tales delitos.

La Corte va a pronunciarse en contra de la extensión de la imprescriptibilidad de las acciones penales derivadas de delitos de lesa humanidad al ámbito del reclamo indemnizatorio. Para ellos va a acudir a un precedente propio, el caso *Larrabeiti Yáñez* (Fallos: 330:4592), donde sostuvo la prescripción de la acción para reclamar el resarcimiento patrimonial en contraposición a la imprescriptibilidad del reproche penal por delitos de lesa humanidad, porque la primera atañe a materia disponible y renunciable, mientras que la segunda, relativa a la persecución de los delitos de lesa humanidad, se funda en la necesidad de que los crímenes de esa naturaleza no queden impunes, es decir, en razones que exceden el interés patrimonial de los particulares afectados. Pues lo que diferencia un caso del otro es que en uno está en juego el interés patrimonial exclusivo de los reclamantes, mientras que en el otro está comprometido el interés de la comunidad internacional, que Argentina es parte en que tales delitos no queden impunes.

Apunta que en el derecho interno argentino no existe norma alguna que establezca la imprescriptibilidad de las acciones indemnizatorias por daños derivados de delitos de lesa humanidad. Asimismo, entiende que Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas tampoco dispone la imprescriptibilidad de las acciones indemnizatorias derivadas de dicho delito, sino únicamente la de las acciones penales. Asimismo, sostiene que tampoco puede concluirse que la prescripción de las acciones indemnizatorias de daños derivados de delitos de lesa humanidad viole obligación internacional, sobre todo cuando el Estado argentino ha establecido diversos regímenes indemnizatorios especiales para cumplir con la obligación de asegurar a la víctima una adecuada reparación.

En conclusión, la CSJA hizo lugar a la excepción interpuesta por el Estado de prescripción liberatoria de la acción de reparación pecuniaria por daños y perjuicios originados en delitos de lesa humanidad.

5. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LÍMITE AL SEGUIMIENTO DE SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA

Este caso tiene una enorme trascendencia porque delimita un nuevo parámetro de relación con las decisiones de la Corte Interamericana de DD. HH., cuyas sentencias eran hasta entonces de seguimiento obligatorio.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos por sentencia del 29 de noviembre de 2011 condenó a Argentina en el caso *Fontevéchia y D'Amico vs Argentina* por violación de la libertad de pensamiento y de expresión (art. 13 CADH), exigiendo en carácter de reparación: la publicación de la sentencia interamericana, la restitución de la indemnización a la que fueron condenados los afectados, y que se deje sin efecto aquella sentencia de la Corte argentina que había confirmado la condena civil a estos periodistas de abonar una suma en concepto de indemnización.

En efecto, en el año 2001 la CSJA había dictado sentencia en la causa *Menem, Carlos Saúl c/Editorial Perfil S.A. y otros s/daños y perjuicios sumario* (Fallos: 324: 2895), confirmando la condena de daños y perjuicios promovida por el expresidente Carlos Saúl Menem contra Editorial Perfil S.A., Jorge Fontevéchia y Héctor D'Amico.

Para dar cumplimiento con lo dispuesto por la Corte Interamericana, el Estado argentino procedió como se había mandado a publicar en periódicos de amplia difusión la sentencia de la Corte Interamericana. En este marco, el Ministerio de Relaciones Exteriores argentino se dirigió a la Corte a fin de que diera cumplimiento con el tercer punto: la revocación de la sentencia de la propia CSJA en el juicio que originó el reclamo interamericano, lo que dio origen al caso *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso 'Fontevéchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Fallos 340:47), del 3 de febrero de 2017.

El problema surge a partir de la imposición de la sentencia interamericana que dispuso que el Estado argentino debía «dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevéchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias», lo que en concreto significaba que la Corte debía revocar una propia sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

La Corte argentina procede a delimitar el cuadro interpretativo en estos términos:

Las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este (art. 68.1, CADH) (Fallos: 327:5668). Dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales. En efecto, es con ese alcance que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana (§ 6).

Sobre la base de esta premisa la CSJA rehusó revocar su anterior sentencia por dos principales argumentos:

a) El sistema interamericano de protección de derechos humanos se autodefine como subsidiario, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados, de donde surge la exigencia convencional de agotamiento de los recursos internos en forma previa al acceso al sistema regional, de lo que se concluye que la Corte Interamericana no constituye una «cuarta instancia» que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales (caso *Perozo y otros v. Venezuela*, 28 de enero de 2009). El mismo tribunal en el caso *Genie Lacayo* (29 de enero de 1997) señaló: «La Corte Interamericana no tiene el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional; sólo puede en este caso, señalar las violaciones procesales de los derechos consagrados en la Convención que hayan perjudicado al [...] afectado en este asunto» (§ 94). Este rol subsidiario concuerda con la posición sostenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sus doctrinas del margen de apreciación nacional (casos *Lawless v. Ireland*, 01-07-1961; *Handyside v. The United Kingdom*, 07-12-1976, y más recientemente, *Lautsi and Others v. Italy*, 18-03-2011) y de la «cuarta instancia» (*Schenk v. Switzerland*, 12-07-1988; *Tautkus v. Lithuania*, 27-11-2012).

La Corte Interamericana no es un tribunal de cuarta instancia revisor de sentencias de tribunales nacionales, por un lado, no es una instancia judicial superior con capacidad de revisar las decisiones del inferior y, en su caso, dejarlas sin efecto, y, por otro lado, tampoco interviene en un proceso que sea de continuidad con el desarrollado por esta Corte, porque son diferentes sus elementos fundamentales, las partes y la prueba.

b) Los tribunales internacionales son órganos con competencias limitadas a las prescriptas por los instrumentos que los han constituido, por tanto, la pretensión de la Corte Interamericana al ordenar dejar sin efecto una sentencia de la Corte argentina pasada en autoridad de cosa juzgada ha recurrido a un mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto por el texto convencional. En efecto, el art. 63.1 de la Convención Americana de DD. HH. dispone: «Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada». La CSJA interpreta que dicha norma no contempla la posibilidad de que la Corte Interamericana disponga que se deje sin efecto una sentencia dictada en sede nacional.

Finalmente, la Corte argentina considera que tal pretensión es supuesto de restitución imposible, ya que dejar sin efecto una sentencia propia pasada en autoridad de cosa juzgada es, a la luz de los principios fundamentales

del derecho público argentino, jurídicamente imposible, porque «revocar la sentencia firme dictada por este Tribunal implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional» (§ 17 *in fine*). Por otra parte, indica que el art. 27 CA establece que los tratados deben interpretarse conforme a los principios establecidos en la Constitución, y esta ha atribuido a la Corte el carácter de órgano supremo y cabeza del Poder Judicial (art. 108 CA), lo que resultaría trastocado si se admitiese que un tribunal convencional pueda modificar esa posición institucional. Para abonar esta perspectiva la Corte recuerda que el constituyente argentino de 1994 otorgó jerarquía constitucional a la CADH y aclaró (y condicionó) expresamente que sus normas «no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución» (art. 75, inc. 22 CA), supeditando la validez de los tratados internacionales a la plena vigencia de los principios de derecho público establecidos en la norma fundamental (doctrina de Fallos: 317:1282). De esta manera concluye la CSJA que la competencia de la Corte Interamericana debe circunscribirse a la materia establecida por el art. 68.1 de la Convención, dentro de la cual no se incluye la revocación de sentencias dictadas por el máximo tribunal de justicia argentino.

La trascendencia de esta decisión adoptada por la mayoría de los miembros de la Corte argentina, con un solo voto en disidencia, significa un cambio notable del criterio de amplia receptividad de las sentencias de la Corte Interamericana que hasta este entonces habían tenido en los tribunales argentinos.

Lo que depare el futuro en este sentido es una incógnita. Sin duda, ha puesto a la Corte Interamericana en un intríngulis, pues mantiene como pendiente de cumplimiento la obligación impuesta a Argentina, así, con fecha 18 de octubre 2017 dictó una resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia manifestando que «el Estado no ha dado cumplimiento a la reparación relativa a dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias».

6. DERECHO AMBIENTAL

Este año 2017 la CSJA se ocupó de un par de casos relevantes en materia ambiental.

6.a. El primero (*La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/uso de aguas*; Fallos: 340:1695, del 1 de diciembre de 2017) se trata del uso de un río interjurisdiccional que atraviesa dos estados provinciales, Mendoza y La Pampa (río Atuel, afluente del río Colorado que desagua en el océano Atlántico). La Corte argentina tomó intervención en el conflicto en virtud del

art. 127 CA, que establece la competencia originaria del máximo Tribunal para resolver los conflictos entre ellas.

La provincia de La Pampa demandó a la provincia de Mendoza por incumplimiento de la obligación impuesta por una sentencia anterior de la CSJA de celebrar de buena fe convenios sobre los usos del río Atuel⁶, pidiendo, además, que se ordenase el cese del daño ambiental y la recomposición del ambiente, se la condenase a indemnizar los perjuicios sufridos con motivo de los incumplimientos, se estableciese un caudal de agua mínimo a ingresar en su territorio, y teniendo en cuenta el derecho humano al agua, al crecimiento armónico y equilibrado entre las provincias. La Corte corrió traslado de la demanda a la provincia de Mendoza y citó al Estado nacional como tercero y, además, dispuso llevar a cabo una audiencia pública que contó con la participación y exposición de los amigos del tribunal, los gobernadores y letrados de las partes y funcionarios del Ministerio de Energía y Minería de la nación.

Esta sentencia adquiere especial relevancia porque colocó el conflicto suscitado por el uso de un río interprovincial dentro de un contexto ambiental más amplio y general. En efecto, la sentencia amplía el enfoque ubicándolo como un problema ambiental. Va a introducir la noción de que el ambiente, como un bien colectivo de pertenencia comunitaria, es un «macrobien» que supera un microbien ambiental relativo al conflicto por el uso del agua y, por lo tanto, presenta caracteres de derecho de incidencia colectiva, uso común e indivisible. En suma, demanda una visión policéntrica y una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral, ya que son numerosos los derechos afectados. El paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es ecocéntrico o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema que se concreta en la noción de «cuenca hídrica».

El fallo realiza valiosas definiciones sobre federalismo y sobre materia ambiental. En relación a lo primero desarrolla la idea de federalismo de cooperación. En respecto a la cuestión ambiental va a abordar el tema del agua, agua potable, desertificación, y cuenca hidrográfica.

Define el federalismo como

[...] un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no actúan aisladamente sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento, el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas

⁶ La CSJA por sentencia de 1987 (Fallos: 310:2478) había impuesto a las partes la obligación de negociar y celebrar de buena fe los convenios para regular los usos del río Atuel, y generó la suscripción de convenios.

debe ser ponderado como una interacción articulada [...]. La funcionalidad del sistema federal constitucional argentino se funda en el principio de lealtad federal o buena fe federal, conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias federales y provinciales que, para su deslinde riguroso, puede ofrecer duda, debe evitarse que tanto el gobierno federal como las provincias abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes; implica asumir una conducta federal leal, que tome en consideración los intereses del conjunto federativo, para alcanzar cooperativamente la funcionalidad de la estructura federal *in totum* (§ 6).

En este marco, concluye la Corte argentina, «frente a la existencia de tensiones en las relaciones inter-jurisdiccionales, es necesario asumir una percepción conjuntiva o cooperativa, propia de un federalismo de concertación, que supere los enfoques disyuntivos o separatistas» (§ 7), y a tal objeto la Constitución incluyó en el art. 127 como previsión de reaseguro que la Corte Suprema cumpla un rol proactivo en procura de solución de los conflictos suscitados entre estados provinciales, o sea, ha conferido al más Alto Tribunal de la República la trascendente misión de dirimir los conflictos interprovinciales.

Resulta muy revelador que la Corte argentina perciba la naturaleza de su intervención y sus implicancias como una competencia dirimente que es diversa a la jurisdiccional. En este sentido el Tribunal debe ejercer una función de carácter prudencial revestida de las potestades necesarias para arribar a la resolución del conflicto, lo que implica reconocer al órgano amplias facultades para determinar el derecho aplicable al litigio y modular la estructura procesal de su ejercicio, de acuerdo con las particulares características de la situación concernida. Entiende que en el ejercicio de la discrecionalidad propia de la naturaleza prudencial de esta competencia dirimente la Corte debe utilizar las herramientas necesarias para arribar a una solución del conflicto de modo gradual; criterio que resulta especialmente aplicable al caso por tratarse de una cuestión ambiental, regida por el principio de progresividad. Además, las resoluciones que adopte el Tribunal deberán ser aplicadas por las partes conforme al criterio de «buena fe» (§ 9).

Seguidamente procede a ocuparse de cuestiones específicamente ambientales. En primer lugar, define el acceso al agua potable como derecho humano que incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces y —en particular— en el campo de los derechos de incidencia colectiva, por lo que es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad regenerativa y de resiliencia (caso *Kersich, Juan y otros c/Agua Bonaerenses SA y otros slamparo*, en Fallos: 337:1361). Concluye, citando documentos internacionales y sentencias de la Corte Interamericana, que «el

derecho al agua potable, se especifica en el presente caso, en el derecho a un caudal de agua para la sustentabilidad del sistema» (§ 11).

A continuación enlaza esta cuestión con la problemática de la desertificación, advirtiendo de que «la lucha contra la desertificación implica enfocarse en la oferta de agua, y no solo en el derecho al agua como demanda. Ello significa que es necesario identificar posibles fuentes de provisión con una mayor amplitud, abarcando toda la cuenca y las regiones afectadas» (§ 12), para lo cual considera como obligación del Estado nacional destinar recursos para combatir la sequía grave o desertificación, con una visión que excede el ámbito del río Atuel, para comprender toda la cuenca y la región. En este punto, pasa a ocuparse de la cuestión como un asunto de «cuenca hídrica».

Va a recurrir al concepto jurídico de cuenca como ámbito de competencia de la actuación dirimente de la Corte. El abordaje del problema debe hacerse, entonces, bajo el presupuesto de «cuenca hídrica» como unidad que comprende el ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente en particular. La cuenca hidrográfica como espacio geográfico delimitado por la línea divisoria de las aguas que fluyen hacia una salida o depósito común, como un ámbito de la acción que debe estar a cargo de un organismo regulador de la cuenca. Las cuencas son ámbitos físicos dentro de los cuales los distintos usos y efectos de los recursos hídricos y los demás recursos naturales son naturalmente interdependientes y por tal motivo deben ser usados y conservados de manera integrada. Debe tratarse este problema como un «sistema hidrológico» integrado por distintos componentes a través de los cuales fluye el agua, tanto de superficie como subterránea, en una interrelación entre sus componentes, que hace del curso de agua un verdadero sistema.

Así logra integrar su función de competencia dirimente con el abordaje sistémico del problema, para arribar de este modo la Corte a una solución dirimente del conflicto, para lo cual asume una función de cooperación, control y monitoreo, sin atribuciones de gestión, de tal manera que se favorezca y garantice, pero no interfiera, en la adopción por parte de las provincias de una solución al conflicto, reconociendo la mayor deferencia al margen de acción de los estados provinciales involucrados, a fin de aportar elementos que permitan arribar a una solución dirimente del conflicto.

A tal efecto va a resolver que debe fijarse un caudal hídrico apto para la recomposición del ecosistema afectado en el noroeste de la provincia de La Pampa, para lo cual las provincias deberán poner en funcionamiento la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (C.I.A.I.), a través de la cual las provincias involucradas, en forma conjunta con el Estado Nacional, elaboren un programa de ejecución de obras que contemple diversas alternativas de solución técnica de las previstas en relación a la problemática del Atuel.

6.b. Un segundo asunto ambiental fue el caso *Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Mamani, Agustín Pío y otros c/ Estado Provincial – Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales y la Empresa Cram S.A. s/ recurso* (Fallos 340:1193), del 5 de setiembre de 2017.

Mediante una resolución de la Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales de la provincia de Jujuy, se había autorizado el desmonte de 1470 hectáreas en la finca La Gran Largada, ubicada en la localidad de Palma Sola, departamento de Santa Bárbara de dicho estado provincial. Un juez provincial de primera instancia había declarado la nulidad de dicha resolución, pero esta sentencia fue revocada por el Tribunal Superior de Justicia local. Los actores invocaron irregularidades en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

La Corte argentina abrió el recurso por entender afectados los principios precautorio y preventivo establecidos por la ley federal de presupuestos mínimos de protección ambiental de bosques nativos (Ley 26.331). En concordancia, el art. 4 de la Ley General del Ambiente 25.675 establece que el principio precautorio supone que «cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente».

La Corte decide intervenir porque advierte irregularidades en la tramitación de la evaluación de impacto ambiental:

1. La importancia de la previa evaluación ambiental. Advierte la Corte que

[...] en cuestiones de medio ambiente, cuando se persigue la tutela del bien colectivo, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro. Para ello, como se sostuvo en «Martínez» (Fallos: 339:201) cobra especial relevancia la realización de un estudio de impacto ambiental previo al inicio de las actividades, que no significa una decisión prohibitiva, sino antes bien una instancia de análisis reflexivo, realizado sobre bases científicas y con participación ciudadana (§ 7).

2. No solo los estudios de evaluación de impacto ambiental y su aprobación deben ser previos a la ejecución de la obra o actividad, sino que además no puede haber una autorización estatal que se expida en forma condicionada. Para la Corte una aprobación condicionada o, tal como lo justifica el fallo del superior tribunal provincial, «con sugerencias o recomendaciones», no se ajusta al marco normativo aplicable.
3. Las resoluciones cuestionadas hicieron caso omiso a las observaciones que surgen de las inspecciones previas realizadas en el predio.

4. La autorización de desmonte comprende una superficie mayor (1470 ha) a la detallada en el estudio de impacto ambiental (1200 ha) y solo se fiscalizaron 600 ha. (menos del 50 % de lo solicitado), sin contar con planos, subdivisiones, medidas exactas, ni determinaciones reales de las pendientes superiores al 2 %.
5. Asimismo, constata que no surge de la causa que se hayan celebrado las audiencias públicas antes del dictado de las resoluciones cuestionadas, lo que constituye un recaudo del derecho de participación de los ciudadanos en esta materia garantizada tanto por normativas federales (ley general del ambiente) como provinciales.

En vista de que los actos administrativos impugnados exhiben una clara contradicción frente a los antecedentes de hecho y derecho que precedieron a su dictado, la Corte, en una decisión sin precedentes, procede a declarar la nulidad de un par de actos administrativos provinciales (resoluciones 271-DPPAyRN-2007 y 239-DPPAyRN-2009 de la Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales de la Provincia de Jujuy).

III. ÓRGANOS ESTATALES

1. LÍMITE DE EDAD DE MAGISTRADOS JUDICIALES

Quizá el fallo de más sustancia en materia constitucional dictado por la Corte en el año 2017 fue el caso *Schiffirin, Leopoldo Héctor c/Poder Ejecutivo Nacional s/lacción meramente declarativa*, del 28 de marzo de 2017 (Fallos 340:257), no solo porque implicó un cambio de posición respecto de un precedente anterior (caso *Fayt*), sino porque realiza unas consideraciones muy valiosas para la teoría constitucional.

La cuestión fue la interpretación al art. 99, inc. 4, último párrafo agregado por la reforma constitucional de 1994 («Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite»).

Esta norma había sido declarada nula por la Corte en 1999 en el caso *Fayt* (Fallos: 322:1616) por considerar que la convención constituyente de 1994 se había extralimitado en su cometido al introducir esta cláusula, que, según interpreta, no había sido habilitada por la ley del Congreso que impulsó la reforma constitucional (Ley 24.309), y que, además, lesionaba la garantía

de inamovilidad de los jueces resguardada por el art. 110 de la Constitución (que estaba excluido de ser modificado), afectando a los magistrados judiciales que ya se encontraban en funciones al tiempo de esa reforma. La consecuencia de aquella sentencia de 1999 fue que muchos jueces federales permanecieron en su función más allá de los 75 años, algunos en actividad hasta los 98 años de edad, como el propio juez de la Corte, Carlos Fayt, actor de aquel fallo.

En el ínterin, sin embargo, hubo magistrados judiciales que se retiraron cuando cumplieron los 75 años de edad, como lo prevé la norma constitucional, incluso un miembro de la Corte (Zaffaroni) renunció cuando alcanzó esa edad respetando ese límite constitucional.

La Corte, que ahora se integraba con dos miembros que habían sido convencionales en la reforma constitucional de 1994 (Maqueda, 2002, y Rosatti, 2016), más las situaciones extremas que se presentaron en la justicia nacional, seguramente influyó para modificar el precedente Fayt.

El caso *Fayt* es quizá una de las más graves y erróneas decisiones de la Corte argentina porque en lo concreto llegó a invalidar una norma constitucional introducida por el poder constituyente reformador, dejando un regusto francamente corporativo, porque era desde el propio Poder Judicial que se reaccionaba en resguardo de la privilegiada posición de inamovilidad judicial a favor de la permanencia *sine die* en el cargo.

El control de constitucionalidad en Argentina sigue el modelo difuso, por tanto, las sentencias de este género solo benefician a las partes, o sea, tienen efecto interpartes. A un magistrado federal, Leopoldo Schiffrin, que había traspuesto los 75 años de edad, le asaltó la duda sobre la aplicabilidad respecto de su persona del límite impuesto por el art. 99., inc. 4 *in fine*, razón por la cual deduce una acción declarativa de certeza que es acogida favorablemente por el juez de primera instancia y por la Cámara de Apelaciones con base en los argumentos expuestos en el caso *Fayt*.

El caso *Schiffrin*, que llegó a la Corte argentina por recurso extraordinario, brindó la ocasión para corregir el desaguizado del precedente *Fayt*, que, como se señaló, fue algo más que un simple control de constitucionalidad sobre una norma legal, pues significó, nada más y nada menos, que la invalidación de una norma constitucional. Obviamente, se recurrió al artilugio de invalidarla por nulidad porque era un contrasentido lógico declarar la inconstitucionalidad de una norma constitucional,

Precisamente el primer escollo que debía sortear esta nueva composición era justificar el apartamiento de tal precedente. La Corte es consciente de que debe respetar los precedentes por razones de seguridad jurídica, en consecuencia, «la carga argumentativa de modificarlo corresponde a quien pretende apartarse del precedente, debiendo ser excepcional y fundada» (§ 9). En este sentido, recuerda la Corte que en numerosos casos se ha apartado de precedentes con el

fin de dar plena aplicación a la reforma constitucional de 1994, es decir, estos apartamientos encontraron justificación en el cambio sustancial en el ordenamiento constitucional.

Pone de resalto la Corte que fue el único caso de inaplicación de la reforma constitucional en este asunto del límite de 75 años para magistrados judiciales, y además, el tiempo transcurrido desde entonces no permite afirmar que esta disposición haya tenido el propósito de afectar la situación de independencia de los jueces.

Seguidamente aparece la novedad: «El alcance del control judicial, en esos casos, se limita únicamente a corroborar la concurrencia de los “requisitos mínimos e indispensables” que condicionan la sanción de la norma constitucional reformada (Fallos: 256:556, caso *Soria de Guerrero*)», con base en el cual formula como nuevo estándar:

[El] más amplio respeto hacia la actividad de la Convención Constituyente, tiene sustento en un hecho de singular importancia: se trata de la voluntad soberana del pueblo, expresada a través de un órgano —como lo es la Convención Reformadora— que cuenta con el más alto grado de representatividad, ya que los ciudadanos eligen a los convencionales con plena conciencia y conocimiento de que llevarán a cabo en forma inmediata y concreta la misión de reformar la Ley Fundamental (§ 10),

cuyo fundamento se encuentra en que «implica un alto riesgo de interferir en el proceso democrático, alterando el equilibrio que la Constitución Nacional ha diseñado [...] para que el poder constituido no deje sin efecto la voluntad soberana del pueblo expresada, mediante una Convención Reformadora integrada por sus representantes electos, en la Ley Fundamental» (§ 11). Si bien incurre en un error conceptual al separar, por un lado, la labor del Congreso como poder constituido (al que asigna funciones preconstituyentes) de la Convención reformadora, por el otro, como titular del poder constituyente reformador (cuando en realidad ambos integran como un acto múltiple y complejo la misma función constituyente de tipo francés)⁷, sin embargo, acierta sobre las consecuencias respecto de la función del Poder Judicial en estos términos: «El Poder Judicial no puede analizar la conveniencia

⁷ Véase Díaz Ricci, Sergio (2004), *Teoría de la reforma constitucional*, Buenos Aires: Ediar, 2004, pp. 436 y ss. También «Comentario al Artículo 30 CN (Reforma Constitucional)», en VV. AA. (2009), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (dir.: Daniel Sabsay, coord.: Pablo Manili), Buenos Aires, Hammurabi-J. L. Depalma Editor, tomo I, pp. 1145-1191 (ISBN 978-950-741-430-5).

de las decisiones de los constituyentes ni desconocer un presupuesto esencial de nuestra democracia, según el cual la Constitución materializa un pacto de unión nacional entre todos los ciudadanos». Y agrega: «Si la declaración de inconstitucionalidad de un acto de los poderes constituidos ya presenta suma gravedad institucional y debe ser considerada como “ultima ratio” del ordenamiento jurídico (Fallos: 300:241, 1087; 302:457, 484, 1149; entre otros), con mucha mayor rigurosidad debe serlo cuando se ha puesto en cuestión la validez de una norma de la Constitución sancionada por una Convención Reformadora elegida por el pueblo» (§ 12). Aquí se produce un cambio en el giro interpretativo, pues se aplica el principio de deferencia, no ya al legislador ordinario, sino a una fuente normativa superior: el «legislador constituyente».

Como demostración de la trascendencia de esta nueva orientación interpretativa, la Corte trae a colación nueve puntos (§ 13) donde se advierte un apartamiento de la Convención reformadora respecto de los puntos habilitados por la ley del Congreso, cuyo cuestionamiento acarrearía un retroceso y un escándalo jurídico superlativo. En consecuencia, constata que en relación a las reformas constitucionales introducidas en 1994 «la Corte aplicó todas sus cláusulas, siendo absolutamente deferente respecto de las decisiones del poder constituyente. El único caso distinto fue el del precedente *Fayt* lo cual muestra claramente que no se inserta en la tradición jurídica de este Tribunal» (§ 15). Concluyendo, finalmente, que «no es procedente en esta materia aplicar un criterio de interpretación restrictivo sino amplio y extensivo respecto de las facultades de la Convención Constituyente» (§ 16).

Por último, la CSJA elabora el siguiente estándar del control judicial de una reforma constitucional⁸ en estos términos:

[...] solo cabría descalificar la actividad de la Convención Constituyente en dos supuestos: (a) cuando se demuestre categóricamente que exista una grave, ostensible y concluyente discordancia sustancial que haga absolutamente incompatible la habilitación conferida y la actuación llevada a cabo por la Convención Constituyente; o, (b) cuando lo decidido por la Convención afectara, de un modo sustantivo y grave, el sistema republicano como base del estatuto del poder constitucional; o los derechos fundamentales inderogables que forman parte del contenido pético de la Constitución (§ 16).

En relación a lo primero, entendemos que tiene una explicación lógica, en cambio, eso no ocurre con la segunda, que es una afirmación apodíctica,

⁸ Puede ampliarse en Díaz Ricci, Sergio, «Control judicial de la reforma constitucional», en VV. AA. (dir.: Pablo Manili), *Tratado de derecho procesal constitucional*, Buenos Aires: La Ley, 2010, tomo II, pp. 623-653. (ISBN 978-987-03-1735-7)

alude a contenidos pétreos⁹, que en el caso de la Constitución argentina choca con la disposición del art. 30 que permite que «la Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes». Pero esto es harina de otro costal, que nos conduce a la cuestión de los límites implícitos de una reforma constitucional, asunto que no es tratado en esta causa¹⁰.

En relación al límite de edad para los jueces introducido por la reforma, la CSJA modifica su anterior posición para aseverar con fundamento que «lo decidido por una Asamblea Reformadora merece la más alta de las deferencias y, por ende, exige que el control judicial solo deje sin efecto la voluntad soberana cuando encuentre una grave transgresión de los límites impuestos por la norma habilitante» que «no es posible sostener con fundamentos consistentes que la Convención Constituyente transgredió los límites de la habilitación conferida por el Congreso de la Nación» (§ 20).

Emerge aquí, además, una novedad jurisprudencial: la noción de «garantía institucional», una categoría jurídico-constitucional escasamente aplicada a casos y conflictos que involucran a órganos del Estado. En relación a la garantía de inamovilidad de los jueces interpreta la Corte que «la inamovilidad no exige un cargo de por vida, sino un sistema jurídico institucional que cree las condiciones necesarias para que los jueces se desempeñen bien y legalmente, de manera independiente y sin injerencia o presión de poderes externos, con el objeto de impedir el predominio de intereses subalternos sobre el interés supremo de la justicia y de la ley» (§ 22), para concluir, finalmente, «que el límite de edad de 75 años introducido en la Reforma Constitucional del año 1994 no ha afectado la sustancia de la garantía de inamovilidad ni, por ende, el principio arquitectónico de independencia judicial» (§ 23).

2. INMUNIDAD DE ARRESTO DE PARLAMENTARIOS DEL MERCOSUR

Caso *Sala, Milagro Amalia Ángela y otros s/asociación ilícita, fraude a la administración pública y extorsión*, CSJ 119/2017/CS1 (Fallos 340:1785), del 5 de diciembre de 2017. Se trata del caso de una conocida dirigente social que había sido elegida por voto popular miembro del Parlamento del Mercosur.

⁹ La siguiente afirmación reviste tal apariencia: «Es jurisprudencia de esta Corte Suprema que los derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad y constituyen un límite, en tanto resultan inderogables, sea mediante una ley o incluso mediante una Convención Constituyente» (§ 17), con cita del precedente *Colegio de Abogados de Tucumán c/H. Convención Constituyente de Tucumán* (Fallos: 338: 249).

¹⁰ Puede ampliarse en Díaz Ricci, S., *Teoría de la reforma constitucional*, *ob. cit.*, pp 557 y ss.

Antes de asumir la misma fue detenida y procesada penalmente por varios delitos. La afectada considera que no procedía detención porque gozaba de la prerrogativa de inmunidad de arresto conferida a los parlamentarios del Mercosur por la Ley 27.120, que los asimila a los diputados nacionales¹¹, lo que impacta sobre los órganos de gobierno del Mercosur y los sistemas de integración en general cuyos tratados gozan de jerarquía superior a las leyes conferida por el art. 75, inc. 24 CA. El Superior Tribunal de Justicia provincial había declarado la inconstitucionalidad de dicha norma legal federal, razón por la cual la cuestión llegó a conocimiento de la Corte argentina por recurso extraordinario, pues se trata no solo de una ley federal sino que además está vinculada a asuntos internacionales.

La detenida invocó, por su parte, que la asimilación a los legisladores nacionales en cuanto a «privilegios» es corriente en los distintos sistemas comunitarios y de integración tales como las normas del Parlamento Andino y del Parlamento de la Unión Europea.

En suma, la CSJA señala que la cuestión a examinar se circunscribe a decidir si la actora, en su condición de parlamentaria electa del Mercosur, goza de la inmunidad de arresto que le otorgan los instrumentos internacionales de ese ámbito comunitario y el art. 69 CA, que, función de lo previsto en la Ley 27.120, confiere a los diputados nacionales tal prerrogativa.

La Corte advierte que mientras la inmunidad de opinión de estos parlamentarios está resguardada por Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur (art. 12.2, aprobado por Ley 26.146) y recogida por el Reglamento Interno del Parlamento del Mercosur (art. 16), en cambio, la inviolabilidad personal o inmunidad de arresto se halla consignada solo en el Acuerdo de Sede entre la República Oriental del Uruguay y el Mercosur para el funcionamiento del Parlamento del Mercosur (Decisión CMC n.º 34/07, art. 10.1 y art. 11.a), pero como una prerrogativa circunscrita al territorio de Uruguay, por ser este Estado Sede del Parlamento del Mercosur.

Además, la Corte entiende que esta medida de detención en un proceso penal tampoco se encuentra comprendida en la prohibición de «restricciones legales o administrativas» a la libertad de circulación y desplazamiento establecida por el Protocolo Constitutivo del Parlamento, en resguardo de los miembros del Parlamento en sus movimientos y tránsitos para comparecer a su local de reunión y regresar, a efectos del ejercicio de sus funciones (art. 12.3, y art. 15 de Reglamento), mientras que la detención en un proceso penal es

¹¹ Art. 16: «[...] Serán aplicables a su respecto, siempre que no hubiere disposición específica, las disposiciones que regulan la condición de aquéllos en cuanto a inmunidades parlamentarias, regímenes remuneratorios, laborales, previsionales y protocolares».

ajena a la labor parlamentaria, además, se había producido con anterioridad a la sesión constitutiva del Parlamento, donde debía verificarse y aceptarse su incorporación. En suma, el impedimento de «restricciones legales o administrativas» no incluye aquellas restricciones que provengan de procedimientos judiciales civiles o penales que no tengan vinculación por las opiniones y votos emitidos en el ejercicio de sus funciones parlamentarias. Por el contrario, se considera el «arresto» como una medida de cautela personal dirigida a salvaguardar la buena marcha del «juzgamiento penal», en tanto que al momento de concretarse no afecte ninguna «inmunidad, prerrogativa o exención», lo que condice con un necesario criterio de hermenéutica restrictivo de las inmunidades (cita en abono análoga posición del Tribunal de Primera Instancia, del Tribunal Europeo de Justicia en el caso *Ashley Neil Mote c. Parlamento europeo*, de fecha 15 de octubre de 2008).

Finalmente, en relación con la constitucionalidad del art. 16 de la Ley 27.120, reafirma la premisa que, acorde con el diseño constitucional, las inmunidades de proceso y de arresto son excepcionales y no pueden extenderse a supuestos que no fueron previstos en la Constitución nacional. Con cita de un precedente de 1893 (caso *Alem*, Fallos: 54:432), la Corte expone la siguiente doctrina: la inmunidad de arresto se erige en una clara excepción al principio republicano según el cual todos los ciudadanos son iguales ante la ley (art. 16 CA), esta excepción es admisible únicamente en razón de la necesidad de garantizar el funcionamiento de los poderes del Estado recogidos en la Constitución, de ello se sigue que debe descartarse que el legislador pueda conferirle inmunidad de arresto a autoridades distintas a las establecidas en la Constitución nacional. En conclusión, declara la inconstitucionalidad del art. 16 de la Ley 27.120 porque el legislador no estaba constitucionalmente habilitado para otorgarle a los parlamentarios del Parlasur las inmunidades que la Constitución confiere a los diputados nacionales.

Sin embargo, la detención de la actora adquirió trascendencia internacional cuando la Comisión Interamericana el 27 de julio de 2017, mediante Resolución 23/17¹², otorgó medidas cautelares a la señora Milagro Sala para garantizar su vida e integridad personal en el contexto de la detención preventiva que se encuentra. El incumplimiento del Estado argentino de estas medidas cautelares agudizó la situación de riesgo para la señora Sala. Con fecha 3 de noviembre de 2017, la Comisión sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de medidas provisionales para garantizar la vida e integridad personal de la señora Milagro Sala, indígena, líder social y

¹² CIDH, Resolución 23/2017, MC 25-16 – Milagro Amalia Ángela Sala, Argentina, 27 de julio de 2017. Disponible en: <https://bit.ly/2FjiIRd>.

parlamentaria del Mercosur, en el marco de la privación de la libertad en que se encuentra. La Corte Interamericana aceptó el pedido y dictó una resolución de medida provisional con fecha 23 de noviembre de 2017 —o sea, días antes de la sentencia de la CSJA que comentamos— haciendo una serie de requerimientos al Estado argentino, tales como sustituir la prisión preventiva de la señora Sala por la medida alternativa de arresto domiciliario en su residencia o lugar donde habitualmente vive, o por cualquier otra medida alternativa a la prisión preventiva que sea menos restrictiva de sus derechos que el arresto domiciliario, como realizar las gestiones pertinentes para la atención médica y psicológica.

Esta resolución de medida provisional de la Corte Interamericana dio lugar a un pronunciamiento de la CSJA en la misma fecha (05-12-2017) que el anterior (*Sala, Milagro Amalia Ángela y otros s/asociación ilícita, fraude a la administración pública y extorsión*, CSJ 120/2017/CS1; Fallos 340:1764) en el cual, luego de descartar arbitrariedad y confirmar la decisión de mantener la prisión preventiva dispuesta por el tribunal inferior, se hace eco de la resolución de la Corte Interamericana para expresar que «se requiere a las autoridades judiciales a cuya disposición está detenida la recurrente que adopten con carácter de urgente las medidas del caso para dar cabal cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la referida resolución», con un llamativo agregado al § 11 de Lorenzetti y Highton a modo de reserva:

Este ingente requerimiento dirigido a los tribunales locales, por cierto, en nada compromete las diversas opiniones sostenidas por los miembros de esta Corte en el pronunciamiento dictado en el precedente de Fallos: 340:47 *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ante la ostensible diversidad de las situaciones. En efecto, en el referido precedente había una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, dictada por esta propia Corte Suprema como última instancia, mientras que, en el presente, se trata de medidas consustancialmente.

IV. OTROS CASOS

1. PROHIBICIÓN DE SINDICALIZACIÓN DE LAS FUERZAS POLICIALES PROVINCIALES

Recurso de hecho deducido por el actor en la causa Sindicato Policial Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ ley de asociaciones sindicales (Fallos 340:437), del 11 de abril de 2017. El caso se inicia por la negativa del Ministerio de

Trabajo de otorgar simple inscripción gremial al Sindicato de Policías de Buenos Aires, decisión que fue confirmada por las instancias judiciales.

La Corte argentina convocó a una audiencia informativa donde las partes fueron interrogadas sobre la controversia.

La cuestión debatida consiste en establecer si la parte actora tiene un derecho colectivo a constituirse en una organización sindical a tenor del art. 14 bis CA. La Corte interpretó que esta norma constitucional no implica que todo grupo de trabajadores tenga un derecho incondicionado a formar un sindicato, sino que, incluso, ha excluido a ciertos grupos de trabajadores de ese derecho, tales como los miembros de la fuerza policial. Esta posición guarda correspondencia con instrumentos internacionales específicos como los convenios 87 y el 98 de la OIT, ratificados por Argentina.

Incluso la legislación nacional excluyó expresamente a la Policía Federal del derecho a la sindicalización (Ley 21.965 de 1979 modificada en 2003 por la Ley 26.884 en el mismo sentido), lo que guarda correspondencia con los convenios 151 y 154 de la OIT, que reconocen esta excepción para las fuerzas policiales. Incluso la parte actora en 2003 sometió la cuestión a consideración del Comité de Libertad Sindical de la OIT, que expidió diciendo que la Argentina no violó el derecho a la sindicalización de los miembros de la policía.

Algunos instrumentos internacionales (el art. 8 PIDESC, el art. 22 PID-CP, el art. 16 CADH y el art. 8 del Protocolo de San Salvador) condicionan el derecho de los miembros de la policía a sindicalizarse a que los Estados signatarios no hubiesen adoptado medidas restrictivas al respecto.

En suma, la CSJA entiende que el derecho a sindicalizarse de los miembros de la policía está sujeto a las restricciones o a la prohibición que surjan de la normativa interna. En relación con la legislación interna argentina, las hay nacionales (las leyes del Congreso que aprueban los convenios internacionales, y la autoridad administrativa, que confiere o deniega la inscripción pertenece la jurisdicción federal), pero también existe normativa provincial que puede establecer restricciones o prohibir la actividad sindical en relación a los miembros de las fuerzas de policía locales.

Tal es el caso de Ley 13.982 de la provincia de Buenos Aires, que dispone que los miembros de la policía bonaerense no pueden desarrollar actividades incompatibles con el desempeño de las funciones policiales, que guarda correspondencia con el Decreto Reglamentario 1050/09 específico.

En el fondo, la CSJA concibe el vínculo entre el Estado y los funcionarios policiales como una relación de especial sujeción que justifica algunas restricciones (Fallos 319:3040).

Si bien el art. 14 bis de la Constitución nacional consagra un derecho general a la sindicalización, no impide que dicho derecho sea restringido cuando se trata de personal policial. A tal efecto, sostiene la CSJA que la normativa

local ha prohibido válidamente la sindicalización de los miembros de la policía provincial, por lo que concluye que es constitucionalmente admisible la restricción o la prohibición de la sindicalización de los miembros de las fuerzas de policía provinciales si es dispuesta por una ley local. Por ende, la parte actora carece del derecho a obtener la inscripción que pretende.

2. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS DE UN EVENTO EN ESPACIO PÚBLICO

El caso *Arregui, Diego Maximiliano c/ Estado Nacional* (Fallos 340:1940) trata sobre la demanda de un espectador damnificado durante un evento organizado por una asociación civil sin fines de lucro en un espacio público cedido por la ciudad de Buenos Aires. El afectado por un daño recibido en el rostro y en la cabeza durante tal festival demandó al Estado nacional, a la Ciudad de Buenos Aires y la asociación organizadora. La Corte entendió que la ciudad de Buenos Aires no puede desligarse de su responsabilidad, razón por la que sobre la asociación organizadora no recae un deber de seguridad sobre las personas que concurren al evento, sino que solo pesaba un deber relacionado con el cuidado del espacio público. La Corte entendió que «la autoridad local no impuso a la Comunidad Homosexual Argentina un deber de seguridad sobre las personas que concurren al evento. Las obligaciones que pesaban sobre la asociación, según el acto administrativo de autorización, se vinculaban con el cuidado del espacio público en el cual se desarrolló la campaña Stop Sida» (§ 6). Por estas razones la Corte procedió a descalificar el pronunciamiento impugnado con arreglo a la doctrina de arbitrariedad de sentencia por considerar que esta no ponderó que la obligación de brindar seguridad estaba a cargo del Estado, razón por la cual entiende que existió un incumplimiento por parte del Gobierno de la ciudad de Buenos Aires al no notificar el acto a la Policía Federal.

3. LIBERTAD DE EMPRESA Y TRIBUTACIÓN

En varios fallos de ese año la CSJA se ha ocupado de asuntos relacionados con la unidad del mercado nacional, sobre gravámenes a transacciones o empresas transnacionales,

En el caso *Bayer S.A. c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de certeza* (Fallos 340:1480), del 31 de octubre de 2017, la CSJA ha declarado inválido un tributo local que gravaba de manera diferencial según si el producto había sido fabricado en la provincia o proviniese de otra diferente. La Corte argentina ha reiterado un principio general:

Es indudable que una provincia puede gravar con impuestos las mercaderías que ha introducido de otra y se encuentran ya incorporadas a su riqueza general, pero desde el momento en que el gravamen se basa en esa procedencia o establece diferencias en perjuicio de las mismas y en beneficio de las de origen local, sale de su esfera propia de acción y afecta el comercio interprovincial cuya reglamentación ha sido atribuida al Congreso de la Nación.

Y en concreto: «La discriminación que genera la legislación provincial en función del lugar de radicación del contribuyente, en tanto lesiona el principio de igualdad (art. 16 CA), y altera la corriente natural del comercio (arts. 75, inc. 13 y 126 CA), instaurando así una suerte de “aduana interior” vedada por la Constitución (arts. 9 a 12 CA)» (§ 27).

El caso *Telecom S. A. Argentina c/Corrientes, Provincia de s/acción declarativa*, del 26 de diciembre de 2017, trata sobre el reclamo de la empresa telefónica por el pago del impuesto a los ingresos brutos con que la provincia de Corrientes grava las llamadas telefónicas internacionales. La Corte argentina entiende que la percepción de ese tributo no incide sobre el territorio de otro estado y, además, que las cobranzas se realizan en domicilios situados dentro del ámbito nacional y tampoco se invade la jurisdicción territorial de otra provincia.

La Corte define: «El impuesto sobre los ingresos brutos, vigente por disposición de leyes provinciales, es un gravamen que recae en general sobre toda actividad habitual a título oneroso y que, al tomar como base (salvo excepción expresa) la facturación bruta del contribuyente, incluye en ese monto todos los costos de producción del bien o servicio de que se trate, sin distinguir entre insumos de origen nacional e importado» (§ 12), por tanto, el mismo no grava la actividad de exportación ni la porción de actividad que se realiza fuera del territorio nacional; lo gravado es el servicio, por lo que la Corte considera válida dicha carga fiscal provincial.

En el caso *Pirelli Neumáticos SAIC (TF 24.943-I) y otro c/ DGI y otro s/ recurso directo a cámara*, del 6 de mayo de 2017 (Fallos 340:644), se planteó si la empresa debía pagar o podía deducir impuestos sobre unas transferencias de regalías realizadas a la casa matriz, y la Corte interpretó que, en virtud del Convenio de doble imposición y su anexo suscrito entre Argentina e Italia:

[...] el pago de las prestaciones a favor del proveedor domiciliado en el exterior (Italia) pueden ser deducidas a los fines impositivos como gastos por el receptor domiciliado en el país sin necesidad de la aprobación o presentación de los actos jurídicos a que se refiere la ley de transferencia de tecnología [...] no halla impedimento alguno para considerar que las regalías abonadas a Pirelli Pneumatici SPA de Italia son deducibles en las mismas condiciones que si hubieren sido pagadas a un residente de la República Argentina (§ 17).

Bibliografía

- Díaz Ricci, S. (2004). *Teoría de la reforma constitucional*. Buenos Aires: Ediar.
- (2009). Comentario al Artículo 30 CN (Reforma Constitucional). En Daniel Sabsay (dir.) y Pablo Manili (coord.) *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (t. I, pp. 1145-1191). Buenos Aires: Hammurabi-J. L. Depalma Editor.

JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO EM 2017

2017 Brazilian Supreme Court case law reviewed

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO¹
Instituto Brasiliense de Direito Público
pgbranco@gmail.com

Cómo citar/Citation

Gonet Branco, P. G. (2018).
Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro em 2017.
Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 22, 235-262.
doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.22.08>

SUMARIO

I. INTRODUÇÃO: 1. O Supremo Tribunal Federal e os dramas políticos do país: 1.1. *Suspensão de mandato de Senador como medida cautelar de ordem penal*. 1.2. *Questões em torno da colaboração (delação) premiada*. 1.3. *Denúncia contra o Presidente da República e análise prévia do STF*. 1.4. *Submissão de Governadores a julgamento por crime comum no Superior Tribunal de Justiça independentemente de autorização do Poder Legislativo estadual*. 1.5. *Condução coercitiva – decisão monocrática liminar*. II. FEDERALISMO E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS: 1. O amianto, o meio ambiente, o consumo e a saúde num caso de interesse técnico para o exame do controle de constitucionalidade. 2. Conservação do meio ambiente e lei estadual sobre controle de resíduos tóxicos. 3. Proteção do meio ambiente, poluição e competência legislativa municipal. 4. Federalismo. Proteção do consumidor e interesse predominante. III. DIREITOS FUNDAMENTAIS: 1. Ensino religioso de matrícula facultativa nas escolas públicas. 2. Perda da nacionalidade brasileira e extradição. 3. Isonomia. Regimes sucessórios distintos para cônjuges e companheiros. 4. Direito à informação e sessões judiciais secretas do passado. 5. Direito do preso a indenização por danos morais e materiais decorrentes da falta de condições dignas no estabelecimento penitenciário. 6. Direito de propriedade e confisco. 7. Isonomia - Cotas para negros. IV. CONCLUSÃO.

¹ Professor do Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Membro do Ministério Público Federal.

I. INTRODUÇÃO

Dois pontos apresentam luz intensa quando se trata de rever o trabalho do Supremo Tribunal Federal - STF no Brasil em 2017. De um lado, como é comum assinalar a cada ano em que se resenha a jurisprudência do STF, chocam os números de processos e decisões tomadas. De outro lado, em 2017, impressiona a participação da Corte no arbitramento de questões diversas surgidas no quadro da crise política em que o Brasil está imerso desde a descoberta de um massivo esquema de corrupção na política, que chegou a ocasionar, em 2016, o segundo caso de impeachment sob a vigência da Constituição de 1988.

Ao se considerarem os números de processos com que o Tribunal tem que lidar, a conclusão imediata é a de que a situação é insustentável e encaminha a Corte para uma crise de qualidade, com reflexos na legitimidade das deliberações, se nada for preparado para desviar a Corte do campo do absurdo em matéria de sobrecarga processual.

Em 2017, o Tribunal recebeu nada menos do que 103.650 processos. 113.634 processos (incluindo, portanto, estoques de outros anos) foram resolvidos por decisões monocráticas (*i. e.*, decisões tomadas diretamente pelo relator do feito, sem serem levadas para uma das duas Turmas ou ao Plenário da Casa). Decisões tomadas por órgãos colegiados chegaram a pouco mais de 10 % desse volume de decisões monocráticas, foram 12.897. Se comparados esses valores com os de 2016, as decisões monocráticas cresceram em torno de 10 % e as colegiadas, caíram o mesmo percentual. Vale dizer que o Tribunal está tomando cada vez mais decisões em que um só ministro fala por toda a Corte.

Seria desafiador para a mais cândida credulidade imaginar que cada um desses mais de cento e dez mil processos tenha recebido detida análise por parte da Corte. Para dar conta de tamanho volume de serviço, os gabinetes dos onze ministros do Tribunal contam com populosa equipe de assessores e assistentes, que busca filtrar os casos mais relevantes. Os casos mais palpantes, porém, têm registrado também considerável crescimento numérico, na medida em que, no Brasil, a consolidação democrática empurrou o Judiciário para o prosclínio das lutas políticas e das disputas dos cidadãos contra os Poderes Públicos. Sob este último aspecto, é de se ter presente que a Administração Pública, nas esferas da União, dos Estados e dos Municípios, é um agente de enorme importância para captação da população de escolaridade média e superior do país. O serviço público é visto pela população instruída da classe média como meio de estabilidade financeira e profissional, além de ser um dos mais disputados e ansiados caminhos de ascensão social. As disputas pelo ingresso no serviço público, bem como pela manutenção do *status* obtido pelos

que nele já se inseriram, no ambiente pós 1988, deságuam inevitavelmente no Judiciário – e chegam com força sumamente impactante no topo da estrutura judicial, no STF. Não à toa, boa parte dos esforços da Corte se destinam ao desate de questões funcionais.

Outro campo de atuação que drena a energia da Corte são questões de envergadura menos interessante para o público interessado no direito comparado, mas de forte impacto para as finanças do Estado, relacionadas com problemas de Previdência Social. Mesmo estando o STF fundamentalmente adstrito a questões de ordem constitucional, esses temas chegam ao Tribunal em grande volume, mercê da característica marcadamente analítica da Constituição brasileira, que se deixa interessar por pormenores que, em outros países, seriam deixados ao legislador ordinário.

A crise política que se prolonga desde o início da década, com picos periódicos de tensão e de estupor generalizado, também tem sua parcela de contribuição para o protagonismo na condução da vida pública a que o STF tem sido chamado a desempenhar nesses mesmos anos de forma inédita na História do país.

Concitado a intervir no mundo da política, não surpreende que o ano de 2017 também haja exposto divergências profundas entre os integrantes da Corte, no campo da interpretação da Carta da República em pontos cruciais para a harmonização de visões sobre direitos fundamentais, no plano dos conflitos com interesses de investigação de notícias de corrupção nas mais altas esferas da República. Essas discordâncias, por vezes vazadas em termos desprovidos de sutileza, tornam-se tanto mais graves e de difícil conciliação, na medida em que são manifestadas ao vivo, em tempo real, para todo o Território Nacional, por via televisiva.

Os julgamentos do Plenário do STF são levados ao público, sem cortes nem edições, todas as quartas e quintas-feiras, por intermédio do canal de televisão dedicado, há quase duas décadas, ao Poder Judiciário, sob a direção do STF. Ao contrário do que acontece em outras latitudes, no Brasil, os debates entre os Ministros nos julgamentos do colegiado completo (*full bench*), não ocorrem em câmara fechada, mas são abertos ao público, por determinação constitucional. A *TV Justiça* leva ao extremo o conceito de publicidade dos julgamentos do Plenário do STF. Em tempos de grande atração da Corte para o desate de conflitos políticos e até para a tomada de decisões que dividem a sociedade, era mesmo de se esperar o fenômeno que se agudiza a cada dia de a atenção da mídia se voltar maciçamente para cada palavra proferida pelos Ministros do Tribunal e para cada decisão televisionada da Corte.

As posições dos Ministros se tornam conhecidas da opinião pública e os próprios onze membros do Tribunal passam a ser objeto de apreciação

pública, não tanto pela qualidade dos seus votos, mas sobretudo pela sua maior ou menor proximidade com as vontades coletivas do momento.

É ocioso ressaltar como isso acrescenta dificuldade ao trabalho de atuar, num ambiente de pressão popular, segundo padrões que o momento exija sejam contramajoritários. Em recente pronunciamento ao final de um julgamento transmitido pela TV Justiça, a Presidente da Corte, em tom de bom-humor, mas em linha com os fatos, se referiu ao fenômeno de, às vésperas da Copa do Mundo, no chamado país do futebol, a população conhecer pelo nome os Ministros do STF, mesmo que ainda não haja guardado de cor a escalação da Seleção brasileira.

A exposição constante dos Ministros do STF na mídia favorece situações únicas, vivenciadas fora do prédio da Corte, que vão da bizarrice ao sério risco à integridade física e mesmo à vida dos magistrados. Induz, da mesma forma, a que, em cada julgamento público, cada integrante da Corte se sinta compelido a concorrer para a solução com longas explanações, independentemente da sua importância técnica para a solução do processo.

Um mesmo processo pode levar mais de uma semana para chegar ao seu fecho e a redução a escrito dos votos proferidos se faz por catadupas de laboriosas manifestações individuais. Isso, numa Corte numericamente asoberbada, colabora para resultados que não transparecem a eficiência do sistema em vigor. Ainda ligado a esse fenômeno, pleitos de medidas acauteladoras do interesse público em processos variados e, sobretudo, no controle de constitucionalidade, que se esperava fossem resolvidos pela composição plena do Tribunal, não conseguem ser incluídos nas pautas de julgamento e terminam sendo enfrentados em decisões monocráticas – o que, diante da efervescência políticas de dados momentos, nem sempre contribui eficazmente para a pacificação social.

1. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS DRAMAS POLÍTICOS DO PAÍS

Num ano marcado por dramas políticos, o STF não foi poupado de sobre eles se deter, como se vê dos casos mais expressivos que se coligem a seguir.

1.1. *Suspensão de mandato de Senador como medida cautelar de ordem penal*

Em um dos momentos de mais tensa relação entre o STF e o Senado Federal, por decisão monocrática, foi acolhido pedido do Procurador-Geral da República para que um dos mais conhecidos Senadores, investigado por corrupção passiva, lavagem de dinheiro e obstrução de justiça, fosse afastado

das suas funções parlamentares, sendo obrigado a entregar o passaporte, vendo-se proibido de sair do país.

A providência causou mal-estar considerável e logo questionamentos a respeito de interferência do Judiciário sobre o Parlamento foram lançadas a público. Por vicissitudes processuais de pouco interesse para esta narrativa, o inquérito, porém, foi transferido da relatoria do Ministro que determinou as providências monocraticamente para outro, de outra Turma, que, houve por bem, também monocraticamente, cassar as medidas impostas. O Procurador-Geral da República recorreu dessa deliberação para a Turma, que, por maioria, em 26 de setembro de 2017, deu provimento ao inconformismo do Ministério Público Federal e restabeleceu as determinações constritivas anteriores, acrescentando mais uma, a de que o investigado se recolhesse em seu domicílio no período noturno. A decisão foi tomada pela Primeira Turma na AC 4.236 AgR-terceiro-AgR (DJe 27.10.2017). Argumentou-se que a Constituição protege o mandato do parlamentar, proibindo toda prisão provisória que não resulte de flagrante delito – hipótese em que, mesmo assim, a Casa a que pertence o parlamentar deve ser informada do fato em 24 hora, para resolver se mantém ou cassa a prisão. Como nenhuma das providências cogitadas na decisão tomada importava prisão, a Turma as considerou compatíveis com a garantia do mandato prevista no art. 53, § 2º, da Carta da República.

Uma nova onda de insatisfação agitou a Praça dos Três Poderes, logradouro de Brasília em que as sedes dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo se erguem. Argumentava-se, em prol do Senador atingido, que as medidas impostas interfeririam no seu desempenho como parlamentar, efeito, justamente, que o constituinte quis prevenir, ao proibir as prisões não definitivas. O acórdão havia sido proferido, entretanto, por Turma, percebeu-se que os desdobramentos políticos do caso tornariam de todo oportuna uma manifestação da totalidade da Corte. Nesse mesmo processo, porém, esse intuito não tinha mais como ser satisfeito, por não existir recurso para o Pleno da decisão que resolveu o agravo regimental. A dificuldade foi contornada quando se deu conta de que uma ação direta de inconstitucionalidade, que estava em curso desde o ano anterior, disputava interpretação análoga à da Primeira Turma.

A ADI 5526 estava pronta para ser incluída em pauta de julgamento e assim o foi. Em 11 de outubro de 2017, o Tribunal, por apertada maioria de 6 votos a 5, entendeu que possui competência para estabelecer medidas cautelares, diversas da prisão, nos feitos destinados a apurar responsabilidade criminal de parlamentar. Deve, decerto, respeitar a imunidade processual relativamente à

prisão, expressa no art. 53, § 2º, da Constituição². Deve também considerar, entretanto, para efeitos de consequências jurídicas próprias, a razão de ser dessa imunidade. A esse propósito, afirmou que “a *ratio* da norma constitucional é somente permitir o afastamento do parlamentar do exercício de seu mandato conferido pelo povo em uma única hipótese: prisão em flagrante delito por crime inafiançável”. A Corte acrescentou que:

A *ratio* da norma constitucional não pode ser contornada pela via das medidas cautelares diversas da prisão. Assim, ato emanado do Poder Judiciário que houver aplicado medida cautelar que impossibilite direta ou indiretamente o exercício regular do mandato legislativo, deve ser submetido ao controle político da Casa Legislativa respectiva, nos termos do art. 53, § 2º, da CF³.

Por esse entendimento, as medidas cautelares que a Primeira Turma impôs aos Senador deveriam ser objeto de juízo de anuência ou de rejeição pelo Senado Federal. Isso era assim, já que elas obstavam que o Senador pudesse realizar viagens em representação do Senado, bem como impediam que exercesse as funções típicas parlamentares depois do cair da tarde. A suspensão total das suas funções, aditada, evidentemente tornava o implemento das medidas cautelares com maior razão sujeitas à revisão do Senado, segundo o entendimento que se formou na ação direta de inconstitucionalidade.

Pouco depois do julgamento do Plenário do STF, o Presidente do Senado dirigiu ofício à Corte, dando ciência de que, no dia 17 de outubro de 2017, a Casa Legislativa rejeitara a decisão da Primeira Turma, assinalando que a sessão deliberativa contou com a presença de 71 parlamentares, computando-se 44 votos pela rejeição das providências estabelecidas pela Primeira Turma contra 26 votos e nenhuma abstenção.

A decisão produziu efeitos replicantes nos Estados-membros, em que também deputados estaduais se viam às voltas com medidas cautelares de ordem processual penal. Abriu-se o debate sobre se esse mesmo entendimento relativo aos parlamentares federais não seria bom fundamento para que as Assembleias Legislativas nos Estados-membros também superassem afastamento de mandatos de origem judicial. O ano de 2017 não viu solução para o problema.

² “Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. (...) § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão”.

³ Cf. Informativo STF n. 881, 9 a 13 de outubro de 2017.

1.2. Questões em torno da colaboração (delação) premiada

A chamada “operação lava-jato” entra definitivamente na História do país como a mais dilatada investigação de casos de corrupção nas mais altas esferas do Legislativo e do Executivo, bem como em partidos políticos e em grandes empresas, jamais conhecida no Brasil. A operação deixou ramificações até mesmo em outros países da América Latina. Um dos mais relevantes instrumentos empregados para o desenvolvimento das atividades da operação foi o da *colaboração premiada*, popularizada como *delação premiada*, pelo qual participantes de esquemas criminosos relatam a participação de superiores nessas empreitadas e apontam evidências nesse sentido, recebendo em troca tratamento mais benevolente no que tange à punição dos crimes que cometeu. O instituto é relativamente recente no combate à corrupção no Brasil, o que explica que ainda esteja rodeado de entusiasmos e perplexidades tanto nas críticas como nos encômios que atrai. Os pontos de dúvida vão sendo enfrentados pelo STF no calor do acompanhamento, por vezes apaixonado, da mídia.

Na PET 7074 (julgada em Plenário durante quatro sessões, a última das quais ocorrida em 29 de junho de 2017), o Tribunal reiterou entendimento fixado em 2016 sobre a natureza jurídica da colaboração premiada. Como decidido no HC 127.483/PR:

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.

Fixou-se, igualmente, que a homologação do acordo de colaboração premiada é atribuição do relator e, não, do tribunal como um todo, não obstante possa o relator submetê-la ao Pleno, se o desejar. No instante da homologação, o relator limita-se a desenvolver um juízo de delibação, em que perquire a legalidade, a regularidade e a voluntariedade pressupostas pelo acordo. A homologação, além disso, não envolve formulação de juízo de valor sobre as declarações do colaborador. Por isso mesmo, não se admite que terceiros, que não participaram da relação contratual, ajam para impugná-la, embora lhes seja franqueado, em juízo, desmentir as declarações do colaborador.

No precedente de 2016 também se disse: “Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção

premiada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador”.

O Tribunal, em 2017, esclareceu, porém, que, no momento da decisão final do processo-crime, é dado à Corte rever o acordo, se verificar que o colaborador não cumpriu as obrigações que assumiu com o Ministério Público.

1.3. Denúncia contra o Presidente da República e análise prévia do STF

No ano de 2017, o Procurador-Geral da República apresentou uma segunda denúncia contra o Presidente da República por delitos relacionados com o desempenho do mandato. Pelo sistema constitucional brasileiro, o Presidente da República pode ser processado criminalmente nessas circunstâncias pelo STF, mas o recebimento da denúncia depende da anuência da Câmara dos Deputados, por 2/3 dos seus membros. Houve uma Questão de Ordem no INQ 4483 (DJe 13.6.2017), de que partiu a denúncia, envolvendo a qualidade da delação premiada em que embasada. Como não cabe ao Tribunal nenhum juízo anterior ao da Câmara dos Deputados sobre a acusação, não foi deferido o pedido de sustação do andamento da análise da denúncia no Parlamento⁴. O recebimento da denúncia, afinal, não recebeu a concordância da Câmara dos Deputados, o que paralisou o processo até o final do mandato do Presidente da República.

⁴ Processo penal. Acordo de colaboração premiada. Possibilidade de rescisão ou de revisão total ou parcial. Sustação de oferecimento de denúncia contra o presidente da República na Suprema Corte. Descabimento. Análise de teses defensivas pelo STF. Impossibilidade. Precedência do juízo político de admissibilidade pela Câmara dos Deputados. Inteligência dos arts. 51, Inciso i, e 86, da CRFB. Precedentes. Eventual descumprimento de cláusulas dos termos do acordo. Possibilidade de rescisão total ou parcial. Efeitos limitados às partes acordantes. Precedentes. 1. O juízo político de admissibilidade por dois terços da Câmara dos Deputados em face de acusação contra o presidente da República, nos termos da norma constitucional aplicável (CRFB, art. 86, caput), precede a análise jurídica pelo Supremo Tribunal Federal, se assim autorizado for a examinar o recebimento da denúncia, para conhecer e julgar qualquer questão ou matéria defensiva suscitada pelo denunciado. Precedentes. 2. A possibilidade de rescisão ou de revisão, total ou parcial, de acordo homologado de colaboração premiada, em decorrência de eventual descumprimento de deveres assumidos pelo colaborador, não propicia, no caso concreto, conhecer e julgar alegação de imprestabilidade das provas, porque a rescisão ou revisão tem efeitos somente entre as partes, não atingindo a esfera jurídica de terceiros, conforme reiteradamente decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

1.4. *Submissão de Governadores a julgamento por crime comum no Superior Tribunal de Justiça independentemente de autorização do Poder Legislativo estadual*

A jurisprudência do STF, por décadas, entendeu legítimo que as constituições estaduais dispusessem que os governadores somente seriam processados criminalmente pelo Superior Tribunal de Justiça em seguida a autorização do Poder Legislativo estadual⁵. Dava-se importância ao fato de que o recebimento da denúncia contra o Governador pelo Superior Tribunal de Justiça importaria o afastamento do Chefe do Executivo eleito pelo povo do Estado. A licença dada pelos representantes desse povo preveniria a situação de “destituição indireta” do Governador pelo tribunal federal, evitando o comprometimento da autonomia político-institucional do Estado-membro.

Essa jurisprudência sofreu reversão em 2017, quando foram julgadas ações diretas de inconstitucionalidade contra preceitos de constituições estaduais que explicitavam essa inteligência. Percebe-se que o Tribunal impressionou-se com o fato de que nenhuma Assembleia Legislativa estadual, durante o período, jamais deu autorização para o processo penal de um governador, sendo a praxe nem sequer responder ao pedido do STJ.

A jurisprudência anterior foi então explicitamente superada por maioria do Supremo Tribunal, em 3 de maio de 2017, no julgamento da ADI 5540/MG⁶. Prevaleceu o entendimento de que essa imunidade relativa seria antitética com o princípio republicano, especialmente no que tange à exigência de igualdade perante a lei, ao conferir tratamento privilegiado a quem deveria estar mais sujeito ao controle dos seus atos por sua condição de mandatário do povo. A situação de exceção, além disso, não teria apoio em disposição expressa da Constituição Federal para se legitimar. A condição de procedibilidade, ainda, envolve tema de direito processual penal, assunto para o qual o Estado-membro não é competente para normatizar. Por fim, o acórdão salientou que a condição interfere sobre o princípio da separação dos poderes, uma vez que subordina o exercício da jurisdição a um ato de vontade do Poder Legislativo. Restrição dessa sorte, que impede o Judiciário de exercer as

⁵ Nesse sentido, HC 159.230, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ de 10-6-1994; HC 80.511, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 14-9-2001; HC 86.015, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 14-9-2001.

⁶ O novo entendimento foi seguido nas AADDI 4.777, 4.674 e 4.362, julgadas em 9-8-2017. Estabeleceu-se que “é vedado às unidades federativas instituírem normas que condicionem a instauração de ação penal contra governador por crime comum à prévia autorização da casa legislativa, cabendo ao STJ dispor fundamentadamente sobre a aplicação de medidas cautelares penais, inclusive o afastamento do cargo”.

suas competências, somente seria aceitável se houvesse disposição explícita na Constituição Federal a respeito.

Por outro lado, afirmou-se também que não se aplica ao Governador a regra da Constituição Federal específica para o Presidente da República, relativa ao afastamento automático do titular do Poder Executivo diante da admissão da ação penal. Firmou-se a inteligência de que o Superior Tribunal de Justiça haveria de apreciar, caso-a-caso, a necessidade de afastar o Governador do cargo durante o processo, mediante decisão fundamentada.

1.5. Condução coercitiva – decisão monocrática liminar

No conjunto das decisões monocráticas que provocaram acesas reações, em 18 de dezembro de 2018, foi concedida liminar comum para as AADPF 395 e 444, proibindo, em todo o país, a prática da condução coercitiva para oitiva, perante autoridade policial, de pessoa investigada por prática de crime. Essas conduções coercitivas foram de considerável relevância para a “operação lava-jato”, que delas se valeu por mais de 200 vezes, inclusive para ouvir ex-Presidente da República. A liminar sustentou que essa prática não tinha abono constitucional e seria antitética com o direito ao silêncio. Ao longo do primeiro semestre de 2018, porém, a decisão foi superada pelo Tribunal em composição plenária.

II. FEDERALISMO E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

O constituinte originário desenhou para o federalismo brasileiro uma repartição tanto horizontal como vertical de competências. Estabeleceu a competência privativa da União para legislar sobre vasta temática, no pressuposto da vantagem na unificação dessas deliberações em todo o país. Em outros assuntos, estabeleceu um condomínio legislativo, em que tanto a esfera central como a local da Federação podem dispor. Neste último caso, porém, estatuíu uma sub-repartição. Quanto à competência legislativa concorrente, cabe à União dispor sobre princípios e normas-quadro, reservando-se aos Estados a especificação. Ante a inércia da União, ou para preencher vazios deixados pela legislação central, os Estados-membros são livres para também estabelecer normas gerais. Não são poucas, nem são de menor relevo prático, as polêmicas que o sistema engendra, como se vê dos julgados do ano de 2017 a seguir comentados.

1. O AMIANTO, O MEIO AMBIENTE, O CONSUMO E A SAÚDE NUM CASO DE INTERESSE TÉCNICO PARA O EXAME DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Em 1995, a União editou lei (Lei nº 9.055), em que autorizou a extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto, de variedade “crisotila”, com as restrições que estabeleceu.

O amianto é substância utilizada industrialmente, presente em telhas, por exemplo. Em torno dessa substância, porém, foram-se acumulando evidências do caráter maléfico para a saúde. Em 2007, o Estado de São Paulo, então, por lei, proibiu completamente o uso de produtos que contenham qualquer dos tipos de amianto. A lei paulista foi desafiada na ADI 3937, em que se argumentava que o tema era da competência legislativa concorrente da União e dos Estados-membros, uma vez que cogitava de defesa da saúde, do meio ambiente e de produção e consumo, temas confiados pelo art. 24 da Constituição à disposições normativas tanto do Estado como da União. Sendo assunto da competência corrente, caberia à União dispor sobre normas mais genéricas, e ela o teria feito, ao admitir a utilização, o consumo e a comercialização do amianto, atendidas certos condicionamentos. O ordenamento estadual não poderia dispor em sentido confrontante com a legislação federal nesse campo. Argumentou-se que foi isso precisamente o que aconteceu, quando o Estado de São Paulo terminou por proibir, sem exceção, o que a União admitia, sob certos cuidados. A norma do Estado de São Paulo seria, por esse raciocínio, inconstitucional.

O julgamento, em 24 de agosto de 2017, da ação direta em comento e de outras duas, versando a mesma temática (AADDI 3406 e 3470), foi precedido de audiências públicas, em que os riscos para a saúde resultante do contato com o amianto crisotila viram-se extensamente estudados. Diversos documentos sobre o produto foram juntados aos autos. Afinal, a Corte conferiu especial importância ao fato de a Agência Internacional para a Pesquisa sobre o Câncer (IARC) e a Organização Mundial da Saúde (OMS) qualificarem todas as modalidades de amianto como comprovadamente carcinogênicas, não havendo hipótese de uso seguro da fibra. Apurou-se, igualmente, que a substância não é biodegradável, tornando o material especialmente pernicioso ao meio-ambiente. Anotou-se, ainda, que, em 1995, quando da Lei federal nº 9.055, não havia no país material substituto para o amianto crisotila, situação diferente nos dias atuais.

Embora o Supremo Tribunal já houvesse, anos volvidos, julgado inconstitucional lei estadual que proibia a comercialização do amianto, desta vez, considerou que o consenso científico formado nos últimos tempos tornava inequívoco o caráter danoso para a saúde e para o meio ambiente do amianto crisotila. Se a lei era constitucional ao tempo em que editada, quando o grau de certeza científica sobre os males do produto ainda não era tão elevado, nos

tempos atuais o progresso da ciência revela a incompatibilidade do manuseio do produto com os valores constitucionais que o Estado deve proteger. A lei federal, segundo o STF, tornara-se inconstitucional. Estaríamos, então, diante de hipótese de inconstitucionalidade superveniente da Lei nº 9.055. Ante a inconstitucionalidade da lei federal, não se haveria de se cogitar de bloqueio da competência supletiva estadual, sendo dado ao Estado deliberar o veto ao amianto como se deu na lei de São Paulo.

Houve, portanto, na ação direta de inconstitucionalidade um juízo incidental de inconstitucionalidade de outra lei, que não figurava como seu objeto. A tendência do Tribunal é no sentido de conferir a essa declaração de inconstitucionalidade incidental no âmbito do controle em tese os mesmos efeitos *erga omnes* das decisões proferidas nesta última modalidade de fiscalização. A questão apenas pende de pedido de modulação dos efeitos da declaração de invalidade da Lei nº 9.055/95.

2. CONSERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE E LEI ESTADUAL SOBRE CONTROLE DE RESÍDUOS TÓXICOS

Um dos problemas que apresentam dificuldades no campo da repartição de competências diz com o critério de apreciação da validade da lei que, a um tempo, pode ser vista como situada tanto no campo próprio da legislação privativa da União como no da competência concorrente.

Na ADI 2.030, julgada em 9 de agosto de 2017, o assunto foi novamente trazido à baila. Uma lei do Estado de Santa Catarina sobre procedimentos de controle de resíduos de embarcações, oleodutos e instalações costeiras foi arguida de inconstitucional, por tratar de direito marítimo e civil – assuntos da competência legislativa privativa da União, de acordo com o art. 22, I, da Constituição. O Estado legislara, entretanto, sob pressuposto outro, no de que se tratava de proteger o meio ambiente, o que integraria a matéria no âmbito da competência legislativa concorrente.

O STF entendeu que a polêmica haveria de ser resolvida a partir da busca do principal escopo do diploma. Por esse exercício, concluiu que o propósito básico do legislador dirigiu-se a tutelar o meio ambiente, cuidando de responsabilizar o agente que causa dano nessa área. A ação direta foi julgada improcedente.

3. PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE, POLUIÇÃO E COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL

A busca de critério para solucionar os casos em que o tema, objeto de legislação, pode ser classificado como de competência privativa ou concorrente

ensejou outro acórdão, no RE 194.704, julgado em 29.6.2017. O decisório foi proferido por maioria de votos. Foi produzido num contexto em que o Tribunal, com resistências internas, pareceu pender por saída interpretativa que favoreça um mais amplo grau de atribuições para as entidades menores da Federação. Falou-se, no precedente, no critério da subsidiariedade para os casos acinzentados de sobreposição de competências.

O processo se referia a lei municipal que estabelecia limites de emissão de gases por veículos automotores no interior do perímetro urbano, com cominação de multa aos transgressores. Os termos da controvérsia opunham a competência privativa da União para legislar sobre trânsito à competência material dos Municípios para proteger o meio ambiente e combater a poluição, além da sua competência para dispor sobre assuntos de interesse local e para suplementar a legislação federal no que couber (art. 30, I e II, da CF).

Ficou vencida a tese de que, não obstante o óbvio interesse do Município em limitar emissão de gases e de resíduos sólidos, não haveria “nenhuma particularidade que, conferindo-lhe proeminência local, justificaria desatar competência legiferante para reger o assunto mediante tipificação de ilícito administrativo e imposição de multa” (voto vencido do Ministro Cezar Peluso).

A corrente majoritária, expressa no voto do Ministro relator para o acórdão (min. Edson Fachin), apontou para uma inquietação recente da jurisprudência da Corte com “a excessiva centralização de competências, a inviabilizar até mesmo a própria autonomia dos entes federativos”. Daí ter preconizado que o critério da preponderância de interesses deveria ser observado nesses casos de sobreposição de áreas de interesse, não segundo o do interesse de mais larga abrangência, mas de acordo com o do interesse indicado pelo princípio da subsidiariedade. Por esse padrão, “haveria uma primazia do interesse da localidade.” Resultou do raciocínio o juízo de validade da lei municipal. Afirmou-se importante “assegurar aos Estados certa dose de criação e experimentação legislativa, para que não figurem como meros espectadores do processo decisório”. Foi dito: “Tendo o município disposto sobre meio ambiente e proteção à saúde, a multa prevista pela Lei 4.253/85 é legitimada para a proteção ambiental, bem jurídico que, conquanto correlato, difere do que é protegido pelo Código de Trânsito Brasileiro. Assim, uma vez competente para instituir a penalidade, não há *bis in idem*, nem ofensa à Constituição”.

A inteligência predominante centrou-se na ideia de que “na ausência de norma federal que, de forma nítida (*clear statement rule*), retire a presunção de que gozam os entes menores para, nos assuntos de interesse comum e concorrente, exercerem plenamente sua autonomia, detêm Estados e Municípios, nos seus respectivos âmbitos de atuação, competência normativa”.

É de se aguardar para verificar se essa premissa de raciocínio haverá de se consolidar em outros casos específicos.

4. FEDERALISMO. PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E INTERESSE PREDOMINANTE

A demonstrar que o critério da subsidiariedade como vetor favorável ao legislador da entidade menor no contexto das esferas da Federação não pode ser visto como assentado. No mesmo ano de 2017, em 3 de dezembro, procedeu-se ao julgamento da ADI 750, em que se apresentavam sobrepostos temas de defesa do consumidor (competência concorrente) e de comércio interestadual (competência reservada à União).

Foi declarada a inconstitucionalidade de lei estadual que tornava obrigatória a aposição de rótulo em produtos alimentícios comercializados no Estado-membro (Rio de Janeiro), contendo diversas informações não requeridas na legislação federal⁷.

A defesa da constitucionalidade do diploma estadual enfatizou que o legislador local atuou com “o fim exclusivo de proteger o direito dos consumidores de serem regularmente informados dos elementos que compõem os produtos anunciados”. A competência seria, portanto, de ordem concorrente, já que o objeto da norma era regular o consumo (art. 24, V, da CF). A tese vencedora por maioria centrou o problema no âmbito predominante da regulação do comércio interestadual (art. 22, VIII, da CF), da competência exclusiva da União.

É interessante notar que os votos vencedores, a começar pelo do relator, Ministro Gilmar Mendes, fizeram referência à posição adotada no RE 194.704, compartilhando a convicção de que se deve prestigiar o poder legiferante dos Estados-membros. Não obstante, esses votos terminaram por assumir que o critério para resolver sobreposição de competência deve ser o da preponderância do interesse de mais larga extensão territorial. Daí a fórmula encontrada pelo relator ao se referir à necessidade de “incentivar-se a atuação dos estados como verdadeiros laboratórios legislativos, bem como pensar-se no fortalecimento do chamado federalismo cooperativo, bastante defendido nos últimos

⁷ Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Repartição de competências. Lei 1.939, de 30 de dezembro de 2009, do Estado do Rio de Janeiro, que dispõe sobre a obrigatoriedade de informações nas embalagens dos produtos alimentícios comercializados no Estado do Rio de Janeiro. Alegação de ofensa aos artigos 22, VIII, e 24, V, da Constituição Federal. Ocorrência. Ausência de justificativa plausível que autorize restrições às embalagens de alimentos comercializados no Estado do Rio de Janeiro. Competência legislativa concorrente em direito do consumidor. Ausência. Predominância de interesse federal a evitar limitações ao mercado interestadual. Ação julgada parcialmente procedente.

tempos pelo Min. Edson Fachin”. Não por acaso, a votação se deu por maioria, estando entre os vencidos precisamente o Min. Fachin.

A argumentação do relator buscou fundamento auxiliar no dever dos entes federados de lealdade entre si e com a Federação como um todo. Disse:

Ressalto que cabe aos entes da Federação se comportar, no exercício de suas competências, com lealdade aos demais. É o que a doutrina alemã chama de *Bundestreue* (princípio da lealdade à Federação ou da fidelidade federativa) (...). Sua presença [do princípio da lealdade] silenciosa, não escrita, obriga cada parte a considerar o interesse das demais e o do conjunto. (...) [É] válido mencionar que, nos termos do lecionado por Christoph Degenhart, ao ser constatada aparente incidência de determinado assunto a mais de um tipo de competência, deve-se realizar interpretação que leve em consideração duas premissas: a intensidade da relação da situação fática normatizada com a estrutura básica descrita no tipo da competência em análise e, além disso, o fim primário a que se destina essa norma, que possui direta relação com *princípio da predominância de interesses*. (DEGENHART, Christoph. *Staatsrecht*, I, Heidelberg, 22a edição, 2006, p. 56-60).

Como se vê, encontrou-se, na verdade, outro fundamento para a tese de que a predominância do interesse deve reger a solução de casos de sobreposição de competências legislativas, na linha da jurisprudência firmada pela Corte desde o advento da Constituição de 1988. Isso se nota de forma cristalina no voto de adesão à maioria do Ministro Alexandre de Moraes, que invocou, como razão de decidir, a posição tradicional da jurisprudência, replicada no precedente, ao dizer:

O princípio geral que norteia a repartição de competência entre os entes componentes do Estado Federal brasileiro, portanto, é o princípio da predominância do interesse, tanto para as matérias cuja definição foi preestabelecida pelo texto constitucional, quanto em termos de interpretação em hipóteses que envolvem várias e diversas matérias, como na presente ação direta de inconstitucionalidade

A fórmula da concentração de competências no domínio da União, no Brasil, não pode ser desligada da raiz histórica do Federalismo entre nós. O Estado Federal, aqui, formou-se por descentralização do Estado unitário. Há uma cultura que resulta dessa circunstância e que contribui para a posição de proeminência prática do ente central da Federação. Causa imediata espécie no Brasil cogitar de variedade legislativa sobre assuntos mais relevantes para o brasileiro, bem diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, por exemplo, em que a Federação se deu por agregação de Estados antes soberanos. Se é parte da cultura americana aceitar como

natural que o regime de proteção do consumidor ou de responsabilidade civil em geral seja diferente de Estado-membro para Estado-membro, acarretando a necessidade de as forças produtivas se acomodarem ao sistema de cada Estado, algo semelhante logo produz reação de desconforto, senão de rejeição no Brasil. Veja-se, a propósito, que um dos argumentos para se fulminar a lei estadual no precedente em comento consistiu justamente no imediato sentimento de impropriedade resultante da antevisão de que a legislação idiossincrática do Estado do Rio de Janeiro poderia ser incentivo para que cada unidade da Federação agisse da mesma forma, o que é presumido como indesejável:

Se esta Corte, agora, reconhecer a validade deste ato normativo, ao fundamento de que foi posta em favor do consumidor, então deverá tomar a mesma posição em relação a todos os outros estados que se aventurarem a legislar sobre a matéria. Criaremos assim uma autorização para que tenhamos tantos rótulos quantos são os estados da Federação brasileira. Será mesmo que era esse o escopo da norma constitucional, ao reconhecer a competência estadual para proteção do consumidor?

Não há demérito em se reconhecer que o modelo de Federalismo no Brasil é tributário de uma cultura de confiança maior em soluções uniformes do que em normações locais acaso incoincidentes. Problema verdadeiro está em se forçar solução afeiçoada a peculiaridades históricas estrangeiras ao quadro de expectativas assentadas no Brasil sobre o papel das ordens central e locais no campo da disciplina das atividades do cotidiano do brasileiro. Ao fim do julgamento prevaleceu esta avaliação do relator: “No caso, parece-me evidente não haver justificativa plausível que autorize restrições às embalagens de alimentos comercializados no Estado do Rio de Janeiro. Há clara predominância de *interesse federal* a evitar limitações que possam dificultar o mercado interestadual”.

O precedente ainda apresenta interesse sob aspecto de técnica de controle de constitucionalidade em tese no Brasil. O Supremo Tribunal é firme no entendimento de que a questão de desate cabível na jurisdição constitucional é aquela que se apresenta como diretamente constitucional. Assim, se para se descobrir uma suposta inconstitucionalidade de um ato normativo é necessário o seu confronto com outro ato infraconstitucional, o problema não é visto como da alçada do STF. Essa jurisprudência é importante para que a competência do STF não avance sobre a jurisdição comum. Por isso mesmo, é pacífico não ser admissível a ação direta de inconstitucionalidade que se volta contra um decreto, ao argumento de que teria disposto em sentido contrário à lei que deveria regulamentar. Ainda que se pudesse ver aí uma hipótese de

usurpação de competência legislativa pelo Executivo, o problema é visto, primariamente, como de legalidade do decreto.

No precedente, foi invocado contra o conhecimento da ação direta que a discussão não prescindia de comparar a lei estadual com a legislação federal que se ocupava da discriminação do que os rótulos de produtos alimentícios devem informar.

Quando se trata de deslindar questão sobre competência para legislar, em especial quando se está diante de competência legislativa concorrente, esse confronto prévio é inevitável, indistinguível da questão federativa em jogo. Daí haver dito o relator do acórdão:

Afasto a preliminar suscitada pelo Advogado-Geral da União no sentido de que o exame da constitucionalidade da lei ora impugnada passaria pelo seu cotejo com o Código de Defesa do Consumidor. Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

(...) ao se tratar de ação direta fundamentada na eventual ocorrência de invasão de competência da União para legislar de forma geral sobre determinada matéria, é necessário que o Tribunal verifique a existência no ordenamento jurídico de atos normativos que tratem do assunto em questão, para depois concluir ou (1) pela inconstitucional superposição legiferante ou (2) pela ocorrência, no âmbito federal, de situação de *vacuum legis* autorizadora, nos termos do art. 24, §3o, da Constituição Federal, da atividade plena do Estado-membro enquanto perdurar tal circunstância” (ADI 3645/PR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 31.5.2006). O foco da análise refere-se, portanto, às regras constitucionais de repartição da competência legislativa e não ao exame da validade dos atos impugnados em face da legislação apontada (ADI 3098, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 10.3.2006; ADI 2656, Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. em 8.5.2003).

III. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Assuntos imbricados com disposições da Carta da República sobre direitos fundamentais sempre apresentam destaque na jurisprudência de cada ano do STF. Algumas dessas decisões são referidas nos próximos parágrafos.

1. ENSINO RELIGIOSO DE MATRÍCULA FACULTATIVA NAS ESCOLAS PÚBLICAS

Um dos casos que bem ilustra problemas da importação sem filtro de modelos estrangeiros em tema de direitos fundamentais pode ser identificado

na ADI 4.439, que o Supremo Tribunal Federal julgou em 27 de setembro de 2018.

A ação fora proposta insurgindo-se contra dispositivo do Acordo Brasil-Santa Sé, de 2008, que dispõe: “O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação”.

Em não poucos sistemas constitucional conhecidos pelo direito comparado, provavelmente o dispositivo seria visto como antagônico a uma posição ideada de alheamento do Estado ao fenômeno religioso. A postura dos Poderes Públicos diante da prática religiosa, entretanto, não encontra um padrão único e abstrato, devendo ser conhecido no contexto das peculiaridades de cada ordem constitucional, em conformidade com as opções que o constituinte originário haja eleito.

No caso brasileiro, a Constituição estatui, no art. 210, § 1º: “O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental”.

Não pode haver dúvida, assim, sobre a legitimidade do ensino religioso fornecido por escolas mantidas pelo Estado. A Procuradoria-Geral da República, que propôs a demanda, sustentou, não obstante, que a laicidade do Estado imporia que o ensino religioso não fosse de caráter confessional, como foi previsto no Acordo Brasil-Santa Sé.

Não faz sentido, porém, entender o *ensino religioso* como atividade acadêmica destituída do propósito de exposição e demonstração dos fundamentos de alguma crença existente. Não fosse assim, não haveria por que o constituinte se dar ao cuidado de estabelecer que o ensino religioso é “de matrícula facultativa”. Ensino religioso não se confunde, diante dos termos explícitos da Constituição, com sociologia das religiões. Nesse sentido, o STF afinal decidiu que é mesmo confessional o ensino religioso previsto no art. 210, § 1º, da CF, ao julgar a ADI 4.439, em 31.8.2017.

O tema da relação entre instituições religiosas e os Poderes Públicos foi ali amplamente discutido. A corrente que rejeitou a impugnação ao ensino religioso confessional em escolas públicas assentou que o princípio da laicidade não se confunde com laicismo, e que a neutralidade estatal não pode vir a ser confundida com indiferença, não sendo absoluta a separação entre o Estado brasileiro e a Igreja. Por isso mesmo que da liberdade de expressão religiosa resultam também exigências de condutas positivas por parte do poder público que se orientem a assegurá-la. Ficou claro que não se pode negligenciar a dimensão pública da religião e que “a separação entre Igreja e Estado não pode, portanto, implicar o isolamento daqueles que guardam uma religião à sua esfera privada” (voto do

Ministro Edson Fachin), tampouco cabe ao Estado escolher que partes da religião serão ministradas, não podendo agir como censor de doutrinas religiosas. Enfim, o Estado não pode negar o ensino religioso a quem o desejar.

Na ementa do acórdão, publicado no DJe de 21.6.2018, constam estas passagens expressivas:

A singularidade da previsão constitucional de ensino religioso, de matrícula facultativa, observado o binômio Laicidade do Estado (CF, art. 19, I)/Consagração da Liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI), implica regulamentação integral do cumprimento do preceito constitucional previsto no artigo 210, §1º, autorizando à rede pública o oferecimento, em igualdade de condições (CF, art. 5º, caput), de ensino confessional das diversas crenças.

A Constituição Federal garante aos alunos, que expressa e voluntariamente se matriculem, o pleno exercício de seu direito subjetivo ao ensino religioso como disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, ministrada de acordo com os princípios de sua confissão religiosa e baseada nos dogmas da fé, inconfundível com outros ramos do conhecimento científico, como história, filosofia ou ciência das religiões.

(...)

O binômio Laicidade do Estado/Consagração da Liberdade religiosa está presente na medida em que o texto constitucional (a) expressamente garante a voluntariedade da matrícula para o ensino religioso, consagrando, inclusive o dever do Estado de absoluto respeito aos agnósticos e ateus; (b) implicitamente impede que o Poder Público crie de modo artificial seu próprio ensino religioso, com um determinado conteúdo estatal para a disciplina; bem como proíbe o favorecimento ou hierarquização de interpretações bíblicas e religiosas de um ou mais grupos em detrimento dos demais.

Ao final, a ação direta foi julgada improcedente.

2. PERDA DA NACIONALIDADE BRASILEIRA E EXTRADIÇÃO

A nacionalidade é tratada pela Constituição brasileira no título dos direitos fundamentais. A Carta filia-se à melhor doutrina que vê a nacionalidade como direito fundamental de central relevo para o indivíduo nas relações com o Estado. A perda da nacionalidade é tema de não menor tomo, dadas as repercussões sobre a titularidade de tantos outros direitos fundamentais. A Constituição brasileira prevê os casos em que o brasileiro perde a nacionalidade. Isso pode decorrer do cancelamento da naturalização, “por sentença judicial, em virtude

de atividade nociva ao interesse nacional” ou se é “adquirida outra nacionalidade”. Nesta última hipótese, a nacionalidade brasileira não é perdida se (1) a estrangeira houver sido reconhecida em caráter originário ou se (2) o brasileiro teve que adquirir a nacionalidade estrangeira como condição para continuar no Estado estrangeiro ou para ali exercer os direitos civis (art. 12, § 4º, I e II).

A Constituição institui como garantia fundamental do brasileiro nato não ser extraditado (art. 5º, LI) e foi com apelo a este preceito que a extraditanda, na Extr 1462, julgada em 28 de março de 2017, se opôs ao pedido formulado pelos Estados Unidos. A Primeira Turma do STF, entretanto, concedeu a extradição da brasileira, porque ela havia adquirido nacionalidade americana e porque se achavam preenchidos os pressupostos do Tratado específico regulador do mecanismo de cooperação internacional.

A defesa arguiu que, não obstante a aquisição da nacionalidade americana, a condição de brasileira nata não poderia ter sido atingida pelo ato, na forma da ressalva estabelecida no art. 12, § 4º, II, da Constituição.

Apurou-se, todavia, que a extraditanda já era portadora de documento americano – o *green card* – que a habilitava a residir indefinidamente e a exercer direitos civis básicos, como o de trabalhar, independentemente de ser estrangeira nos EUA. O pressuposto para a ressalva à perda da nacionalidade brasileira previsto no art. 12, §4º, II, da Constituição, portanto, não se aperfeiçoara. A perda da nacionalidade, que já havia sido declarada no âmbito do Ministério da Justiça e foi considerada como bastante para subtrair o caso da garantia conferida aos brasileiros natos contra a extradição.

3. ISONOMIA. REGIMES SUCESSÓRIOS DISTINTOS PARA CÔNJUGES E COMPANHEIROS

O art. 1790 do Código Civil dispõe sobre a sucessão do que vivia em união estável de uma forma diferente da sucessão do que era casado (art. 1829 do Código Civil). Arguindo que o cônjuge é melhor aquinhado do que o companheiro e que isso traduziria discriminação odiosa, a questão da constitucionalidade do primeiro dispositivo foi encaminhada ao debate do Plenário do STF em 10 de maio de 2017, quando se julgou o RE 878694 (DJe 6.2.2018), sob o regime da repercussão geral.

Por maioria, o Tribunal seguiu o voto do relator, para quem a desequiparação do regime sucessório da união estável com relação ao casamento importa demérito para aquela e preferência indevida para este. Consta da manifestação do relator a assertiva de que “a Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável”. Entendeu que havia, na diferenciação, “discriminação contra o companheiro sobrevivente da união

estável e que, dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), [o art. 1790] entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso”.

A proibição do retrocesso foi invocada, porque, sob regime anterior, o companheiro herdava melhor. A dignidade da pessoa humana foi invocada sem maiores justificativas precisas. O fundamento precípua parece ter sido o de que a igualdade entre entidades familiares havia sido ofendida, na medida em que a opção legislativa expressaria hierarquização entre elas, com preferência para o casamento. A máxima de julgamento que foi extraída do precedente para se impor ao resto do Poder Judiciário veio a ser deduzida com estes dizeres: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.

O Tribunal evidenciou-se cioso da equiparação em seus desdobramentos jurídicos do casamento com a união estável, enxergando na diversidade de regimes sucessórios atentado contra a igual dignidade que afirmou existir entre as formas de constituição de família previstas na Constituição.

O ímpeto por valorizar a união estável deixou para os votos vencidos fundamentos convincentes, senão mais próximos do princípio da autonomia da vontade, que, afinal, está no cerne da proteção da dignidade da pessoa.

Os votos vencidos assinalaram que a diferença de tratamento para os bens deixados em herança não despojam o companheiro da possibilidade de herdar e que cabe ao legislador regular o regime de sucessão com boa margem de discricionariedade política. Sendo a união estável realidade jurídica diferente do casamento, não haveria por que impor o mesmo regime sobre a sucessão de quem optara pelo casamento. A escolha por se casar ou se manter como companheiro há de levar em conta as normas jurídicas que revestem um e outro instituto jurídico. Pode parecer ao companheiro melhor que a sua sucessão siga o regime da união estável do que o do casamento. Impor o mesmo regime do casamento ao que prefere manter união estável não é respeitar o seu direito de escolha entre as modalidades de constituição de família. Além disso, até mesmo no campo do casamento, há modalidades distintas de tratamento sucessório conforme o regime jurídico de bens adotado pelo casal. O voto vencido do Ministro Dias Toffoli expõe essa inteligência com estas palavras:

O casamento, portanto, não é união estável, o que autoriza que seus respectivos regimes jurídicos sejam distintos. Portanto, há de ser respeitada a opção feita pelos indivíduos que decidem por se submeter a um ou a outro regime. Há que se garantir, portanto, os direitos fundamentais à liberdade dos integrantes da entidade de formar sua família por meio do casamento ou da

livre convivência, bem como o respeito a autonomia de vontade para que os efeitos jurídicos de sua escolha sejam efetivamente cumpridos.

O Ministro concluiu não enxergar nos fundamentos adotados pelo legislador para o tratamento diferenciado nenhuma “inferiorização de um instituto em relação ao outro, ou deliberada criação de uma situação desvantajosa. O legislador cuidou de dar a eles tratamento diferenciado, até para que não houvesse a equiparação entre os regime dos dois institutos”.

Outro voto vencido, do Ministro Marco Aurélio, também insistiu em que o casamento e a união estável não precisam ser tratados juridicamente de modo igual, sob o pretexto de respeitar o princípio da isonomia. A diferença entre eles ressaí já do fato de o constituinte, ao se referir à união estável, determinar que deve “a lei facilitar a sua conversão em casamento.” (art. 226, §3º). Há passagens de considerável poder persuasivo no voto proferido que merecem ser ressaltadas:

O comando determina ao legislador facilitar a conversão da união estável em casamento, mas em momento algum os equipara. Se o fizesse, perderia a razão de ser a sinalização ao estímulo à transmutação da união estável em casamento. Para que a transformação ante igualização, quanto a consequências patrimoniais? A única similitude entre os institutos é que ambos são considerados, pelo Texto Maior, entidades familiares. E para por aí, uma vez que, mesmo sendo formas de família, a Constituição Federal estabelece, de plano, inexistir espaço para equalização.

É importante a advertência para os limites da interpretação pelo STF que o voto apontou:

Presentes as balizas constitucionais, o Código Civil, bem ou mal, disciplinou tratamentos jurídicos correspondentes, não cabendo ao intérprete substituir a opção do legislador para igualá-los, onde a Carta da República não o fez.

Trata-se de institutos díspares, com regimes jurídicos próprios, especialmente no âmbito patrimonial. Inexiste campo para potencializar a união estável, sob risco de suplantarem o próprio casamento e os vínculos dele decorrentes.

Concordamos com o autor que não houve equiparação. Embora todas as entidades familiares mereçam proteção, isso não significa que devam ser tratadas exatamente da mesma maneira.

Em outro tópico, o voto relata em que o regime de sucessão do companheiro difere daquele do cônjuge e expõe não haver desarrazoabilidade na escolha do legislador:

A sucessão do companheiro, destarte, não pode ser considerada menos ou mais vantajosa, por exemplo, pelo fato de que ele herda dos bens adquiridos a título oneroso durante a convivência, ao passo que o cônjuge herda dos bens particulares do falecido. Tudo dependerá do modo como o patrimônio foi conquistado. O legislador, ao regulamentar a sucessão na união estável, adotou um critério diferente do utilizado para o casamento: neste, o propósito foi não deixar o cônjuge desamparado, quando não tivesse direito à meação, naquela, foi permitir que o companheiro herdasse apenas do patrimônio para cuja aquisição tenha contribuído. São critérios diversos, sem dúvida, mas não necessariamente melhores ou piores entre si.

Tampouco o argumento da proibição do retrocesso parece superar a réplica, constante do voto do Ministro Dias Toffoli, ordenada com a melhor doutrina, no sentido de que “a proibição do efeito *catraca* ou *cliquet* tem aplicação somente quando a restrição ao direito fundamental ultrapassa o limite de seu núcleo essencial, o que não é a hipótese em questão”. Há hipótese é, antes, de acolhimento da solução dada pelo legislador democrático, diante da pluralidade de alternativas que surgem dos marcos constitucionais.

Uma outra vertente crítica do acórdão deve salientar, ainda, que, mesmo sem o explicitar, o Tribunal valeu-se da problemática técnica da decisão manipulativa aditiva. Se a inconstitucionalidade estava no tratamento desigual entre companheiro e cônjuge no direito de sucessão, e uma vez que não se atacou como intrinsecamente injusto o regime de sucessão indicado pelo legislador para a união estável, a escolha que prevaleceu - de estender à união estável o regime de sucessão do casamento - não era a única politicamente viável. Se o STF entende ser necessário um regime jurídico comum ao casamento e à união estável não há por que excluir a hipótese de que o regime desta última se estenda para o casamento ou que o legislador haja por bem conferir novo desenho normativo para ambos. A decisão parece investir, assim, sobre o espaço próprio do legislador democrático.

4. DIREITO À INFORMAÇÃO E SESSÕES JUDICIÁRIAS SECRETAS DO PASSADO

Em 2006, o STF julgou recurso em mandado de segurança em que um cidadão, estudioso do período do regime militar no Brasil, dizendo estar preparando um livro em homenagem aos advogados de defesa da época, pretendia acesso ao material fonográfico dos julgamentos realizados nos anos 1970 pelo Superior Tribunal Militar – STM, que continuou a existir depois da vigente Constituição de 1988.

No RMS 23036 (julgado em 28.3.2006), o STF decidira que “a coleta de dados históricos a partir de documentos públicos e registros fonográficos,

mesmo que para fins particulares, constitui-se em motivação legítima a garantir o acesso a tais informações”.

Ocorre que o STM apenas franqueou o acesso ao material de áudio relativo às então chamadas *sessões públicas*, negando o material relativo às *sessões secretas*. Na Rcl 11.949, julgada em 15.3.2017, o Tribunal entendeu que a resistência da Corte militar infringia a ordem que o STF deferira anos antes. O acórdão disse:

O direito à informação, a busca pelo conhecimento da verdade sobre sua história, sobre os fatos ocorridos em período grave contrário à democracia, integra o patrimônio jurídico de todo cidadão, constituindo dever do Estado assegurar os meios para o seu exercício. A autoridade reclamada deve permitir o acesso do Reclamante aos documentos descritos no requerimento administrativo objeto da impetração, ressalvados apenas aqueles indispensáveis à defesa da intimidade e aqueles cujo sigilo se imponha para proteção da sociedade e do Estado, o que há de ser motivado de forma explícita e pormenorizada pelo Reclamado, a fim de sujeitar a alegação ao controle judicial.

5. DIREITO DO PRESO A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DA FALTA DE CONDIÇÕES DIGNAS NO ESTABELECIMENTO PENITENCIÁRIO

Por mais de uma oportunidade, nos últimos anos, o STF tem enfrentado a questão das repercussões jurídicas da precariedade dos estabelecimentos que recebem a população condenada criminalmente ou presa provisoriamente. Já se chegou a proclamar um *estado de coisas inconstitucional* nesse setor. No RE 580.252, julgado sob o regime de repercussão geral (que obriga os demais tribunais a seguir o entendimento do STF) em 16 de fevereiro de 2017 (DJe 11.9.2017), a Corte assegurou ao preso em condições inumanas o direito de receber indenização pecuniária pelos danos morais e materiais que haja sofrido. Ao longo do julgamento, integrantes do Tribunal chegaram a propor que, em vez de indenização pecuniária, fosse assegurado ao preso um abatimento da sua pena. A proposta foi recusada pela maioria, que viu na proposta uma medida que não poderia ser implementada à falta de lei que a previsse e por falta de pedido do autor da ação nesse sentido.

Da mesma forma, foi recusado o argumento do Poder Público de que a indenização estaria obstada pelo princípio da reserva do possível. Assentou-se que “o Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. É seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir danos que daí decorrerem”. A obrigação

do Estado no campo da responsabilidade civil, porque decorre diretamente do art. 37, §6º, da Constituição⁸, norma auto-aplicável, não demandaria intermediação legislativa ou administrativa que justificasse a invocação do princípio da reserva do possível. Foi dito, igualmente, que a teoria da reserva do possível deixa de ser pertinente quando confronta pretensão de observância do mínimo existencial. Esse mínimo existencial foi delineado no voto do Ministro decano da Corte, Ministro Celso de Mello, com estas palavras:

A noção de mínimo existencial, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1o, III, e art. 3o, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação, o direito à segurança e o direito de não sofrer tratamento degradante e indigno quando sob custódia do Estado.

O Tribunal redigiu, afinal, a seguinte máxima de julgamento, que deve ser adotada por todos os demais órgãos do Judiciário:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

6. DIREITO DE PROPRIEDADE E CONFISCO

A Constituição impõe a pena de confisco ao proprietário de terras em que se cultivam ilegalmente plantas psicotrópicas. O art. 243 dispõe que:

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a progra-

⁸ “§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

mas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

No RE 635336, julgado em regime de repercussão geral, e publicado no Diário de Justiça eletrônico de 15.9.2017, a Corte se defrontou com a questão de definir o regime de responsabilidade do proprietário nesses casos. O proprietário teria que ter agido com culpa para sofrer o confisco? A sua responsabilidade seria objetiva?

Essas perplexidades foram resolvidas a partir da noção de que a expropriação, aí, possui cariz sancionatório, pressupondo, portanto, culpa do expropriado; dada a opção do constituinte, entretanto, o ônus da prova é de ser invertido. Assim, descoberto o plantio ilícito na propriedade de alguém, a ele incumbe demonstrar que não agiu com culpa, se quiser se livrar da constrição. A tese afinal fixada recebeu esta fórmula: “A expropriação prevista no art. 243 da CF pode ser afastada, desde que o proprietário comprove que não incorreu em culpa, ainda que *in vigilando* ou *in elegendo*”.

7. ISONOMIA - COTAS PARA NEGROS

O Supremo Tribunal deu continuidade à sua jurisprudência de apoio a medidas legislativas de ação afirmativa em favor da população negra na modalidade das cotas.

Em 8 de junho de 2017, julgou por unanimidade, na ADC 41, válida lei federal de 2014 que reserva aos negros 20 % das vagas em concurso público para provimento de cargos efetivos nos três Poderes federais. O cotejo da medida com o princípio da igualdade foi realizado pelo relator, que estimou, então, não haver inconstitucionalidade a ser reparada. O fato de já haver política de cotas para o ingresso em universidades públicas tampouco foi considerado óbice para o acolhimento da opção legislativa. O acórdão buscou ser didático, indicando três fundamentos para a deliberação:

1.1. Em primeiro lugar, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente. 1.2. Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para

sua realização em maior extensão, criando uma “burocracia representativa”, capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais. 1.3. Em terceiro lugar, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014.

No Brasil, onde a miscigenação é frequente, há outro embaraço a ser enfrentado quando se fala em política de cotas por origem étnica. Nem sempre é fácil definir quem é negro ou branco. Tem-se adotado o critério da autodeclaração, admitindo-se como negro quem assim se considera. A perspectiva de fraudes no contexto das políticas de ação afirmativa levou a uma conjugação desse critério com o da avaliação por terceiros, em casos menos nítidos. Essa fórmula foi endossada pelo STF no precedente, que redundou na seguinte tese:

É constitucional a reserva de 20 % das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.

IV. CONCLUSÃO

O STF foi extensamente demandado no ano de 2017, tendo sido citado a atuar em espaços que a crise política do período encurtou para os seus protagonistas habituais. A visibilidade do Supremo Tribunal ganhou proporções inauditas. Os integrantes da Corte tornaram-se pessoas de convivência diária da população, que os viram repetidamente nos noticiários e em programas de televisão. Cenas incomuns de apoio ou de repúdio a deliberações tomadas pelos Ministros acabaram por envolvê-los em episódios de ataques pessoais senão bizarros, decerto que deseducados e constrangedores. Não há dúvida de que a atuação do STF em 2017 foi marcante para a História da jurisdição e do próprio país.

A inserção do Supremo Tribunal no campo das decisões polêmicas atraiu, como não poderia deixar de ser, antagonismos e insatisfações com maior ou menor ponderação lógica-jurídica. O certo é que o Tribunal não pode ser acusado de haver faltado quando chamado a atuar, na medida em que a sobrecarga de trabalho o permitiu.

LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA EN 2017 SOBRE PAGO POR SERVICIOS AMBIENTALES

The Colombian constitutional jurisprudence in 2017
about payments for ecosystem services (PES)

PAULA ROBLEDO SILVA¹

Universidad Externado de Colombia
paula.robledo@uexternado.edu.co

SNEITHER CIFUENTES²

Universidad Externado de Colombia
secifuentes@unal.edu.co

Cómo citar/Citation

Robledo Silva, P. y Cifuentes, S. (2018).

La jurisprudencia constitucional colombiana en 2017
sobre pago por servicios ambientales.

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 22, 263-278.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.22.09>

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA Y LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE EN EL PROCESO DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA: 1. La Sentencia C-644 de 2017. 2. El pago por servicios ambientales, una herramienta para la protección del ambiente y la construcción de paz en los territorios. *BIBLIOGRAFÍA.*

¹ Docente e investigadora de la Universidad Externado de Colombia y defensora delegada para los Asuntos Constitucionales y Legales de la Defensoría del Pueblo de Colombia.

² Abogado egresado de la Universidad Nacional de Colombia, magíster en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Colombia.

I. INTRODUCCIÓN

A modo de aclaración preliminar, corresponde indicar que el control abstracto de constitucionalidad efectuado por la Corte Constitucional colombiana durante el año 2017 tuvo una dedicación concentrada en aquellas normas relativas a la implementación del «Acuerdo para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera» (en adelante el Acuerdo), suscrito entre el Gobierno y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia Ejército del Pueblo (FARC-EP)³.

Por consiguiente, el curso de las demás demandas de inconstitucionalidad que recayeron sobre otras normas del ordenamiento jurídico interno colombiano fue suspendido⁴. Siendo este el principal escenario de trabajo de la Corte durante la anualidad y atendiendo a los múltiples aspectos de relevancia que fueron abordados en la sentencia de constitucionalidad escogida, en la presente edición no hemos hecho selección de ningún caso de tutela para su exposición, conforme es habitual.

En este orden, el presente escrito expone la crónica de la Sentencia C-644 de 2017 que, a nuestro juicio, representa uno de los avances jurisprudenciales más significativos de este período por tratarse de un referente donde la Corte sitúa la construcción de paz dentro de los derroteros constitucionales de la denominada *Constitución Ecológica*⁵.

³ En este contexto, se profirió el Acto Legislativo 1 de 2016 con el objetivo de asegurar y facilitar el desarrollo normativo de lo acordado por medio de dos vías: i) se creó un procedimiento legislativo especial para aprobar las normas relacionadas en el Congreso de la República (denominado *fast track*), y ii) se otorgaron facultades extraordinarias al presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley. Del mismo modo, ese acto legislativo estableció que toda la normativa aprobada por el procedimiento especial, o decretada en ejercicio de estas potestades extraordinarias sería objeto de control jurisdiccional de manera automática y posterior por parte de la Corte Constitucional.

⁴ Con fundamento en el mencionado control automático de constitucionalidad establecido por el Acto Legislativo 1 de 2016, la Sala Plena de la Corte Constitucional mediante Auto 305 de 2017 dispuso suspender los términos de todos los procesos de constitucionalidad ordinarios admitidos para su trámite en la etapa procesal que se encontraran. Dicha medida de suspensión también fue aplicada posteriormente a los procesos de igual naturaleza admitidos o asumidos en conocimiento.

⁵ Esta noción ha sido construida en la jurisprudencia constitucional a partir de una lectura sistemática, axiológica y finalista de todos los preceptos constitucionales que consagran derechos y deberes respecto del ambiente. Aparece desde el fallo T-411 de 1992 y ha sido reiterada en múltiples pronunciamientos de constitucionalidad, entre

II. LA CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA Y LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE EN EL PROCESO DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA

Antes de la Constitución de 1991, el paradigma de que *quien contamina paga* había dado lugar a establecer medidas tributarias como tasas de retribución/compensación respecto de los costos o beneficios para los agentes económicos por el uso de los recursos naturales. Sin embargo, el Gobierno nunca avanzó en la creación de incentivos y estímulos económicos para fomentar programas o iniciativas encaminadas a la protección del ambiente.

Esta situación se modificó con la expedición de la *Constitución Ecológica*, que determina el deber estatal de proteger la diversidad e integridad del ambiente, lo cual implica conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación ambiental, para garantizar el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano (art. 79 superior); así como planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su conservación, restauración o sustitución debiendo prevenir los factores de deterioro ambiental (art. 80 superior).

La Corte Constitucional, interpretando las disposiciones constitucionales relativas a los derechos y deberes ambientales⁶, ha precisado que el derecho a gozar de un ambiente sano se encuentra inescindiblemente ligado al desarrollo económico sostenible, por lo cual la satisfacción de las necesidades

los que se cuentan: C-431 de 2002; C-750 de 2008; C-595 de 2010; C-123 de 2014; C-449 de 2015; C-041 de 2017 y C-219 de 2017.

⁶ Entre estos, la Sentencia C-644 de 2017 señala los siguientes: 58 (función ecológica de la propiedad), 66 (créditos agropecuarios por calamidad ambiental), 67 (educación para la protección del ambiente), 79 (derecho a un ambiente sano y participación en las decisiones ambientales), 80 (planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales), 82 (deber de proteger los recursos culturales y naturales del país), 226 (internacionalización de las relaciones ecológicas), 268-7 (fiscalización de los recursos naturales y del ambiente), 317 y 294 (contribución de valorización para conservación del ambiente y los recursos naturales), 330-5 (Concejos de los territorios indígenas y preservación de los recursos naturales), 331 (Corporación del Río Grande de la Magdalena y preservación del ambiente), 332 (dominio del Estado sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables), 333 (limitaciones a la libertad económica por razones del medio ambiente), 334 (intervención estatal para la preservación de los recursos naturales y de un ambiente sano), 339 (política ambiental en el plan nacional de desarrollo), 340 (representación de los sectores ecológicos en el Consejo Nacional de Planeación) y 366 (solución de necesidades del saneamiento ambiental y de agua potable como finalidad del Estado).

del ser humano encuentra un límite claro en la protección cada vez más rigurosa de la naturaleza y su entorno⁷.

Así, la jurisprudencia constitucional colombiana, reconociendo el valor intrínseco de la naturaleza y la relación de interdependencia entre esta y el ser humano, ha defendido la importancia de que el desarrollo sostenible no solo sea un marco teórico de referencia, sino que implica además un conjunto de acciones destinadas a gestar equilibrio y armonía con la naturaleza como presupuesto para orientar el progreso de las generaciones presentes de una manera más justa con las futuras⁸.

En esta perspectiva, la decisión objeto de análisis en la presente edición refuerza el deber de progresividad en la protección ambiental para argumentar, por primera vez dentro de un escenario de justicia transicional, que el componente ambiental constituye un eje esencial en la construcción de la paz, o en otras palabras, la ordenación del territorio posterior al conflicto armado debe conducirse por el interés superior de mantener y preservar un ambiente sano, entendiéndose como una condición necesaria para sembrar paz en el campo.

1. LA SENTENCIA C-644 DE 2017

El 25 de mayo de 2017, el presidente de la República, estando dentro del término de los 180 días calendario por el cual le fueron concedidas facultades extraordinarias⁹, expidió el Decreto Ley 870 de 2017, por el cual se establece el pago por servicios ambientales y otros incentivos para la conservación.

⁷ En la Sentencia C-449 de 2015, la Corte se ocupó de analizar la balanza entre el desarrollo y la preservación del ambiente para restringir la amplitud y flexibilidad con la que solía comprender el concepto de bienestar económico. En esta línea argumentativa sostuvo: «[...] para la Corte el humano es un ser más en el planeta y depende del mundo natural, debiendo asumir las consecuencias de sus acciones. No se trata de un ejercicio ecológico a ultranza, sino de atender la realidad sociopolítica en la propensión por una transformación respetuosa con la naturaleza y sus componentes».

⁸ Sintéticamente ha definido el desarrollo sostenible como «el modelo de desarrollo que permite satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas propias». Véase la Sentencia C-137 de 1996.

⁹ El art. 2 del Acto Legislativo 1 de 2016 facultó al presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley cuyo contenido asegure la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final, dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigencia de la norma. De igual modo, determinó que estas facultades no podrían ser utilizadas para expedir actos legislativos, leyes estatutarias, leyes códigos, leyes que

En la Sentencia C-644 de 2017, la Corte se ocupó de abordar los siguientes temas: i) el parámetro de control de los decretos leyes expedidos en virtud de las facultades presidenciales para la paz y el cumplimiento de los requisitos de forma y competencia en la expedición del Decreto Ley; ii) la importancia de la Constitución Ecológica y la protección ambiental en el marco de los procesos de justicia transicional, y iii) la constitucionalidad material de cada uno de los artículos del Decreto Ley 870 de 2017. A continuación nos ocuparemos, brevemente, de cada uno de estos tópicos.

En primer lugar, el Alto Tribunal aplicó el parámetro de control de los decretos leyes expedidos en virtud de las citadas facultades presidenciales para la paz. Al respecto, reiteró que el control constitucional sobre los decretos dictados en ejercicio de dichas facultades es expreso, objetivo, automático, posterior, comprende tanto una revisión formal como material, y tiene unas precisas restricciones temporales y de contenido.

Tratándose del cumplimiento de los requisitos de forma y competencia, la Corte ahondó en la motivación que debe existir para que el Poder Ejecutivo justifique por qué acude a la vía rápida del uso de las potestades extraordinarias habilitadas, es decir, además de la exigencia de una conexidad objetiva (existencia de un vínculo cierto, verificable y específico entre la materia objeto de regulación y el contenido del Acuerdo) y teleológica (comprobación de que la norma constituye un instrumento potencial para realizar una finalidad del Acuerdo), el Gobierno debe acreditar la falta de idoneidad del procedimiento legislativo —ordinario y especial para la paz— para optar por una regulación mediante decreto ley.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el ejercicio de la competencia legislativa extraordinaria del Ejecutivo implica en sí mismo una restricción del principio democrático. Si bien ello resulta legítimo en un contexto especial que tiende a la construcción de paz, se requiere restringir a lo estrictamente necesario este mecanismo, para evitar un déficit deliberativo y participativo en la elaboración y aprobación de las normas relativas al Acuerdo.

De este modo, la validez de los *decretos leyes para la paz*, en criterio de la Corte, se encuentra supeditada a la acreditación de los requisitos de urgencia e imperiosidad que para el caso puntual fueron estimados satisfechos, según las siguientes consideraciones.

Partiendo de advertir los efectos negativos que en términos ambientales ha ocasionado el conflicto armado a partir de problemáticas presentes en ecosistemas estratégicos como la expansión de los cultivos de uso ilícito, la minería

necesitan mayorías calificadas o absolutas para su aprobación, ni para decretar impuestos.

ilegal, la deforestación, entre otras, señaló que con el proceso de desarme y reincorporación a la vida civil de los excombatientes de las FARC-EP surge un peligro inminente sobre la biodiversidad de estos ecosistemas y la consecuente pérdida de servicios ambientales, dado el riesgo de que tales prácticas dañinas para el ambiente se incrementen en las áreas de influencia de la insurgencia.

En este orden, la degradación ecosistémica ha mostrado una aceleración significativa en las zonas donde las FARC-EP ejercían control porque se presentó una recomposición de fuerzas en el poder territorial que ha permitido mayor deforestación y degradación, así como la expansión de los cultivos de uso ilícito, especialmente, en ecosistemas estratégicos de la Orinoquía y la Amazonía¹⁰.

Frente a la necesidad de frenar la transformación ambiental y la pérdida de biodiversidad de estos ecosistemas estratégicos, el Alto Tribunal señaló que urge desarrollar alternativas económicas para la generación de ingresos que a su vez generen vínculos entre el Estado y las comunidades rurales en perspectiva de garantizar su bienestar y buen vivir.

Sumado a lo anterior, los estudios diagnósticos adelantados por el Gobierno permitieron concluir que los diferentes instrumentos económicos, financieros y tributarios que se habían desarrollado en materia ambiental, incluido el programa social de familias guardabosques, no eran capaces de responder a la acelerada transformación y pérdida de biodiversidad en los ecosistemas, principalmente, por cuatro problemas estructurales: i) limitación de los alcances que pueden generar los proyectos por la ausencia de un marco normativo propio; ii) carencia de mecanismos para la articulación institucional que defina roles y competencias claras para la realización de inversiones; iii) limitantes y vacíos técnico-operativos que dificultan el seguimiento y el monitoreo de los proyectos, y iv) dificultad para aumentar la cobertura y asegurar la continuidad de los proyectos porque su sostenibilidad financiera depende de la asignación de recursos por parte de entidades territoriales.

Estos factores explican por qué Colombia ha tenido muy limitados avances en la implementación del pago por servicios ambientales (en adelante PSA), por lo cual resulta imperioso conciliar instrumentalmente la política ambiental y los desarrollos productivos.

Conseguir dicha finalidad requiere que las políticas y regulaciones relativas al PSA se articulen con los planes nacionales para la reforma rural integral,

¹⁰ Según cifras aportadas por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, en lo corrido de 2016 se deforestaron aproximadamente 55 965 hectáreas, y actualmente existe una alerta de deforestación en estos ecosistemas que se encuentran en punto crítico de 47,3 % de probabilidad de pérdida de cobertura.

los programas de desarrollo con enfoque territorial, el programa nacional integral de sustitución de cultivos de uso ilícito, y el plan marco para la implementación, todas herramientas previstas para la transformación del campo y la solución del problema de drogas ilícitas (puntos 1 y 4).

Por lo expuesto, la Corte estimó necesario establecer las directrices para el desarrollo del PSA y otros incentivos a la conservación como elemento primordial para la transformación estructural del campo. Por tanto, consideró que el Decreto Ley 870 de 2017 aporta una política pública que permite articular los diferentes niveles de gobierno, las entidades privadas y la sociedad civil en torno a planes para la conservación y preservación ambiental.

De ahí que su orientación prioritaria en áreas y ecosistemas estratégicos con conflictos por el uso del suelo, presencia de cultivos de uso ilícito o de pueblos indígenas identificados como en peligro de exterminio (definidos en el Auto 004 de 2009) deriva de especial importancia en el presente escenario de construcción de paz, resultando justificada su adopción en uso de las facultades extraordinarias.

En segundo lugar, el Alto Tribunal expuso una serie de consideraciones que relacionan los derroteros de la Constitución Ecológica con dicho escenario. Así, comenzó por referir las obligaciones que en materia de conservación y preservación del ambiente les son exigibles a la ciudadanía y al Estado.

Así, indicó que el derecho a gozar de un ambiente sano en cabeza de la ciudadanía encuentra el correlativo deber de participar en su protección y conservación. Por su parte, recogiendo la postura desarrollada en la Sentencia C-431 de 2000 y retomada en la sentencia C-123 de 2014, reiteró que son obligaciones estatales en esta materia:

- 1) proteger su diversidad e integridad, 2) salvaguardar las riquezas naturales de la Nación, 3) conservar las áreas de especial importancia ecológica, 4) fomentar la educación ambiental, 5) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, 6) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, 7) imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente y 8) cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera.

Teniendo presente este conjunto de obligaciones estatales en materia ambiental, la Corte resaltó que en el análisis de los conflictos armados suele pasar inadvertido el impacto que estos ocasionan sobre el ambiente. Para el específico caso colombiano, reseñó que los efectos negativos van desde la afectación a ecosistemas naturales por las fumigaciones con glifosato y los bombardeos, pasando por la deforestación vinculada a la proliferación de cultivos de uso

ilícito, hasta la contaminación en fuentes hídricas a causa de la minería ilegal o por derrame de sustancias tóxicas, entre otras.

De este modo, es posible comprender la superposición entre las zonas más afectadas por el conflicto armado y las que tienen un alto valor ambiental, que, siendo de mayor fragilidad, constituyen la razón primordial para adoptar medidas tendientes a la preservación y conservación de recursos naturales. Para hacerlo, es pertinente advertir cuáles son las formas en que se relaciona el ambiente con la guerra de manera multidimensional.

Al respecto, la Corte observó que es posible distinguir por lo menos las siguientes relaciones: i) ser su causa, por la escasez o inequitativa distribución de recursos naturales que motiva la confrontación armada; ii) ser su fuente de financiación, dados los ingresos generados por su explotación para el actor armado que controla las fuentes de recursos naturales; iii) ser su objeto, como víctima que recibe impactos, directos e indirectos, derivados del accionar bélico de los actores en conflicto, y iv) beneficiaria, en aquellos casos donde la presencia de un actor armado (legal o ilegal) contribuye a la conservación de la biodiversidad en ecosistemas estratégicos.

El referido relacionamiento multidimensional del ambiente con el conflicto armado lleva a la Corte a evidenciar que en el proceso de justicia transicional colombiano el componente ambiental debe posicionarse como un eje esencial en la construcción de la paz, al menos, por tres razones: primera, el alcance de los mandatos constitucionales de preservación y conservación del ambiente; segunda, la deuda por resarcir los daños ambientales ocasionados por la guerra en más de cinco décadas, y tercera, la necesidad de garantizar la conservación de aquellos territorios en donde los grupos armados lograron preservar los recursos naturales, pero con su retirada estos últimos quedaron expuestos.

Luego, el Alto Tribunal ubicó las distintas referencias que permiten identificar el ambiente como un eje transversal del Acuerdo de Paz reseñando cómo aparece el desarrollo sostenible y la democratización del acceso y uso adecuado de la tierra dentro de los principios de la Reforma Rural Integral, acordada en el punto 1, requiriendo el acceso a la tierra y su uso bajo criterios de sostenibilidad que respeten la protección y promoción del acceso al agua dentro de una concepción ordenada del territorio.

En concreto, se destaca en la sentencia que el subpunto denominado «Acceso y Uso. Tierras improductivas. Formalización de la propiedad. Frontera agrícola y protección de zonas de reserva» del Acuerdo de Paz, contempla que serán beneficiarias las personas y comunidades participantes en programas de asentamiento y/o reasentamiento con el fin de proteger el ambiente, sustituir cultivos de uso ilícito, o fortalecer la producción alimentaria.

También dentro de las medidas a adoptar para el cierre de la frontera agrícola se acordó establecer un plan de zonificación ambiental que «permita actualizar y de ser necesario ampliar el inventario, y caracterizar el uso de las áreas que deben tener un manejo ambiental especial¹¹», prestando apoyo a la población rural que se encuentre dentro de esas áreas e incluyendo a excombatientes de las FARC-EP, quienes tendrán un grado especial de participación en programas y proyectos de protección y recuperación ambiental.

De igual modo, el punto 4 del Acuerdo estableció que en los programas de sustitución de cultivos de uso ilícito se adoptarán planes integrales de recuperación ambiental de las áreas afectadas por dichos cultivos. Así, dentro de los componentes de los planes integrales de sustitución se encuentra el de sostenibilidad y recuperación ambiental, que incluye acciones de recuperación y adecuación de suelos para el establecimiento de cultivos lícitos.

Así, dentro de las zonas de especial interés ambiental se prevén proyectos productivos y de protección ambientalmente sostenibles (por ejemplo, silvo-pastoriles) junto con acciones para la mitigación de los daños ambientales en ecosistemas frágiles e hidrografía vulnerable y para la recuperación de bosques.

Además, el diseño y ejecución del Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos de Uso Ilícito —principal herramienta de la «Solución al problema de las drogas ilícitas»— será definido como parte de la implementación de la Reforma Rural Integral y, por consiguiente, debe contribuir al cierre de la frontera agrícola, la recuperación de los ecosistemas y el desarrollo sostenible.

Por último, en relación con el «Acuerdo sobre las víctimas del conflicto» (punto 5 del Acuerdo), el componente ambiental aparece, de una parte, dentro del mandato de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (nombre dado al mecanismo extrajudicial que ocupará el lugar habitual de las comisiones de la verdad en otros procesos de justicia transicional), órgano al cual se encomendó el objetivo de esclarecer y promover el reconocimiento del daño generado por el conflicto en la sociedad, incorporando su específico impacto sobre los derechos ambientales.

De otra parte, las FARC-EP adquirieron el compromiso de realizar acciones de contribución a la reparación durante el proceso de reincorporación a la vida civil, que podrán incluir su participación en iniciativas de reparación del daño ambiental, *v. gr.*, a través de programas para la reforestación.

¹¹ Dentro de estas el Acuerdo señala las zonas de reserva forestal, zonas de alta biodiversidad, así como los ecosistemas frágiles y estratégicos, cuencas, páramos, humedales y demás fuentes de recursos hídricos, con miras a proteger la biodiversidad y el derecho progresivo al agua propiciando su uso racional.

Asimismo, entre el conjunto de sanciones aplicables para quienes reconozcan verdad exhaustiva, detallada y plena en la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidades de la Jurisdicción Especial para la Paz, previstas en el punto 5.1.2 del Acuerdo, se encuentran las de «Participación/Ejecución de programas de protección medio ambiental de zonas de reserva» y «Participación/Ejecución en programas de recuperación ambiental de las áreas afectadas por cultivos de uso ilícito».

De cara a este panorama, el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional determinó que «el Acuerdo Final adoptó la relevancia de implementar medidas que garantizaran el valor del ambiente para el Estado, en el marco de justicia transicional que se está adelantando».

Por último, la Corte efectuó el control de constitucionalidad material sobre las disposiciones del Decreto Ley 870 de 2017, conforme al cual, en su art. 4, el PSA consiste en el incentivo económico, en dinero o en especie, que se otorga a propietarios, poseedores u ocupantes de buena fe exentos de culpa por las acciones de preservación y/o restauración en áreas y ecosistemas estratégicos.

Pasando a detenerse en las directrices para el PSA, estipuladas en la norma objeto de revisión, el Alto Tribunal identificó su aporte a la articulación de una política estatal en la que dicho esquema opere desde lo nacional a lo territorial (regional y local).

Sin embargo, llamó la atención acerca de que su funcionamiento está condicionado a la definición y reglamentación de una instancia de articulación interinstitucional por parte del Gobierno, según las funciones propias que corresponden a las entidades encargadas de su ejecución¹².

Por tal razón, en la medida que el proyecto de PSA que se pretenda desarrollar de forma voluntaria y con recursos propios exceda el monto de las obligaciones que le fueron impuestas, el interesado en el servicio ambiental cuenta con la posibilidad de obtener una cofinanciación pública, siempre que la autoridad ambiental otorgue su aval.

Ahora bien, consideró relevante indicar frente al cumplimiento de obligaciones impuestas en el marco de autorizaciones ambientales a través de proyectos de PSA que corresponde a la autoridad ambiental determinar las condiciones en las cuales se puede y debe realizar la mitigación del impacto causado. Es decir, su ámbito de aplicación no puede operar por la mera voluntad del sujeto obligado con el permiso, licencia o concesión ambiental, pues

¹² Sobre este aspecto, el Decreto Ley determina que la financiación del incentivo se hará a través de la asignación de recursos por parte de las entidades nacionales, regionales y locales de acuerdo con sus planes de acción, planes plurianuales y planes operativos anuales de inversión.

para ello es indispensable la intervención de la autoridad ambiental encargada de adelantar el seguimiento y monitoreo en el cumplimiento de las obligaciones impuestas con dicha autorización.

Con el objetivo de regular que en cada caso se encuentren presentes las garantías necesarias para ejercer una protección real y efectiva de la biodiversidad y de los servicios ecosistémicos por parte de la autoridad ambiental, la Corte decide declarar exequible el inciso 3.º del artículo 2.º del Decreto Ley 870 de 2017 «bajo el entendido que la autoridad ambiental competente debe avalar la realización de la mitigación del impacto ambiental causado, a través de la figura de Pago por Servicios Ambientales, ya que de esa forma puede adelantar el seguimiento y monitoreo de las obligaciones impuestas en la respectiva autorización ambiental».

La Corporación también apreció que la medida legislativa está destinada a todos aquellos que se ubican en localidades ambientalmente estratégicas, incluidas las diversas poblaciones étnicas que se asientan en dichas zonas, pero no les afecta directamente, por lo cual no hubo violación del derecho a la consulta previa. Sobre este particular, manifestó que «se trata de la incorporación abstracta de un marco normativo destinado a establecer los parámetros generales del modelo de PSA [...], y no a diseñar de manera concreta su implementación en territorios definidos».

No obstante, respecto de la implementación de los proyectos de PSA señaló que si coincide con territorios étnicos o con presencia de población étnica, para la ejecución de los mismos, además de agotarse el trámite de consulta previa —de conformidad con el art. 6 del Convenio 169 de la OIT—, se deben observar los principios de territorialidad, autonomía y libre autodeterminación para garantizar una especial implementación con perspectiva étnica, pues «debido a que el objeto de la misma está focalizado en áreas y ecosistemas estratégicos, su relación con estas poblaciones es evidente».

Hasta acá hemos recogido planteamientos que nos resultan de interés para entender el sentido de la decisión adoptada en la Sentencia C-644 de 2017, pero desborda el objetivo trazado en este artículo el ocuparse de reseñar con detenimiento el análisis constitucional sobre cada uno de los artículos del Decreto Ley 870 de 2017, basta indicar que fueron declarados exequibles en su totalidad, salvo el inciso 3 del art. 2, cuya declaratoria se condicionó en el sentido anteriormente indicado.

En su lugar, concluiremos este primer apartado indicando que en criterio de la Corte, el PSA desarrollado por la citada norma «permite superar los problemas ambientales propios del posconflicto y, a su vez, conciliar la política ambiental con la política productiva al generar alternativas económicas conducentes para desincentivar los usos indebidos del suelo que causan pérdida de la biodiversidad».

2. EL PAGO POR SERVICIOS AMBIENTALES, UNA HERRAMIENTA PARA LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE Y LA CONSTRUCCIÓN DE PAZ EN LOS TERRITORIOS

Las consideraciones expuestas con antelación que llevaron a la declaratoria condicionada de la constitucionalidad del Decreto 870 de 2017 suscitan varias apreciaciones que serán presentadas en este apartado siguiendo el mismo orden metodológico utilizado por la Corte para agotar cada eje temático en la sentencia C-644 de 2017.

Sea lo primero destacar que la Corte en el ejercicio del control automático de constitucionalidad de las normas referidas a la implementación normativa del Acuerdo ha sido receptiva para sumarse al proceso de transición hacia un escenario de construcción de paz (entendida como principio, derecho y deber del Estado) y que debe reflejarse en el cumplimiento de su misión de ser el órgano guardián de la supremacía de la Constitución.

No obstante, al momento de efectuar el estudio sobre la validez del ejercicio de la habilitación legislativa dada al Poder Ejecutivo, el Alto Tribunal tenía el reto de valorar con cautela que los decretos con fuerza de ley expedidos en este contexto no resultarán dando oportunidad a despojar de las competencias naturales al legislador ordinario.

En este aspecto el análisis de constitucionalidad propuesto por la Corte también resulta acertado. En nuestro criterio, la necesidad estricta exigida al Ejecutivo asegura la vigencia del modelo constitucional democrático y es un desarrollo del principio de separación de poderes, pues la habilitación de la potestad legislativa para el presidente de la República no puede dejar de tener carácter excepcional y estar limitada materialmente a asuntos que no gocen de ningún tipo de reserva¹³.

En consecuencia, consideramos que la posición defendida en la sentencia salvaguarda la regla general de producción normativa en Colombia que recae en el órgano legislativo, por ser esta la corporación idónea para el ejercicio de la «representatividad democrática, deliberación y protección de los derechos de participación¹⁴».

¹³ En la Sentencia C-699 de 2016, la Corte estudió el otorgamiento de facultades legislativas especiales al presidente de la República y sostuvo que no configura una sustitución del principio de separación de poderes o funciones porque «[...] (i) las condiciones que rodean la delegación evitan que el legislador se vea privado de su competencia, (ii) la habilitación remite al ejercicio transitorio y en un ámbito delimitado de la función legislativa, y (iii) no se suprimen los controles interorgánicos que preservan el equilibrio entre los poderes públicos y aseguran la supremacía constitucional».

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-170 de 2017.

Asimismo, el aval dado por la Corte sobre los requisitos formales y de competencia reconoce que el Decreto Ley 870 de 2017 se adoptó con la finalidad de implementar compromisos específicos del Acuerdo y concuerda con su parte finalista, que persigue como aspiración «una nueva visión de una Colombia en paz [que] permita alcanzar una sociedad sostenible, unida en la diversidad, fundada no solo en el culto de los derechos humanos sino en la tolerancia mutua, en la protección del medio ambiente, en el respeto a la naturaleza, sus recursos renovables y no renovables y su biodiversidad¹⁵».

Sobre este punto, la comunidad internacional ha sostenido con razón cómo en el marco de la implementación del Acuerdo el Estado enfrentaría dos retos: «[...] la necesidad de conciliar las visiones a escala nacional y regional del ordenamiento territorial con la escala local [...]» y reconocer el valor de la biodiversidad y sus servicios ecosistémicos en el ordenamiento territorial» (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2014:10).

Adentrándonos en el análisis de fondo, vale decir que las políticas ambientales colombianas se encontraban en mora de instar a la conservación ambiental a través de incentivos económicos, y generar acciones de control para la protección de la biodiversidad, especialmente, en áreas protegidas dentro de las cuales el PSA corresponde a un sistema de compensaciones y recompensas por servicios ambientales (Swallow *et al.*, 2010).

En este sentido, puede ser entendido como «una transacción voluntaria, donde un servicio ambiental bien definido (o un uso de la tierra que aseguraría ese servicio), es ‘comprado’ por al menos un comprador de servicios ambientales, a por lo menos un proveedor de servicios ambientales, sólo si el proveedor asegura la provisión del servicio ambiental transado (condicionamiento)» (Wunder, 2006: 18).

Por tanto, el PSA surge como una «herramienta para internalizar adecuadamente en la toma de decisiones individuales y sociales el valor que poseen y el bienestar que brindan a los individuos y a la sociedad los servicios ambientales resguardados en áreas protegidas» (Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, 2009: 15).

El Decreto Ley 870 de 2017 se encuentra en esta vía porque imprime un elemento innovador para incorporar la prevención, corrección o mitigación a los instrumentos económicos de la política ambiental, los cuales —como bien lo señala la Corte en su fallo— han resultado insuficientes para contrarrestar las problemáticas de deforestación y transformación de ecosistemas, así como la pérdida de servicios ambientales.

¹⁵ Preámbulo. «Acuerdo para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera».

De ahí que durante años se haya exhortado al Gobierno a fijar incentivos dentro de las políticas ambientales para adoptar tecnologías limpias, desestimular el consumo de bienes que hayan sido elaborados mediante procesos contaminantes y, por supuesto, fomentar la conservación y preservación.

Por ejemplo, la Política Nacional para la Gestión Integral de la Biodiversidad y sus Servicios Ecosistémicos - PNGIBSE, aprobada por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, en relación con el desarrollo de esquemas de pago por servicios de esta naturaleza manifestó: «Es muy importante que en Colombia se amplíe el espectro de los servicios ecosistémicos considerados para PSE, pues el énfasis ha estado principalmente enfocado a los servicios ecosistémicos hídricos» (Instituto Humboldt, 2012: 61).

Comparten esta orientación las bases del actual Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 (Ley 1753 de 2014), en donde el objetivo 2 de la estrategia de Crecimiento Verde (referido a proteger y asegurar el uso sostenible del capital natural y mejorar la calidad y la gobernanza ambiental), menciona que la biodiversidad y sus servicios ecosistémicos proveen beneficios para desarrollar actividades económicas y sociales para la adaptación al cambio climático.

A fin de mantener esos beneficios es necesaria la regulación que los distintos actores hacen de los recursos naturales a partir de un ordenamiento integral del territorio, de modo que su uso sostenible permita conservar y restaurar el ambiente, para lo cual resulta conveniente avanzar en la ampliación de beneficiarios del esquema de PSA como herramienta para la conservación y recuperación de ecosistemas estratégicos.

En complemento, el documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social —CONPES— de Lineamientos de Política y Programa Nacional de Pago por Servicios Ambientales para la Construcción de Paz reconoce:

Colombia tiene bosques en 52 % de su superficie, posee el 50 % de los páramos del mundo y es catalogado como un país megadiverso. La diversidad de ecosistemas brinda servicios ambientales para la economía del país y el bienestar de las comunidades; sin embargo, debido a presiones antrópicas como la deforestación, la contaminación de fuentes hídricas, la sobreexplotación de recursos, los beneficios que generan los servicios ambientales se pierden y se afecta la calidad de vida de la población (Departamento Nacional de Planeación, 2017: 3).

También resulta relevante mencionar que las consideraciones expuestas en la Sentencia C-644 de 2017 sobre la relación multidimensional subyacente entre los recursos naturales con los distintos tipos de conflictos armados le permitieron a la Corte reconocer que al recibir impactos directos e indirectos el ambiente puede ser víctima.

Resulta muy interesante que la Corte haya defendido esta tesis, según la cual «[s]i la guerra está vinculada con la naturaleza, las posibilidades de una paz duradera también lo están. En otras palabras, si el conflicto giró parcialmente alrededor de los recursos naturales y el medio ambiente, la suerte del proceso de construcción de paz será moldeada por múltiples factores socio ambientales [...]» (Rodríguez, Rodríguez y Durán, 2017:12).

Por lo mismo, el Decreto Ley 870 de 2017 aporta a sentar las bases para una reforma agraria sostenible, capaz de fomentar el uso adecuado de la tierra en condiciones de bienestar y buen vivir para la población rural porque incorpora medidas afirmativas orientadas a cerrar las brechas entre el campo y la ciudad en términos de goce pleno de derechos.

Así, las disposiciones contenidas en la norma objeto de control, además de aportar un importante y esperado instrumento que contribuye a fomentar la protección ecosistémica integral con la participación activa de la ciudadanía, dentro de los beneficiarios del referido incentivo de PSA, prevé una priorización con base en el nivel de vulnerabilidad para pequeños y medianos propietarios, poseedores u ocupantes de buena fe exentos de culpa.

Este tipo de pronunciamientos hechos por la corporación aportan significativamente a la consolidación de una línea jurisprudencial que supere el enfoque antropocéntrico al momento de comprender la relación entre el ambiente y el ser humano. Tal perspectiva defiende una instrumentalización de los recursos naturales como proveedores de alimento, energía, recreación y riqueza, pero no le reconoce a la naturaleza un valor propio, de modo que su conservación es puesta en función de la explotación para la humanidad (Mesa, 2010).

Por el contrario, decisiones como la analizada demuestran que la protección del ambiente ha venido cobrando un mayor peso constitucional como una obligación estatal expresada en derechos colectivos inmersos dentro de esa relación interdependiente entre ser humano y naturaleza. De este modo, la Corte ha buscado dejar atrás una mera noción utilitarista de los recursos naturales para ser explotados y, en su lugar, pretende definir una postura de respeto con independencia de lo útil que pueda o no ser para el desarrollo de la vida humana¹⁶.

Además, la definición del PSA resulta útil para la persecución de ciertos objetivos específicos de la Reforma Rural Integral, como lo son: la zonificación

¹⁶ Específicamente sobre este punto la Corte ha sostenido: «En efecto, la visión del ambiente como elemento transversal en el sistema constitucional trasluce una visión empática de la sociedad, y el modo de vida que esta desarrolle, y la naturaleza, de manera que la protección del ambiente supera la mera noción utilitarista, para asumir una postura de respeto y cuidado que hunde sus raíces en concepciones ontológicas [...]». Véase la Sentencia C-666 de 2010.

ambiental, el cierre de frontera agrícola, la protección de áreas de especial importancia ecológica, la recuperación ambiental de áreas afectadas por cultivos de uso ilícito, las alternativas ambientalmente sostenibles para quienes se acojan a la sustitución voluntaria y la creación de incentivos para prevenir e impulsar soluciones a los conflictos por uso del suelo.

Conforme a lo expuesto, estimamos que la regulación adoptada mediante el Decreto Ley 870 de 2017 es un avance en el camino de establecer disposiciones que premien la labor de quienes conservan áreas de especial importancia ecológica. El siguiente paso es continuar con el estímulo para utilizar sosteniblemente los recursos naturales, de modo que se contribuya al cierre de la frontera agrícola y la recuperación de los ecosistemas estratégicos durante la transición hacia un escenario de construcción de paz.

Bibliografía

- Departamento Nacional de Planeación (2017). *Lineamientos de Política y Programa Nacional de Pago Por Servicios Ambientales para la Construcción de Paz*. Documento CONPES 3886.
- Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt (2012). *Política Nacional para la Gestión Integral de la Biodiversidad y Servicios Ecosistémicos PNGIBSE*. Bogotá: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.
- Mesa, G. (2010). *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad. Concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el Estado ambiental de derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- FAO (2009). *Pago por servicios ambientales en áreas protegidas en América Latina. Fortalecimiento del manejo sostenible de recursos naturales en áreas protegidas de América Latina*. Madrid: Organismo Autónomo Parques Nacionales.
- PNUD Colombia (2014). *Consideraciones ambientales para la construcción de una paz territorial estable, duradera y sostenible en Colombia. Insumos para la discusión*.
- Rodríguez, C., Rodríguez, D. y Durán, H. (2017). *La paz ambiental: retos y propuestas para el posacuerdo*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad Dejusticia.
- Swallow, B. *et al.* (2010). The conditions for effective mechanisms of compensation and rewards for environmental services. *Ecology and Society*, 15 (4).
- Wunder, S. (2006). *Pago por servicios ambientales: principios esenciales*. Yakarta: Centro Internacional de Investigación Forestal.

CRÓNICA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA EN EL AÑO 2017

Jurisprudential chronicle of the Spanish Constitutional Court in 2017

ALBERTO OEHLING DE LOS REYES¹
Universidad de las Islas Baleares
aoelin@hotmail.com

Cómo citar/Citation

Oehling de los Reyes, A. (2018).
Crónica de la jurisprudencia constitucional española en el año 2017.
Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 22, 279-313.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.22.10>

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. ALGUNAS CIFRAS. III. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA: 1. Jurisdicción constitucional. Derecho procesal constitucional. 2. Fuentes del derecho. 3. Organización territorial del Estado. 4. Organización de los poderes públicos. 5. Derechos fundamentales: 5.1. *Derecho/principio de igualdad*. 5.2. *Derechos de libertad personal*. 5.3. *Derecho a la intimidad*. 5.4. *Tutela judicial efectiva*. IV. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

¹ Profesor contratado doctor de Derecho Constitucional de la Universidad de las Islas Baleares (España).

I. INTRODUCCIÓN

En 2017 se han producido nuevas incorporaciones al Tribunal Constitucional, correspondientes a la terna de la Cámara Alta, de conformidad con lo establecido en el art. 159.1 de la Constitución y tras su preselección por las Asambleas Legislativas de las comunidades autónomas (art. 16.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional)². En efecto, los nuevos magistrados son: Ricardo Enríquez Sancho, que ya fue designado antes en el año 2014 (Oehling de los Reyes, 2015), después del fallecimiento de Francisco José Hernando³, Alfredo Montoya Melgar⁴, Cándido Conde-Pumpido Tourón⁵ y María Luisa Balaguer Callejón⁶. Luego, también, en marzo de 2017, de conformidad con los arts. 160 de la Constitución y 9.1 y 4 de la LOTC, se produciría nueva elección de la presidencia y vicepresidencia de la institución, que recaería sobre Juan José González Rivas y Encarnación Roca Trías —presidente y vicepresidenta, respectivamente—, ambos designados en la primera vuelta y con ocho votos a favor y cuatro abstenciones⁷.

Interesa destacar que en 2017 la Comisión de Venecia del Consejo de Europa ha tenido oportunidad de declararse en relación con la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la LOTC, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de derecho. Al operarse aquella reforma, las críticas iban dirigidas en cuanto suponía un notable refuerzo en manos del Tribunal cara a la ejecutoriedad de sus sentencias, en particular por vía de imposición de multas coercitivas y relevos de cargos públicos. Frente a dicha modificación de la LOTC se plantearon dos recursos de inconstitucionalidad que fueron desestimados por el Tribunal en las STC 185/2016, de 3 de noviembre, y 215/2016, de 15 de diciembre (Oehling de los Reyes, 2016). Paralelamente, un miembro de la Asamblea

² Véanse las comparecencias de los distintos candidatos ante la Comisión de Nominaciones del Senado en <https://bit.ly/2z9xSTE>.

³ Real Decreto 260/2017, de 10 de marzo, por el que se nombra Magistrado del Tribunal Constitucional a don Ricardo Enríquez Sancho.

⁴ Real Decreto 261/2017, de 10 de marzo, por el que se nombra Magistrado del Tribunal Constitucional a don Alfredo Montoya Melgar.

⁵ Real Decreto 262/2017, de 10 de marzo, por el que se nombra Magistrado del Tribunal Constitucional a don Cándido Conde-Pumpido Tourón.

⁶ Real Decreto 263/2017, de 10 de marzo, por el que se nombra Magistrada del Tribunal Constitucional a doña María Luisa Balaguer Callejón.

⁷ Véase el noticiario jurídico en línea *Legaltoday*, edición de 22 de marzo de 2017: <https://bit.ly/2K1OEs0>.

Parlamentaria del Consejo de Europa, Stefan Schennach, miembro del Sozialdemokratische Partei Österreichs (SPÖ), planteaba una duda al respecto ante la Comisión de Venecia. La aparición del *Informe de la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho* —adoptado los días 10 y 11 de marzo de 2017, respectivamente— confirma la validez de dicha norma dentro de los estándares europeos, en particular basándose en la premisa ineludible de todo el sistema del Estado democrático de derecho moderno, que no es otro que el principio de supremacía constitucional; luego, también, en particular sobre la base del derecho comparado.

Como un corolario de la supremacía de la Constitución —dice con claridad meridiana la Comisión de Venecia en sus conclusiones—, las resoluciones de Tribunales Constitucionales tienen que ser cumplidas tanto por todos los funcionarios públicos como por los individuos. La infracción de las decisiones de un Tribunal Constitucional es equivalente a la infracción de la Constitución y el Poder Constituyente, que confirió la competencia de asegurar su supremacía al Tribunal Constitucional.

En el plano del derecho comparado, destaca su reseña de la *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* alemana (BVerfGG), que, más allá de determinar que las sentencias del *Bundesverfassungsgerichts* vinculan a todos los órganos del Estado y los Länder, así como a sus tribunales y autoridades (art. 31.1), llega incluso a determinar expresamente casos en los que sus decisiones tienen hasta fuerza de ley⁸. No hay, por tanto, para la Comisión, diferencia en orden a la validez de los fallos del Tribunal Constitucional sea el afectado representante político o funcionario, al igual que un ciudadano normal. No obstante, la Comisión planteaba un dilema crucial en este orden en España: el cómo dar eficacia plena a la Constitución sin que la disyuntiva tenga que llegar hasta el Tribunal Constitucional. Deja entrever así de algún modo su sorpresa de la insuficiencia de la acción cara al cumplimiento de la Constitución y el orden jurídico del resto de instituciones del Estado o de las comunidades autónomas en este sentido⁹.

⁸ Bien es verdad que en el caso alemán la fuerza jurídica de las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal se sostiene también sobre su carácter «irrefutable» e «irreversible». Para la extensión de la fuerza jurídica de las resoluciones a las partes u órganos afectados por el fallo no existen prácticas concretas por cuanto las determinaciones necesarias al respecto pueden ser fijadas de forma muy amplia por la fuerza del art. 31.1 de la BVerfGG. Véase así Schlaich y Koriath (2015).

⁹ El informe está disponible en red en <https://bit.ly/2RSzGXP>.

Para la selección de fallos que aquí se resumen se ha utilizado —aparte de la relación de sentencias y notas informativas que el propio Tribunal Constitucional ofrece en su página oficial en internet—, principalmente, como en las crónicas de años anteriores, la estadística y *Memoria* del Tribunal Constitucional del año 2017, los comentarios de resoluciones realizados por el Área de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III (Elvira Perales *et al.*, 2017a; 2017b; 2018) y los estudios cuatrimestrales realizados por Duque Villanueva, Ortega Carballo, Losada González y de la Quadra-Salcedo Janini para la *Revista Española de Derecho Constitucional* (Duque Villanueva *et al.*, 2017a; 2017b; 2018). También hemos trabajado con la *Gaceta de Jurisprudencia Constitucional* (enero-marzo, abril-junio, julio-septiembre y octubre-diciembre, 2017, respectivamente)¹⁰; luego, también, en algunos casos concretos —como se irá citando—, se ha analizado igualmente alguna otra contribución doctrinal que ha tratado alguna de las decisiones del Tribunal Constitucional del año 2017. Igualmente, en materia de derechos fundamentales, aparte de los anteriores materiales. Asimismo, se ha consultado la crónica de la jurisprudencia constitucional sobre derechos fundamentales de Ortega Carballo y Souto Galván publicada en la *Revista Europea de Derechos Fundamentales* (2017)¹¹.

II. ALGUNAS CIFRAS

De acuerdo con la *Memoria* de 2017, el año pasado ingresaron en el Tribunal Constitucional un total de 6381 recursos que se reparten de la siguiente manera: 47 recursos de inconstitucionalidad, 33 cuestiones de inconstitucionalidad, 6286 recursos de amparo, 4 impugnaciones de disposiciones de las comunidades autónomas y 6 cuestiones prejudiciales de validez de normas forales fiscales, 3 conflictos positivos de competencia y 2 conflictos entre órganos constitucionales. El número de casos en el Tribunal de Doménico Scarlatti se ha reducido nuevamente respecto a 2016 en un total de 393 asuntos (6774 en 2016). El principal motivo de esta bajada se debe nuevamente a la reducción de interposición de recursos de amparo. Así, por tanto, sigue la tendencia que hemos ido comentando desde años anteriores y, por ejemplo, si en el año 2015 hubo 7203 demandas de amparo y en 2016 hubo un total de 6685, ahora baja un nuevo pico llegando a los 6286.

¹⁰ Disponibles en red en <https://bit.ly/2DkPxKT>.

¹¹ Disponible en <https://bit.ly/2RVBGyR>.

En lo que se refiere en concreto a los recursos de amparo, el cuadro estadístico de 2017 pone de manifiesto que la mayoría sigue siendo recursos de amparo del tipo del art. 44 de la LOTC, siendo el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE el derecho fundamental más invocado, que suma un total de 4689 demandas, es decir, casi un 75 % del total, siguiéndole muy de lejos el derecho a la igualdad del art. 14 CE, con un número de 795; luego ya le siguen el derecho a la legalidad penal del art. 25 CE, con una cifra de 594 recursos, y el derecho a la libertad del art. 17 CE, con 364. Interesa reseñar que, además, hubo 27 quejas de amparo del tipo del art. 42 de la LOTC. El principal motivo de inadmisión han sido las deficiencias en orden a la justificación del requisito de especial trascendencia constitucional del recurso del art. 49.1 de la LOTC, que —entre falta del mismo, deficiente explicación o, directamente, por falta evidente de trascendencia— suman un total de 4392 inadmisiones en vía de amparo de un total de 6069. A nuestro juicio el número decreciente de interposiciones de recursos de amparo tampoco tiene por qué empujar al optimismo por el mero hecho de reducción de carga de trabajo del Tribunal, pues deja de algún modo entrever una correlación entre descenso del número de demandas y el número de inadmisiones por parte del Tribunal Constitucional, pudiéndose concluir un descenso de la confianza y convicción desde la abogacía en la plasticidad de este medio de garantía. Esta situación, creemos, es poco deseable y debería tenerse en cuenta, pues casa poco con el carácter garantista y extensivo del art. 53.2 CE y con la función del Tribunal Constitucional del art. 161.1.b CE, también con el hecho de que, a la postre, como hemos apuntado en otro sitio, «este derecho de acceso es la única facultad directa del ciudadano de relación y diálogo directo con el Tribunal Constitucional» (Oehling de los Reyes, 2017a).

Hay que decir, por otra parte, que, a finales de 2017, todavía se hallaban admitidos a trámite, pero pendientes de resolución, teniendo en cuenta los procesos acumulados, un total de 78 recursos de inconstitucionalidad, 14 cuestiones de inconstitucionalidad, 13 conflictos positivos de competencia, 1 cuestión prejudicial sobre normas forales fiscales y 3 conflictos entre órganos constitucionales. En cambio, los procesos de amparo pendientes de sentencia completaban un total de 84 asuntos. Hay que sumar aquí también las causas de constitucionalidad pendientes de admisión y que reunían un total de 10 asuntos de débito (2 recursos de inconstitucionalidad y 7 cuestiones de inconstitucionalidad y 1 impugnación de disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las comunidades autónomas), mientras que los recursos de amparo pendientes de admisión por el Pleno daba un resultado de 10 asuntos y por las salas daban un resultado de 2378 asuntos (1211 correspondientes a la Sala Primera y 1167 de la Sala Segunda).

III. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

1. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Hemos citado que la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la LOTC, muy especialmente sobre la base nuclear de todo sistema democrático de Derecho —el principio de supremacía constitucional—, el art. 9 y el art. 10.1 CE, incluyó en la LOTC, en su arts. 87.1 y 92, y la posibilidad de advertencia del Tribunal Constitucional respecto a servidores públicos renuentes al cumplimiento de la Constitución y el ordenamiento jurídico. Pues bien, sobre la base de esta facultad el Tribunal dictó el ATC 24/2017 (Pleno), de 14 de febrero de 2017, a efectos de ejecución efectiva de la STC 259/2015, de 2 de diciembre y de los autos 141/2016, de 19 de julio, y 170/2016, de 6 de octubre. El Tribunal recuerda que una Asamblea Legislativa autonómica no puede desconocer que la comunidad autónoma no tiene competencias para convocar y celebrar un referéndum y ello también porque así lo establece el propio art. 122 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que circunscribe sus facultades a este respecto a consultas no referendarias, mucho menos, como es obvio, sobre cuestiones constitucionales. En el fondo, el fallo no es sino una explicación adicional sobre la incompatibilidad de esta posibilidad respecto a la Constitución, el propio Estatuto y la ley, y un recordatorio de la sujeción de los cargos representativos a la Constitución y las leyes en cuanto servidores públicos, en particular sobre la base del art. 9.3 CE, que afirma taxativamente que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Y en efecto, el contenido ejecutivo del fallo consiste, aparte de la declaración de nulidad de la resolución impugnada, en recordar las previsiones constitucionales, estatutarias y legales mínimas que están obligados a cumplir en todo caso los cargos representativos, así como las consecuencias por su infracción; luego, asimismo, indicaba la posibilidad del Ministerio Fiscal de iniciar las acciones que procedieran si es que además hubiera casos de responsabilidad penal a exigir precisamente por incumplir el mandato del párr. primero del art. 87.1 de la LOTC. Con un contenido similar, los AATC 123/2017 y 124/2017, ambos del Pleno, de 19 de septiembre, estimaron igualmente incidentes de ejecución de la STC 259/2015, de 2 de diciembre, y de los AATC 141/2016, de 19 de julio, y 170/2016, de 6 de octubre. Luego, en relación con este tema, el Tribunal Constitucional también ha dictado alguna otra sentencia, resultado de recursos de inconstitucionalidad con petición adicional del Gobierno de suspensión normativa del art. 161.2 CE. En efecto, las SSTC 114/2017, de 17 de octubre, 120/2017,

de 31 de octubre, y 124/2017, de 8 de noviembre, todas del Pleno, procedían a declarar la inconstitucionalidad de las normativas impugnadas, como su nulidad, y ello por irregularidades en tres niveles, a nivel del Estatuto de Autonomía, de carácter sustantivo y de tramitación parlamentaria. Las razones de fondo son, igualmente, los principios determinados en el art. 1.1 CE, la premisa del Estado de derecho, el principio de supremacía constitucional, base de todo Estado democrático moderno, y el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en particular en relación con el derecho fundamental de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de la institución de la representación política (art. 23.1 CE).

La STC 23/2017 (Pleno), de 16 de febrero, versa sobre lo que se ha venido luego en denominar insuficiencia de justificación de relevancia de la cuestión de inconstitucionalidad (voto particular de Juan Antonio Xiol Ríos, STC 1/2018, de 11 de enero). Tras una desestimación de una solicitud al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), en relación con derechos derivados por incapacidad, el afectado planteó demanda ante el Juzgado de lo Social competente, con resultado igualmente adverso. Es por ello que recurrió interponiendo recurso de suplicación contra la primera sentencia. Destacar que, curiosamente, en ese mismo escrito el particular interesaba al órgano judicial la presentación de una cuestión de inconstitucionalidad, por cuanto la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia, venía a determinar en su art. 8.2 la posibilidad de que si no se liquidaba la tasa pertinente en el procedimiento se podía proceder a la paralización del recurso en tanto no se subsanara tal requisito. A su juicio, la tasa de pago previa al recurso de suplicación era muy superior a la que se establecía por la anterior ley (unos 500 € generando «un efecto disuasorio») y determinando «una inexorable imposibilidad de acceso a la jurisdicción y al recurso legalmente establecido, con desconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva», más en un caso como era el suyo, el de un pensionista mileurista. El órgano judicial hizo lo indicado y suspendió las actuaciones sobre la marcha e interpuso la cuestión. Ahora bien, lo cierto es que soslayó la pendencia del recurso de suplicación, que el interesado había instado junto con su escrito de presentación de la cuestión, olvidando así el art. 35. 2 de la LOTC que establece que «el órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia». La presentación, por tanto, fue prematura. En efecto, como indica el Tribunal, la cuestión de inconstitucionalidad se plantea una vez anunciado el recurso de suplicación y dentro del plazo para la interposición del mismo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 195.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, pero lo cierto es que, como se soslayó el recurso de suplicación, el interesado no tuvo que hacer el pago de

la tasa, de conformidad con lo establecido en la Ley 10/2002 recurrida, y no habiendo habido pago no había realmente hecho jurídico desencadenante de inconstitucionalidad y, por tanto, no había tampoco lugar a dictar declarando la inconstitucionalidad de la norma.

En suma —dice el Tribunal—, la cuestión de inconstitucionalidad planteada, por las razones anteriores, trasciende del mero incumplimiento del requisito temporal del art. 35.2 LOTC, que exige que su planteamiento se produzca una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia. Si bien este Tribunal ha venido aplicando de modo flexible este requisito procesal, su dispensa, en casos excepcionales y entre otras exigencias, ha venido condicionada a que esta circunstancia no tuviera incidencia en el juicio de aplicabilidad y de relevancia, ni en la legitimidad constitucional de la norma (ATC 155/2013, de 9 de julio, FJ 2, y sentencias que allí se citan), lo que no concurre en el presente caso.

Sobre el juicio de aplicabilidad y relevancia interesa también el ATC 166/2017 (Pleno), de 12 de diciembre, en orden a exigir del órgano judicial que extreme el deber de esfuerzo argumental en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad sobre todo cuando viene en relación con materia de legalidad ordinaria, «toda vez que —dice el Tribunal— de extenderlo hasta al análisis de fondo, se corre el riesgo de que la cuestión de inconstitucionalidad se convierta en un proceso de enjuiciamiento de inconstitucionalidad *in abstracto*, desligado del proceso *a quo*, lo que, cabalmente no puede constituir nunca el objeto de un procedimiento constitucional de este tipo (por todas, ATC 57/2014, de 25 de febrero)».

En materia de requisitos de la cuestión de inconstitucionalidad interesa mencionar la STC 49/2017 (Sala Primera), de 8 de mayo, promovida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en relación con los arts. 2 e, 7.1, 7.3 y 8.2 de la Ley 10/2012, en la redacción dada por el Real Decreto Ley 3/2013, por posible vulneración de los arts. 24.1 y 14 CE. El art. 35.2 LOTC, como es sabido, determina que «el órgano judicial oirá a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta». Y, efectivamente, así se hizo en relación con la lesión del art. 24.1, dando trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, pero luego el órgano judicial hizo extensión de duda respecto al art. 14 CE. A juicio del Tribunal en cuanto esta última disyuntiva no se hallaba reflejada en la providencia previa de audiencia al Ministerio Fiscal y a las partes, estos no pudieron también manifestarse a este respecto. «La conclusión —sienta al final el Tribunal— es que el trámite de audiencia no ha realizado su función en relación a la posible contradicción de los preceptos

cuestionados con el art. 14 CE, lo que determina la exclusión de esta duda de constitucionalidad (por todos, ATC 187/2016, de 15 de noviembre)». Similar situación se resuelve también en la STC 55/2017 (Pleno), de 11 de mayo, y en el ATC 169/2017 (Pleno), de 13 de diciembre.

En relación con los efectos de procesos de inconstitucionalidad interesa indicar también la STC 26/2017 (Pleno), de 16 de febrero, que estimaría parcialmente la cuestión planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Donostia respecto a diversos artículos de la Norma Foral 16/1989, de 5 de julio, del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana del territorio histórico de Guipúzcoa. Esta normativa, como ha podido explicar de forma muy clara por ejemplo Chaves, venía a gravar el valor de terrenos urbanos de forma rala, teniendo en cuenta solamente el valor catastral y los años durante los cuales el sujeto había sido titular del bien, olvidando así la realidad del incremento de valor del terreno y su valía objetiva en términos monetarios; luego, no admitía prueba en contrario. El Tribunal expulsa los preceptos recurridos que establecían este modo de medida del impuesto por ser contrarios a los principios de capacidad económica y de la prohibición de confiscatoriedad (art. 31 CE). No obstante, la declaración de inconstitucionalidad solamente afecta a aquellos preceptos que sometían a tributación situaciones que, a la postre, no reflejaran realmente un incremento de valor (Almonacid Lamelas, 2017).

En materia de trascendencia constitucional del recurso del art. 49.1 LOTC, cabe citar la STC 32/2017 (Sala Segunda), de 27 de febrero. El Tribunal, en este caso, determina que ante casos de no del todo claro cumplimiento de este requisito se puede dar por cubierto sobre la base del «esfuerzo argumental» de la parte «para disociar los argumentos dirigidos a evidenciar la existencia de la lesión del derecho fundamental», como también por el hecho de que es solo a él al que al fin y al cabo corresponde valorar si hay o no especial trascendencia constitucional del recurso de amparo de conformidad con el art. 50.1 b LOTC. Y una solución parecida toma en la STC 60/2017 (Sala Primera), de 22 de mayo, donde el Tribunal Constitucional repite que es a él al que corresponde la función de determinar en cada caso concreto si se da o no «especial trascendencia constitucional» en un recurso, y que está facultado a darlo por válido cuando del contenido del recurso se deriva una necesidad de una decisión sobre el fondo, «atendiendo, conforme al artículo 50.1 b LOTC, a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales (así, por todas, SSTC 172/2016, de 17 de octubre, FJ 2, y 22/2017, de 13 de febrero, FJ 2)». En cambio, otros fallos son inadmitidos por radical falta de cumplimiento del requisito, por ejemplo, en los AATC 19/2017 y 20/2017 (Sección Segunda), de 6 de febrero, ATC

(Sección Cuarta) 46/2017, de 7 de marzo. Luego, en algún otro caso, el Tribunal ha reconocido la posibilidad de reexamen de cumplimiento de este requisito tras recurso de súplica (art. 93.2 LOTC), como en el ATC 78/2017 (Sección Tercera), de 10 de mayo, o en el ATC 154/2017 (Sección Primera), de 16 de noviembre. Igualmente, también, como es habitual (véase, por ejemplo, las SSTC 54/2015, de 16 de marzo, 42/2015, de 2 de marzo), encontramos nuevos fallos en los que el Tribunal entiende que el 49.1 *in fine* puede quedar cubierto ya de por sí en casos de renuencia en fase ordinaria por el juzgador del deber de acatamiento de la doctrina constitucional (SSTC 5/2017 [Sala Primera] y 6/2017 [Sala Segunda], de 18 de enero).

En materia de diligencia en el deber de agotamiento de la vía ordinaria previa interesan las SSTC 30/2017 (Sala Segunda), de 27 de febrero, y 70/2017 (Sala Primera), de 5 de junio. En el caso de la STC 30/2017 el recurrente en amparo presentó escrito ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo competente interesando incidente de nulidad de actuaciones de la misma, conforme al art. 53.2 CE, en relación con el art. 241 de la LOPJ, en relación también con el art. 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), también sobre la base de la doctrina anterior del Tribunal Constitucional que había procedido a la declaración de nulidad de un precepto de la norma aplicable al caso, en concreto la STC 13/2013, de 28 de enero. El juzgado inadmitió el incidente. A la hora de presentar el amparo, el Ministerio Fiscal era de la idea de que el actor había interpuesto extemporáneamente el recurso extraordinario de nulidad sobre la base del tiempo transcurrido desde la publicación de la STC 13/2013 hasta la presentación de su escrito, el 18 de marzo de 2014, es decir, poco más de un año.

«No cabe negar —dice el Tribunal de Scarlatti denegando la extemporaneidad del recurso— que el incidente de nulidad de actuaciones se promovió cuando había transcurrido en exceso el plazo de veinte días desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión (esto es, desde la publicación de la STC 13/2013), lo que, de acuerdo con la regulación contenida en el art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), convertiría ese incidente en extemporáneo. Pero tampoco cabe soslayar que no existe en nuestro ordenamiento un procedimiento ad hoc para hacer efectiva la declaración de inconstitucionalidad de un precepto sancionador al amparo de la previsión del art. 40.1 *in fine* LOTC, a diferencia de lo que ocurre actualmente con las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para las que sí se ha establecido un cauce específico en virtud de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que ha introducido el art. 5 bis LOPJ, que reconoce la posibilidad de solicitar en tal supuesto la revisión de las sentencias firmes¹²».

¹² Sobre el fallo en general, Górriz Gómez (2017).

El caso de la STC 70/2017 versa sobre un amparo frente a una diligencia del juzgado, pero dictada por el secretario judicial, respecto a la que, en efecto, cabía recurso de revisión de acuerdo con el art. 454 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en la versión dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal), si bien en la parte dispositiva de dicha diligencia quedaba expresamente indicado que «contra esta resolución no cabe recurso alguno». El Tribunal Constitucional a este respecto nos dice dos cosas que se interrelacionan: primero, que hay que reconocer «que las funciones atribuidas *ex lege* a los secretarios judiciales —denominados en la actualidad Letrados de la Administración de Justicia— han de imputarse, ante todo, al órgano judicial donde estos actúan y que, por tanto, ello nada altera la exigibilidad de los derechos fundamentales del artículo 24 CE o los plazos de interposición del recurso de amparo (por todas, STC 155/2011, de 17 de octubre)», y segundo, «que no se puede exigir al justiciable, destinatario de una Sentencia expresamente considerada irrecurrible por el propio órgano sentenciador, que, contrariando la *auctoritas* de dicho Tribunal, acuda a un recurso previamente vedado por dicha instancia (SSTC 202/2007, de 24 de septiembre, y 4/2009, de 12 de enero)».

En materia de tipo de recurso de amparo a interponer cabe citar los AATC 30, 31, 33 y 34/2017 (Sala Segunda), de 27 de febrero. El procedimiento devenía de una negativa administrativa de solicitud de indemnización por resolución del Ministerio del Interior, en cambio, los actores interpusieron el recurso de amparo por lesión de derechos procesales en la vía judicial contencioso-administrativa previa (del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE). A juicio del Tribunal Constitucional el amparo era dable pero por la vía del art. 43 LOTC. Como tampoco había especificaciones que pudieran entender el recurso como de tipo mixto (SSTC 135/2010, de 2 de diciembre, 145/2015, de 25 de junio, y 117/2016, de 20 de junio), el hecho de entenderlo realmente como del art. 43 LOTC hacía traer el computo de plazos a los veinte días «siguientes a la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial», de conformidad con el art. 43.2 LOTC. Este hecho daba lugar a que el recurso se hubiera presentado fuera del plazo, lo cual hizo al Tribunal apreciar el óbice de extemporaneidad y acordar la inadmisión del mismo, de conformidad con los arts. 43.2 y 50.1 a LOTC. Interesa en este fallo también el voto particular de la magistrada Doña Adela Asua Batarrita, al que se adhiere el magistrado Don Fernando Valdés Dal-Ré, que se repite en cada uno de los autos —que, fuera de entender que el recurso, a su juicio, se trataría de un amparo mixto por la posibilidad de entresacar en los mismos quejas tanto a la resolución gubernativa como a la decisión judicial previa— y que dice la siguiente razonable reflexión:

No quiero desaprovechar la ocasión para poner de relieve la disfunción que supone esa diferencia de plazos entre ambos preceptos, que no obedece aparentemente a ningún motivo objetivo, sino que su razón de ser parece encontrarse en una desatención en el procedimiento legislativo de gestación de la reforma de la LOTC llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, concretamente en el momento de examen de las enmiendas en la comisión constitucional del Congreso, en el cual se produjo la discordancia entre el texto de ambos preceptos.

Es sabido que el art. 19 de Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, determina que «los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero». Esta norma regula específicamente la figura del allanamiento en el art. 21. En cambio, la LOTC no parece reconocer esta figura. Pues bien, la STC 6/2017 (Sala Segunda), de 16 de enero, versa sobre un caso de amparo interpuesto por un sujeto respecto a una demanda de ejecución hipotecaria interpuesta por Caixabank, S.A. En relación con esto, el Tribunal Constitucional dice lo siguiente:

En principio, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no se refiere al allanamiento como forma de terminación del proceso constitucional, mencionando tan sólo la caducidad, la renuncia y el desistimiento en sus artículos 80 y 86, pero sin efectuar una regulación de tales figuras, respecto de las cuales se remite supletoriamente a lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial y a la Ley de enjuiciamiento civil. No obstante, aunque este Tribunal no ha abordado con carácter general la cuestión relativa a la posibilidad y el sentido del allanamiento en cada uno de los procesos constitucionales, sí lo ha aceptado como forma de terminación del proceso, por ejemplo, en los conflictos de competencia, en los que el allanamiento se manifiesta como el acto procesal a través del cual la parte demandada en el conflicto de competencia expresa que se atiene a la pretensión del demandante, apareciendo así el allanamiento como un requerimiento atendido extemporáneamente (STC 119/1986, de 20 de octubre). Por consiguiente, el allanamiento no podrá tener más alcance que el de un apoyo a la pretensión formulada por la parte demandante de amparo, pero nunca podrá dar lugar a la terminación anticipada del procedimiento, que deberá concluirse necesariamente mediante sentencia en la que este Tribunal se pronuncie sobre las pretensiones del recurso de amparo.

Respecto al art. 162.1.b, en relación con la legitimación clara del Defensor del Pueblo para interponer recurso de inconstitucionalidad, cabe citar la STC 87/2017 (Pleno), de 4 de julio. Vale aquí lo que ya se dijo en la STC 137/2010, de 16 de diciembre (Oehling de los Reyes, 2011). Nuevamente

versa sobre la facultad de competencia del Defensor del Pueblo para apelar artículos de una norma aun cuando la materia sobre la que versen estos se ajuste en sentido general al cuadro de los derechos y libertades comprendidos en el título I de la Constitución (art. 54 de la Constitución). El Tribunal, desde la lógica del derecho positivo, razona en esta decisión —con un pie en los arts. 162.1. a de la Constitución, 32.1 de la Ley Orgánica 2/1979 y 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo— la capacidad a este instituto para interponer recursos de inconstitucionalidad, corroborando explícitamente que «ni la norma constitucional ni los preceptos orgánicos establecen límite alguno al contenido de esa legitimación», más cuando la capacidad para la realización de dicha función deriva de su «papel de defensor de la propia Constitución». El Tribunal cita su jurisprudencia al respecto, en particular las SSTC 5/1981, de 13 de febrero, 150/1990, de 4 de octubre, 274/2000, de 15 de noviembre, y 137/2010, de 16 de diciembre.

En materia de recusación sorprende el ATC (Pleno) 119/2017, de 7 de septiembre, donde la parte trataba de recusar a la totalidad de los magistrados que conforman el Pleno de este Tribunal Constitucional, entendiéndose que concurría causa de recusación de conformidad con el art. 219 de la LOPJ. Se suscita aquí también una situación extraña ya conocida desde la STC 133/2013, de 5 de junio, en la que también un «iluminado» solicitaba, sorprendentemente, la sustitución *in toto* del Pleno del Tribunal Constitucional para el conocimiento de su demanda, en razón de que —según él— el Tribunal Constitucional debía seguramente de tener algún interés en la causa (Oehling de los Reyes, 2014). Lo cierto es que el procedimiento de recusación de los miembros del Tribunal Constitucional está determinado en el art. 80 LOTC, que remite a las reglas de la LOPJ cara a su solicitud. Y, como es sabido, aunque es difícil la recusación de un magistrado, hay ciertamente casos (véase el ATC 26/2007, de 5 de febrero), y hasta no es imposible que se pueda proceder a esperar hasta la renovación del Tribunal Constitucional para el conocimiento de un determinado recurso de amparo (STC 133/2013, de 2 de julio). Ahora bien, sobre la base de la forma de solicitarlo, la puerilidad y vacuidad de las razones sobre las que fundamentaba el interés de los magistrados del Tribunal Constitucional, este no admitió la recusación. En efecto, dice expresivamente el Tribunal:

La singular naturaleza del Tribunal Constitucional, que no admite la sustitución de los Magistrados que lo componen, y la necesidad de que la aplicación del régimen de recusación y de abstención no conduzca a resultados absurdos o gravemente perturbadores para las funciones que tiene constitucionalmente asignadas, obliga a excluir, como hemos hecho en ocasiones precedentes en las que se ha planteado la recusación integral del colegio de Magistrados, la aplicación del artículo 227 LOPJ,

pues sólo así puede alcanzarse, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 LOTC, el *quorum* imprescindible para que el Tribunal pueda actuar (por todos, AATC 443/2007, de 27 de noviembre, y 387/2007, de 16 de octubre).

2. FUENTES DEL DERECHO

En materia de presupuesto habilitante, límites de decretos leyes y requisitos del art. 86.1 CE, cabe citar algunos fallos, por ejemplo, las SSTC 33/2017, de 1 de marzo, 35/2017, de 1 de marzo, y 73/2017, de 8 de junio, todas ellas del Pleno. La primera resolución a la que hemos hecho referencia resolvía el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en relación con diversos preceptos del Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud. Aquel decreto ley, *grosso modo*, restringió el derecho de acceso a la sanidad de los inmigrantes en situación irregular, quedando asegurada en todo caso para los extranjeros cuando cumplieran los mínimos determinados en sus arts. 3, 3 bis y 3 ter. Esta restricción fue ya reconocida y validada por la STC 139/2016, de 21 de julio. Ahora, el Tribunal vuelve sobre este tema, entendiendo que los objetivos de ahorro, la situación deficitaria y las dificultades por las que atravesaba el sistema sanitario público, como la racionalización del gasto farmacéutico, cara a la sostenibilidad del sistema, cubren las exigencias del art. 86.1 CE. No obstante, cabe apuntar que las limitaciones determinadas por esta norma han sido levantadas hoy en día por el Real Decreto Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud. En la segunda resolución (STC 35/2017), el Tribunal resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de 50 diputados respecto del Real Decreto Ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita. A juicio del Pleno, la exposición de motivos de la norma, así como el diario de sesiones del Congreso de los Diputados, que recoge las afirmaciones del ministro de Justicia durante el posterior debate de convalidación, da razonada respuesta a los criterios de urgencia y necesidad y de por qué se procedía a la elevación de los márgenes económicos para el otorgamiento de justicia jurídica gratuita, que era el tema sobre el que versaba la duda de constitucionalidad. Luego, la STC 98/2017, de 20 de julio, resuelve en el mismo sentido el recurso de inconstitucionalidad planteado por lo mismo por el Gobierno de Canarias. La tercera resolución, en fin (STC 73/2017), es la que declara la inconstitucionalidad de la conocida «amnistía fiscal». Por vía de la disposición adicional primera del Real Decreto Ley 12/2012, de 30 de marzo, se introducía una «declaración tributaria especial» por la que

[...] los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), del Impuesto sobre Sociedades (IS) o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (IRNR) que fueran titulares de bienes o derechos que no se correspondan con rentas declaradas, podrán regularizar su situación tributaria hasta el 30 de noviembre, siempre y cuando ingresaran la cuantía resultante de aplicar al valor de adquisición de los citados bienes o derechos un porcentaje del 10% (Escandón Rubio y Lita Ferriols, 2017).

El Tribunal Constitucional determina que con esta medida se afectaba en gran manera el principio de igualdad y generalidad impositiva y «el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que enuncia el artículo 31.1 CE, al haberse alterado el modo de reparto de la carga tributaria que debe levantar la generalidad de los contribuyentes, en unos términos que resultan prohibidos por el artículo 86.1 CE».

En materia de reserva de ley orgánica cabe citar, asimismo, algunos fallos, por ejemplo, las SSTC 44/2017, de 27 de abril, 45/2017, de 27 de abril, 54/2017, de 11 de mayo, 93/2017, de 6 de julio, y 101/2017, de 20 de julio, todas ellas del Pleno, y que resuelven recursos de inconstitucionalidad planteados respecto a artículos diversos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, interpuestos, sucesivamente, por distintos grupos parlamentarios del Congreso, el Parlamento de Andalucía, el Parlamento de Cataluña, el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña e, igualmente, por el Gobierno de Canarias. En términos generales, en lo que nos ocupa, los recurrentes fundamentaban la inconstitucionalidad por lesión del marco autonómico, extralimitación de las bases estatales (art. 149.1.18 CE), en particular, por lesión de reserva de ley orgánica en materia financiera. En cambio, el Tribunal Constitucional no ve afeción del principio de reserva de ley orgánica, bien por remisión a su anterior jurisprudencia (STC 41/2016, de 3 de marzo) (Oehling de los Reyes, 2017b), bien por entender que el art. 149.1.14 CE en este sentido también ofrece extensión a normativas sobre «la actividad financiera de las distintas haciendas que tiendan a asegurar los principios constitucionales y que, conforme a nuestra Constitución, han de regir el gasto público: legalidad (art. 133.4 CE); eficiencia y economía (art. 31.2 CE); asignación equitativa de los recursos públicos (art. 31.2 CE); subordinación de la riqueza nacional al interés general (art. 128.1 CE); estabilidad presupuestaria (art. 135 CE) y control (art. 136 CE)». En definitiva, a juicio del Tribunal, la «eficiencia en el uso de los recursos públicos es primariamente una exigencia constitucional que deben tener en cuenta las propias entidades locales en el ejercicio de su poder de auto organización (STC 214/1989, de 21 de diciembre), así como las Comunidades Autónomas y el Estado en el ejercicio de sus respectivas

competencias sobre organizaciones, procedimientos, empleados, bienes y haciendas públicos» (STC 41/2016).

La STC 13/2017 (Sala Segunda), de 30 de enero, determina la aplicabilidad de una norma de la UE (en el caso que nos ocupa en materia de derechos del detenido del art. 17 CE y 5 del CEDH) —el art. 7 de la Directiva 2012/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa a una mejora y perfilación del derecho a la información en los procesos penales— aun cuando esta no había sido traspuesta en plazo en el ordenamiento interno. El art. 11 de la Directiva 2012/13/UE había determinado como términos para la transposición de la misma para todos los Estados de la UE el 2 de junio de 2014, si bien esto no se iba a hacer en nuestro país hasta la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, que modificaba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así, el caso —que tenía como hecho desencadenante una detención que había tenido lugar en julio de 2014— se encontraba en un escenario especial, pues determinaba la validez de la normativa de la UE en orden al nuevo derecho de acceso a las diligencias de la defensa, pero en situación de *stand by*, sin transposición aún en el ordenamiento interno. El contexto del caso proyecta la disyuntiva de la aplicabilidad o no de la Directiva 2012/13/UE. El abogado del sujeto interpuso un *habeas corpus* por entender la vigencia de la nueva regulación de la UE en casos de detención. Cuando el caso llegó al Tribunal Constitucional, por amparo de la parte, en lo que se refiere a la vigencia de la Directiva 2012/13/UE, el Tribunal indica que, aunque suponía entrar a examinar un tema de legalidad ordinaria, esto se justificaba sobre la base de la afección clara de los derechos y libertades fundamentales. En concreto, teniendo también en cuenta la jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia de la UE, desde la STJUE, de 4 de diciembre de 1974, asunto *Van Duyn*, y también su propia doctrina (STC 145/2012, de 2 de julio), el Tribunal establece que

no cabe rechazar tampoco la posibilidad de que una directiva comunitaria que no haya sido traspuesta dentro de plazo por el legislador español, o que lo haya sido de manera insuficiente o defectuosa, pueda ser vinculante en cuanto contenga disposiciones incondicionales y suficientemente precisas en las que se prevean derechos para los ciudadanos, incluyendo aquellos de naturaleza procesal que permitan integrar por vía interpretativa el contenido esencial de los derechos fundamentales, al haberse incorporado por vía de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al acervo comunitario¹³.

¹³ Sobre ello, Oehling de los Reyes (2017c).

3. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO

La STC 9/2017 (Pleno), de 19 de enero, ha estimado parcialmente un conflicto positivo de competencia interpuesto por el Gobierno de Cataluña contra la resolución del 18 de mayo de 2016 de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad por la que se convocan subvenciones estatales destinadas a la realización de programas de interés general con cargo a la asignación tributaria del IRPF. El Tribunal entendió que en parte esta disposición lesionaba las competencias autonómicas al dar facultades a un órgano estatal cara a la formulación de propuesta de decisión de otorgamiento de subvenciones, como también por predeterminar en exceso los requisitos para su obtención y de la documentación e información a presentar para aspirar a las mismas. El Tribunal Constitucional advierte de la necesidad de que en orden a la armonía del reparto competencial se procure evitar invasiones competenciales, invitando asimismo al Estado a que aborde cuanto antes posible la modificación del régimen regulador de este tipo de subvenciones, a fin de incorporar también al mismo la reiterada doctrina constitucional en esta materia.

La STC 45/2017 (Pleno), de 27 de abril de 2017, del Pleno, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Andalucía respecto de diversos preceptos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. La principal disyuntiva se encontraba en la disposición adicional decimoquinta de la norma, que establecía lo siguiente:

Las normas reguladoras del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y de las haciendas locales fijarán los términos en los que las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad de las competencias que se prevén como propias del Municipio, aun cuando hayan sido ejercidas por éstas, por Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, o por cualquier otra Entidad Local, relativas a participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes, así como la conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial, para lo que se contemplará el correspondiente traspaso de medios económicos, materiales y personales.

El Tribunal Constitucional para la resolución del caso vuelve sobre su jurisprudencia sentada en la STC 41/2016, de 3 de marzo de 2016 (Oehling de los Reyes, 2017b), determinando ahora también su constitucionalidad, siempre y cuando se interprete de conformidad con lo que decía en el FJ. 13 de aquel fallo. En efecto, a su juicio, la norma no establece ningún plan ni hace

una regulación de cesión de servicios a través de patrones ni plazos, tampoco determina que llegados a una fecha concreta la comunidad autónoma tenga que asumir una titularidad, una obligación de gestión de servicio o implementar una prestación, como tampoco prohíbe que los municipios lleven a cabo un determinado servicio como facultad propia; al contrario, se limita solamente a indicar unas pautas dentro de las cuales las comunidades autónomas pueden asumir dichas funciones, por vía de una asunción legislativa eventual y futura, que es donde se ha de contemplar el correspondiente traspaso, en su caso, de medios económicos y materiales.

En este punto interesa la STC 51/2017 (Pleno), de 10 de mayo, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum. El Tribunal estima íntegramente el recurso, también porque el art. 122 del Estatuto de Autonomía de Cataluña no reconoce esa posibilidad cara a la comunidad autónoma. En efecto, dice el Tribunal Constitucional de forma lógica:

El artículo 122 EAC no permite a la Comunidad Autónoma, en definitiva, introducir en su ordenamiento nuevas modalidades de referéndum, y solo permitiría Ley del Parlamento de Cataluña 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum —salvada la competencia exclusiva del Estado para el establecimiento y regulación, en los términos definidos por nuestra jurisprudencia, de tal tipo de consulta popular— que la Comunidad Autónoma tuviera algún género de intervención en el complemento normativo, para aspectos accesorios, de los preceptos estatales que disciplinen unas u otras figuras de referéndum. Esto último fue, con carácter general, admitido en el fundamento jurídico recién citado de la STC 137/2015 y no hay razón jurídica para no tenerlo en cuenta respecto del artículo 122 EAC, pues el acotamiento de su alcance a las consultas no referendarias fue afirmado en la STC 31/2010 (y, en términos análogos, en las SSTC 31/2015, y 138/2015) por referencia a las competencias exclusivas que en él se atribuían, genéricamente, a la Comunidad Autónoma, esto es, para dejar sentado que la excepción final establecida en la norma estatutaria en orden a las competencias del Estado había de entenderse referida no ya solo a la autorización para la convocatoria de este tipo de consultas populares (art. 149.1.32 CE), sino, con amplitud muy superior, al establecimiento y regulación de las mismas¹⁴.

Es sabido que la descentralización sin límite ha llevado a una situación de diecisiete normativas autonómicas en materia de mercado en España. En efecto, cara a la apertura de un negocio todo son aquí enredos burocráticos

¹⁴ Sobre ello, por ejemplo, Fernández de Gatta Sánchez (2017).

con cada Administración autonómica, adaptaciones del producto a las distintas lenguas, tasas, etc. En este contexto, se aprobó la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, cara a paliar los efectos de este caos, pero que fue recurrida y ha sufrido un importante varapalo con la STC 79/2017 (Pleno), de 22 de junio. En efecto, en particular el recurso de inconstitucionalidad iba dirigido contra los arts. 19 y 20 de la Ley 20/2013 y su disposición adicional décima, que implantaba el «principio de eficacia en todo el territorio del Estado de los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades del lugar de origen». En opinión de los recurrentes este principio suponía vaciar y quitar las competencias autonómicas en materia de economía, así como sobrepasar el principio de territorialidad autonómica, también en el marco de la regulación económica presente en el estatuto de autonomía, en este caso, el Estatuto de Cataluña. El Tribunal a efectos de justificar esta dispersión vuelve sobre el concepto indefinido de «bloque de constitucionalidad» y a su jurisprudencia para ratificar la noción de territorialidad de las competencias. A su juicio, este principio es «algo implícito al propio sistema de autonomías territoriales» (SSTC 13/1988, de 4 de febrero, 48/1988, de 22 de marzo, 49/1988, de 22 de marzo, y 40/1998, de 19 de febrero),

de manera que —dice—, aunque no sea, en sí mismo, un título atributivo de competencias fuera de los casos expresamente previstos en el bloque de la constitucionalidad, se relaciona con él, puesto que significa que las competencias autonómicas deben tener por objeto fenómenos, situaciones o relaciones radicadas en el territorio de la propia Comunidad Autónoma, de modo que el ejercicio de las citadas competencias queda referido al ámbito territorial correspondiente.

Para el Tribunal,

excepcionar el principio de territorialidad otorgando eficacia extraterritorial a actos ejecutivos autonómicos que aplican un derecho propio que no es equivalente al derecho adoptado en el territorio en el que se debe reconocer tal eficacia [...] supone obligar a una Comunidad Autónoma a tener que aceptar dentro de su territorio una pluralidad de políticas ajenas. Aceptación que choca con la capacidad para elaborar sus propias políticas públicas en las materias de su competencia (STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 7, entre otras) y entraña la constricción de su autonomía al permitirse la aplicación en el territorio de la Comunidad Autónoma de disposiciones adoptadas por un órgano representativo en el que los ciudadanos de la Comunidad Autónoma en la que finalmente se aplica no se encuentran representados¹⁵.

¹⁵ Sobre ello, por ejemplo, Lozano Cutanda y Fernández Puyol (2017).

Cabe añadir aquí que la STC 89/2017 (Pleno), de 4 de julio, incide también en este tema, ratificando que el derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE) no es igual para cada ciudadano, obviando el art. 14 y el art. 31 CE, sino que puede depender su ejercicio dependiendo del punto en que se encuentre en el territorio nacional, según la normativa autonómica o local aplicable.

En efecto —dice el Tribunal también recordando su jurisprudencia (STC 37/1981, de 16 de noviembre)—, la potencial diversidad en las condiciones de ejercicio de la libertad de empresa en las diferentes partes del territorio nacional derivada del ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus propias competencias no constituye una vulneración del contenido esencial de la libertad de empresa, pues tal y como ha señalado la jurisprudencia «la potestad legislativa de que las Comunidades Autónomas gozan potencialmente da a nuestro ordenamiento una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional».

La STC 87/2017 (Pleno), de 4 de julio de 2017, resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Defensora del Pueblo en funciones respecto de distintos apartados del art. 9 de la Ley de Cataluña 10/2010, de 7 de mayo, de acogida de las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña. Desde luego sorprende el tenor de estos artículos, que venían a exigir aprender catalán, como requisito previo e inexcusable para luego poder aprender castellano. Fuera de las cuestiones competenciales, es obvio que esta capacidad de forzar a un individuo hasta este punto es lesiva del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de pensamiento, a la libertad de expresión y a la libertad educativa, entre otros (arts. 10.1, 17, 20 y 27 CE). El Tribunal Constitucional establece la nulidad de esta posibilidad, a su juicio, el Estado, de conformidad con el art. 149.1.2 CE, «tiene atribuida la competencia exclusiva que disciplina el régimen jurídico del extranjero en España», teniendo igualmente facultad para la instauración de medidas de integración social, por ejemplo, en materia de educación, como era el caso, sanidad, subvenciones y régimen de la seguridad social.

En un punto anterior hemos citado las SSTC 114/2017, de 17 de octubre, 120/2017, de 31 de octubre, y 124/2017, de 8 de noviembre, que, en términos generales vienen a determinar que una comunidad autónoma no tiene competencias para convocar y celebrar un referéndum, de acuerdo con los arts. 149.1.32, 23.1, 81.1 y 92 CE, y con la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, de regulación de las distintas modalidades de referéndum, como también porque esta facultad no queda reflejada en el marco del estatuto de autonomía. La STC 90/2017 (Pleno), de 5 de julio de 2017, gira también sobre esta cuestión, resolviendo un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por

el presidente del Gobierno en relación con la disposición adicional cuadragésima y diversas partidas presupuestarias de la Ley 4/2017, de 28 de marzo, de presupuestos de la Generalitat de Cataluña para 2017, que venía a determinar cuantías presupuestarias para hacer frente a los gastos derivados de la organización, gestión y convocatoria de un proceso referendario. El Tribunal Constitucional recuerda que la comunidad autónoma de Cataluña tiene, en efecto, competencia exclusiva en orden a la realización de consultas populares, pero dentro del marco del art. 149.1.32 CE, tal y como también establece el art. 122 EAC, que viene a determinar que estas deben ser consultas populares de tipo no referendario. En relación con referéndums propiamente dichos, sobre convocatorias en temas constitucionales y fundamentales, el Estado mantiene, de acuerdo con el art. 149.1.32 CE, «competencia exclusiva para la autorización de consultas populares por vía de referéndum y también, de conformidad con los arts. 81.1, en relación con el artículo 23.1, y 92.3 CE, para la regulación de la institución del referéndum cualquiera que sea la modalidad o ámbito territorial sobre el que se proyecte». En consecuencia, el Tribunal indica la inconstitucionalidad y nulidad de las disposiciones impugnadas.

Interesa citar, finalmente, las SSTC 134/2017, de 16 de noviembre, y 145/2017, de 14 de diciembre. Ya hemos citado anteriormente que el Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud, restringió el derecho de acceso a la sanidad de los inmigrantes en situación irregular, quedando asegurado en todo caso para los extranjeros cuando cumplieran los mínimos determinados en sus arts. 3, 3 bis y 3 ter, y como luego esta restricción fue ya validada por la STC 139/2016, de 21 de julio. Pues bien, distintas comunidades autónomas, por vía de su propia normativa, ampliaron el régimen de cobertura cubriendo situaciones que el sistema estatal no cubría (Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, Decreto Ley del Consejo de la Generalitat Valenciana 3/2015, de 24 de julio, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana). Es por ello que el Gobierno planteó contra las mismas un conflicto positivo de competencias y un recurso de inconstitucionalidad, respectivamente, que, a la postre, de uno u otro modo, han sido admitidos por el Tribunal Constitucional. Cara a la resolución de las disyuntivas, el Tribunal parte de la cuestión de qué es lo que se considera básico en esta materia. Según él, el art. 149.1.16 CE determina que es al Estado al que corresponde competencia exclusiva en materia de sanidad, también en lo que se refiere a las «bases y coordinación general de la sanidad» (SSTC 32/1983, de 28 de abril, y 98/2004, de 25 de mayo); luego, a la comunidad autónoma le correspondería «el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de

sanidad interior», pudiendo, por tanto, en desarrollo de tal facultad, «organizar y administrar dentro de su territorio, todos los servicios relacionados con dicha materia, ejerciendo la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones en materia de sanidad». Sobre la base de esta escala de diferenciación, el Tribunal deduce que las normativas autonómicas impugnadas se apartan de la normativa estatal, pues desarrollan y amplían «el ámbito subjetivo de cobertura», el cual no está contemplado en la normativa nacional, extendiéndolo «a diferentes colectivos de personas que, conforme al Sistema Nacional de Salud, quedarían fuera de su protección como asegurados o beneficiarios». En definitiva, el Tribunal Constitucional, no observa el ajuste a lo básico establecido por la norma estatal y, en consecuencia, procede a declarar la inconstitucionalidad y nulidad de dicha ampliación autonómica de asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos por vulneración del art. 149.1.16 CE¹⁶.

4. ORGANIZACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS

La STC 11/2017, de 30 de enero (Sala Segunda), versa sobre la capacidad de inadmisión a trámite de propuesta no de ley por la Mesa de la Asamblea Legislativa de una comunidad autónoma, en este caso, las Cortes Valencianas. La propuesta no de ley consistía en una petición de reprobación de las Cortes de Valencia al Gobierno de Omar al Bashir en Sudán por las violaciones de los derechos humanos. La Mesa inadmitió la proposición por cuanto la Junta de Síndics¹⁷, de conformidad con el art. 161.2 del Reglamento de la Cámara, había informado contrariamente a su admisión a trámite, por entender «que las Cortes no son el lugar adecuado para realizar este tipo de pronunciamientos». El Tribunal recuerda su jurisprudencia en este sentido:

En relación con el tipo de iniciativa parlamentaria que se inadmite en el caso que nos ocupa, es doctrina consolidada de este Tribunal que las proposiciones no de ley se configuran como un instrumento para poner en marcha la función de impulso

¹⁶ Sobre ello, Monereo Pérez y Ortega Lozano (2018).

¹⁷ Se trata de la Junta de Portavoces de las Cortes Valencianas. Este órgano de funcionamiento de las Cámaras se denomina Junta de Portavoces no solo en el Congreso y en el Senado, sino también en el resto de Parlamentos y Asambleas Legislativas de las comunidades autónomas, pudiendo ser a estos efectos las Cortes Valencianas la única excepción en términos denominativos. La Junta de Portavoces es así un órgano de funcionamiento de la Cámara de cierto arraigo en nuestra tradición parlamentaria, y ello al menos desde la Segunda República, pudiéndose identificar, como ha probado Oliver Araujo (2018), en el art. 12.2 del Reglamento del Congreso de 1934, «el primer paso hacia la institucionalización» de la figura.

político y control del Gobierno, pero, también, como una vía adecuada para forzar el debate político y obligar a que los distintos Grupos de la Cámara y esta misma tengan que tomar expresa posición sobre un asunto o tema determinado, por lo que, en razón de esta doble naturaleza, las Mesas de las Cámaras, en tanto que órganos de administración y gobierno interior, han de limitar sus facultades de calificación y admisión a trámite al exclusivo examen de los requisitos reglamentariamente establecidos. De lo contrario, no sólo estarían asumiendo bajo un pretendido juicio técnico una decisión política que sólo al Pleno o a las Comisiones de las Cámaras corresponde, sino, además, y desde la óptica de la representación democrática, estarían obstaculizando la posibilidad de que se celebre un debate público entre las distintas fuerzas políticas con representación parlamentaria, cuyos efectos representativos ante los electores se cumplen con su mera existencia, al margen, claro está, de que la iniciativa, en su caso, prospere (SSTC 40/2003, de 27 de febrero, 78/2006, de 13 de marzo, y 158/2014, de 6 de octubre).

A juicio del Tribunal, la Mesa no puede hacer dejación de funciones en favor de la Junta de Síndics, y ello porque, de ser así,

[...] la mayoría parlamentaria (representada en la Junta de Síndics), decidiría, *a limine* y por motivos de oportunidad política, la admisión a trámite de este tipo de iniciativas parlamentarias, con un claro límite para el ejercicio del derecho por parte de las minorías, que verían restringido su derecho a poner en marcha instrumentos para el impulso político y para forzar el debate que ha de producirse en los órganos deliberativos de la Cámara.

La STC 123/2017 (Pleno), de 2 de noviembre, resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de 50 senadores en relación con diversos preceptos de la Ley de las Cortes Valencianas 10/2016, de 28 de octubre, de modificación de la Ley 9/2010, de 7 de julio, de designación de senadores en representación de la Comunidad Valenciana. Esta normativa de reforma, *grosso modo*, establecía que la designación de senadores de las Cortes valencianas, de acuerdo con lo que instituía el propio Estatuto de Autonomía (art. 22 j), podía revocarse por las propias Cortes de Valencia cuando así lo propusiera la Asamblea Legislativa por «pérdida de confianza» y/o por el «incumplimiento de las obligaciones del senador o senadora establecidas en la actual ley así como actuaciones que comporten el desprestigio de las instituciones» (respectivamente, art. 14 bis de la norma recurrida); luego, aparte, venía a establecer como «de carácter obligatorio» las comparecencias de los senadores ante la Cámara, cuando fueran estas solicitadas por los parlamentarios y cuando tuvieran que informar «sobre temas relacionadas con la actividad parlamentaria». El Tribunal obviamente declara la inconstitucionalidad de esta reforma. El Tribunal Constitucional entiende que

[...] no está al alcance de norma autonómica alguna ni imponer, como en las disposiciones entonces enjuiciadas, cualesquiera deberes o controles sobre los miembros de órganos constitucionales del Estado ni apoderar, según en este artículo 14 bis se hace, para la libre disposición sobre la composición personal de tales órganos, intervención esta para la que tampoco cuenta con competencias, en modo alguno, la Comunidad Autónoma.

Y téngase en cuenta que esta reforma tampoco se hubiera podido hacer a nivel estatal. En efecto, añade luego el Tribunal:

Esto, desde luego, tampoco habría podido establecerse mediante normas estatales, al ser tales previsiones legales por completo incompatibles, en atención a cuanto queda fundamentado, con los artículos 67.2 y 66.1 CE. La interdicción de todo mandato imperativo sobre los miembros de las Cortes Generales que establece la primera de estas disposiciones constitucionales, en garantía de lo enunciado en la segunda, queda frontalmente contradicho por la pretendida vinculación del senador a la «confianza» de la Cámara que en su día lo designó y por la consecuente previsión, notoriamente inconstitucional, de que la asamblea pueda, al retirarle tal confianza, provocar su remoción del cargo representativo¹⁸.

5. DERECHOS FUNDAMENTALES

5.1. *Derecho/principio de igualdad*

La STC 2/2017 (Sala Segunda), de 16 de enero, versa sobre una situación de discriminación en el puesto de trabajo. La demandante de amparo gozaba de un contrato de trabajo indefinido con una empresa del sector de la limpieza, como limpiadora y con una jornada de 20 horas semanales y con desarrollo de su actividad laboral en el Centro de Salud Doctor Tolosa Latour de Chipiona (Cádiz), pero —como consecuencia de un embarazo de riesgo— causó baja laboral. Entretanto, la empresa contrató, con carácter indefinido, a otra limpiadora para hacer el mismo trabajo, pero con una jornada laboral de 30 horas, no de 20, y con destino en el nuevo Centro de Salud del Arroyo, sito en la misma localidad de Chipiona. Así las cosas, la recurrente de amparo, llegado el momento, solicitó la reincorporación, si bien —como tenía constancia de la contratación de la compañera— solicitó la contratación en las nuevas condiciones de la compañera (traslado al nuevo centro de trabajo y ampliación de su jornada semanal, de 20 a 30 horas), por entenderla más ventajosa y sobre la base de su antigüedad en la empresa. Ante el caso omiso de la

¹⁸ Sobre ello, en detalle, Navarro Marchante (2018).

empleadora, plantearía demanda declarativa de derecho y reclamación de cantidad por daños y perjuicios contra la empresa de limpieza, con resultado estimatorio por el órgano judicial por lesión del derecho fundamental de igualdad (art. 14 CE); asimismo, traía a colación el art. 23 del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la provincia de Cádiz, que reconoce a los trabajadores de las empresas del sector un derecho de preferencia en el puesto frente a terceros, «en aquellos casos en que la empresa tenga necesidad de realizar nuevas contrataciones, que incrementen el número de horas de prestación de servicios». Contra dicho fallo la empresa de limpieza interpuso recurso de suplicación, con fundamento en el único motivo de la incorrecta interpretación del art. 23 del Convenio Colectivo de Limpieza. La STSJ de Andalucía (Sala de lo Social), de 9 de marzo de 2015, estimaría, en cambio, el recurso interpuesto por la empresa, revocando el fallo en primera instancia, por cuanto —a su entender— el hecho de que la nueva trabajadora fuera contratada para un nuevo centro de salud, no el mismo en el que trabajaba la recurrente, tenía cabida dentro del art. 23 del Convenio y no presentaba problemas de licitud. En la resolución del Tribunal en amparo viene a reprender al TSJ de Andalucía la resolución de la causa desde el solo prisma del art. 23 del convenio colectivo aplicable, olvidando el art. 14 CE, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que transpuso a nuestro ordenamiento interno las Directivas en materia de igualdad de trato, 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y, más allá, toda la jurisprudencia del Tribunal en relación con el embarazo y su incidencia en las condiciones de trabajo de la mujer, (entre otras muchas, SSTC 175/2005, de 4 de julio, 214/2006, de 3 de julio, y 342/2006, de 11 de diciembre).

La STC 76/2017, de 19 de junio, resuelve un recurso de amparo del tipo del art. 42 LOTC promovido por senadores contra los acuerdos de la Mesa del Senado que denegaron su constitución en grupo parlamentario propio en el Senado. El interés del caso no radica en el sentido del fallo, favorable a los recurrentes, sino porque el Tribunal Constitucional habla aquí de la confusión, a veces habitual en este tipo de recursos, de fundamentar el recurso tanto en el art. 23.2 CE, que reconoce el derecho de los ciudadanos «a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes», como en el art. 14 CE, relativo al derecho de igualdad en sentido amplio. En efecto, dice el Tribunal Constitucional, cara a su diferenciación:

Con respecto a la denuncia de la vulneración del artículo 14 CE que alegan los demandantes, ha de recordarse que, en este tipo de recursos, la eventual lesión de la igualdad ha de examinarse en el contexto del artículo 23.2 CE y no del artículo 14:

«la invocación del derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación (art. 14 CE) debe entenderse subsumida en el derecho garantizado por el artículo 23.2 CE, pues es doctrina reiterada de este Tribunal que el artículo 23.2 CE especifica el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos, siendo éste, por tanto, el precepto que debe ser considerado de modo directo para apreciar si el acto, resolución o norma objeto del proceso constitucional ha quebrantado ese derecho, a no ser que el tratamiento diferenciado controvertido se deba a alguno de los criterios expresamente mencionados en el artículo 14 CE (por todas, SSTC 191/2007, de 10 de septiembre, 39/2008, de 10 de marzo, 44/2010, de 26 de julio)».

La STC 105/2017 (Sala Segunda), de 18 de septiembre, trata sobre la impugnación en amparo de la STS (Sala de lo Civil), de 29 de abril de 2015, que confirmaba las anteriores validando un reparto de herencia desfavorable a la parte por su consideración de «hija ilegítima». Hay que tener en cuenta que el inicio de la causa tenía origen en una sucesión hereditaria abierta con el fallecimiento del causante en 1978, habiendo dictado testamento en 1976 sin asignar herencia alguna a la demandante. A juicio de la recurrente de amparo, esta situación era lesiva de los arts. 9.3, 14 y 39.2 CE, correspondiéndole una consideración homónima a las del resto de hijos del causante e igualdad en el reparto de porciones de herencia. Consideraba igualmente que la consideración de «hija ilegítima» derivaba de norma preconstitucional. El Tribunal Supremo a este respecto había entendido que «la situación queda clara dado que la apertura de la sucesión se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución Española, siendo de aplicación las Disposiciones transitorias que al respecto establecía la Reforma de 1981 del Código Civil». El Tribunal Constitucional dicta sentencia avalando la decisión del Supremo. No aprecia discriminación por razón de nacimiento, por cuanto a la postre las sucesivas resoluciones recurridas se habían limitado a aplicar las pautas de sucesión legalmente prescritas por aquel entonces. Sobre la base del ATC 347/1988, de 16 de marzo —también derivado de un caso de sucesión hereditaria abierta con el fallecimiento del causante en 1972—, recuerda que se trata de situaciones y derechos de sucesión materializados conforme a la legislación entonces vigente (en fechas por tanto previas a la vigencia de la Constitución), y que hacer ahora abstracción de las mismas, sobre la base del derecho de igualdad en la filiación del art. 14 CE, supondría:

[...] dotar a la norma constitucional de una eficacia retroactiva en grado máximo que no puede ser acogida, conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, ya que afectaría, no sólo a relaciones jurídicas creadas al amparo de normas procedentes, sino a un fenómeno sucesorio que agotó totalmente sus efectos con anterioridad a la promulgación de la Constitución, y al que nada añade la acción hereditaria que se ejercita cuando ya ésta estaba vigente.

5.2. Derechos de libertad personal

La STC 13/2017 (Sala Segunda), de 30 de enero, ya referenciada anteriormente, puede volver a citarse aquí. Es sabido que el art. 17 CE y el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal determinan los límites de la detención preventiva; luego, la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus*, fija el procedimiento para la disposición judicial inmediata del detenido en casos de detención irregular. La Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al trámite del derecho a la información en los procesos penales —sobre la base de los arts. 47 y 48 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que reconocen el derecho a un juicio equitativo y el derecho a la defensa de los ciudadanos de la Unión— introducían un nuevo «derecho a la información» de los derechos del ciudadano en casos de detención y sujeción a un proceso, de modo que a partir de ahora los Estados debían velar por un mayor cumplimiento del trámite de información de los derechos del individuo durante el proceso y en caso de detención; además, determinaban, en concreto, un nuevo derecho de acceso a los materiales del expediente, también en sede policial durante la detención. No obstante, esta exigencia de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, no fue traspuesta hasta la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En ese *impasse* es cuando se produce la situación que se resuelve en la STC 13/2017. Concretamente, los hechos devienen de una detención realizada en 2014, en la que el letrado, tras la misma, sobre la base de la Directiva 2012/13/UE, solicitó el acceso a las diligencias y al expediente policial, si bien le fueron denegados con la excusa de que seguía todavía abierta la investigación. Es por ello que el letrado promovió la ilegalidad de la detención por lesión del art. 17 CE e interpuso recurso de *habeas corpus*, de conformidad con el art. 1.ª de la Ley Orgánica 6/1984, si bien este también fue inadmitido por el Juzgado, «declarando ser conforme a derecho la privación de libertad y las circunstancias en las que esta se está realizando». Es por ello que el abogado acudiría después al Tribunal Constitucional en amparo por lesión de los arts. 17.1, 17.3 y 17.4 y 24.2 CE. El Tribunal Constitucional otorga el amparo. Desde una interpretación *pro libertatis* determina la aplicabilidad de una norma de la UE en esta materia —el art. 7 de la Directiva 2012/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales— aun cuando esta no había sido traspuesta en plazo en el ordenamiento interno sobre la base de la importancia de los intereses en juego, en particular el derecho a la libertad personal del art. 17 CE (Oehling de los Reyes, 2017c).

5.3. Derecho a la intimidad

Interesa citar aquí el ATC (Pleno) 40/2017, de 28 de febrero, que tiene origen en una desestimación de solicitud de un preso interno en el centro penitenciario Madrid V (Soto del Real) para ser trasladado al centro penitenciario de Martutene (Guipúzcoa), por ser más cercano a su domicilio habitual. En la demanda de amparo se atribuye a la denegación la vulneración de su derecho fundamental a la intimidad personal y familiar amparado en el art. 18.1 CE en conexión con el derecho a la vida familiar reconocido en el art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Lo cierto es que este precepto reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar y, en efecto, se ha interpretado también por el TEDH como que bajo cobertura del art. 8 se comprende también el derecho a la relación entre un padre y su hijo o hija aun cuando estén separados entre sí (STEDH, *Saleck Bardi v. España*, de 24 de mayo de 2011), pero nada dice de si una persona privada de libertad tiene derecho a elegir el centro donde debe cumplir condena. Tampoco la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, ni el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, marcan ningún artículo que pueda dar lugar a pensar que hay una posibilidad de elección por parte del delincuente del centro de cumplimiento de condena. El propio TC ha dicho que esta interpretación del art. 8 del Convenio del TEDH es solamente dable cuando hay exceso de restricción por la lejanía y el sistema de transportes, como es el caso de Rusia, en una distancia del centro penitenciario a su domicilio en Moscú de 6320 kilómetros (STEDH, caso *Khodorkovskiy y Lebedev contra Rusia*, de 25 de julio de 2013), negando un pretendido derecho a que el privado de libertad tenga que estar en un centro próximo a la residencia habitual. A juicio del TC:

En este punto se ha de recordar que los constreñimientos personales que impone el ingreso y permanencia en un centro penitenciario, entre otros, el alejamiento de familiares, amigos y allegados, son consecuencia y no causa de la pena, por lo que no constituyen un acto autónomo de injerencia del poder público discernible del contenido de la relación de sujeción especial a la que se ve ordinariamente sujeto el ciudadano que ingresa en prisión. En este contexto las decisiones administrativas de asignación de centro penitenciario solo adquirirían relevancia constitucional y entrarían en la esfera competencial de los Jueces de vigilancia penitenciaria conforme al art. 76.2 g) de la Ley Orgánica general penitenciaria (LOGP) en supuestos verdaderamente excepcionales en los que fuera detectable un ejercicio desviado de las potestades administrativas indicativo de una arbitrariedad constitucionalmente prosrita (v. gr., el traslado de centro como sanción encubierta). Por lo demás, también desde la perspectiva extensa del derecho a mantener los lazos familiares el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha marcado límites precisos al establecer que el

art. 8.1 CEDH no reconoce el derecho del preso a elegir su lugar de detención, que la separación familiar es una consecuencia inevitable de su prisión (STEDH de 23 de octubre de 2014 (asunto Vintman c. Ucrania, §§ 77-78), y que las autoridades gubernativas tienen un amplio margen de discrecionalidad en la asignación de destino con arreglo a la legislación interna, constituyendo fines legítimos en una sociedad democrática para limitar los contactos familiares i) evitar la superpoblación de los centros, ii) mantener la disciplina en ellos o prevenir el crimen, iii) desarrollar un programa individualizado de rehabilitación o iv) proteger los derechos y libertades de terceros (SSTEDH de 23 de octubre de 2014 asunto Vintman c. Ucrania § 89, y de 14 de febrero de 2016 asunto Rodzevillo c. Ucrania § 84).

En definitiva, el Tribunal Constitucional no aprecia lesión del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE ni del art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁹.

5.4. *Tutela judicial efectiva*

En relación con el art. 24 CE interesa mencionar la STC 30/2017 (Sala Segunda), de 27 de febrero. Ese fallo deriva de una situación en la que un conductor de taxi fue sancionado con una multa de 2000 sobre la base del art. 16.2 b.7 de la Ley 20/1998, de 27 de noviembre, de ordenación y coordinación de los transportes urbanos de la Comunidad de Madrid, que prohíbe recoger viajeros en la T1, T2, T3 y T4 del Aeropuerto Adolfo Suárez de Madrid. Frente a la sanción el demandante de amparo interpuso recurso contencioso-administrativo que sería desestimado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo competente, razón por la cual el actor empezó a pagar de forma fraccionada la sanción. Estando así las cosas, aparece la STC 13/2013, de 28 de enero, que declaró —tras la interposición de una cuestión de inconstitucionalidad— inconstitucional y nulo el 16.2 b.7 de la Ley 20/1998, de 27 de noviembre, de ordenación y coordinación de los transportes urbanos de la Comunidad de Madrid, «porque los elementos esenciales de la conducta antijurídica no estaban identificados en la Ley y por ello su entera definición se encomendaba al poder reglamentario, en contra del art. 25.1 CE». Es por ello que el recurrente presentó escrito ante el mismo Juzgado de lo Contencioso-Administrativo solicitando la inejecución de la sentencia o, en su caso, incidente de nulidad de actuaciones de la misma, conforme a los arts. 53.2 CE y 241 de la LOPJ, en conexión con el art. 40.1 de la LOTC, que reconoce la posibilidad de revisión de procesos en vía contencioso-administrativa referidos a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad

¹⁹ Más sobre ello en Solar Calvo (2018).

de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad. Sorprendentemente, el Juzgado dictaría auto en el que decía no haber lugar a proceder a lo solicitado, por cuanto —según él—: «El artículo 238 de la LOPJ regula a [sic] nulidad de los actos procesales, tasando los motivos para ello, entre los que no encuentra cabida la solicitud objeto del presente procedimiento». El subsiguiente recurso de reposición también sería desestimado. Llegados a ese punto, el afectado interpone demanda de amparo por lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías (arts. 24.1 y 2 CE). El Tribunal le da la razón. A juicio del Tribunal Constitucional, es verdad que el art. 40 LOTC establece

[...] que la revisabilidad de los actos administrativos nulos con ocasión de una declaración de inconstitucionalidad debe ser modulada por las exigencias del principio de seguridad jurídica, siendo pertinente, por tanto, excluir de esa posibilidad las situaciones consolidadas, tanto aquellas decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 LOTC) como, en su caso, las establecidas mediante las actuaciones administrativas firmes;

pero el Tribunal encuentra una excepción en aquellas situaciones, como era el caso, que permiten una «posible revisión *in bonum* [...] en los que está en juego la exclusión de una pena o de una sanción administrativa».

También cabe referenciar aquí de nuevo la STC 70/2017 (Sala Primera) de 5 de junio. Ya hemos comentado que trataba de un recurso de amparo referido a un escrito del juzgado, pero dictado por el secretario judicial —lo que sería hoy un letrado de la Administración de Justicia—, en el que constaba erróneamente que «contra esta resolución no cabe recurso alguno», si bien lo cierto era que sí cabía recurso de revisión de acuerdo con el art. 454 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En este caso también se daba la circunstancia de que la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia, establecía para el recurrente la necesidad de pago de una tasa de 3393,88 € de conformidad con el art. 7 de dicho texto, como condición para interponer un recurso de apelación en el orden jurisdiccional civil. Aparte hay que tener en cuenta que la STC 140/2016, de 21 de julio, declaró la inconstitucionalidad de dicho art. 7 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre. En su demanda de amparo, la parte interesada la declaración de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho de acceso al recurso, asimismo entendía que la denegación de acceso al recurso de apelación por falta de pago de la tasa carecía de fundamento, era desproporcionada y era contraria al contenido esencial del derecho a la tutela

judicial efectiva (art. 24 CE) y a la igualdad de partes (art. 14 CE). El Tribunal Constitucional también aquí resuelve el fallo en favor al recurrente desde el art. 40 LOTC, anteriormente visto, sobre la base del carácter ejecutivo de la STC 140/2016. En efecto, dice el Tribunal con meridiana claridad:

Habiendo declarado este Tribunal en las citadas SSTC 140/2016 y 55/2017 la inconstitucionalidad y nulidad, por infracción del derecho fundamental de acceso a la jurisdicción y al recurso (art. 24.1 CE), de la normativa reguladora de los dos componentes de la tasa judicial aplicada a la entidad demandante (art. 7.1 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por lo que respecta a la cuota fija; y artículo 7.2 de la misma Ley, en la redacción dada al mismo por el artículo 1.7 del Real Decreto Ley 3/2013, de 22 de febrero, en lo que se refiere a la cuota variable), forzosamente debemos concluir que el acto de aplicación a la mercantil recurrente de ese mismo precepto, en relación con la interposición de un recurso de apelación, viene a actualizar la misma vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, que apreciamos en la norma declarada inconstitucional.

La STC 138/2017 (Sala Primera), de 27 de noviembre, trata de un caso en el que se concedió un préstamo hipotecario, tras una situación de impago, la entidad bancaria (Caixabank) presentó demanda de ejecución hipotecaria contra la solicitante de la hipoteca y otra entidad prestataria. El juzgado ordenó comunicar la ejecución y requerimiento de pago pero en la dirección de la finca objeto de préstamo y no en los respectivos domicilios; luego, se pasó a la comunicación por edictos. Realizada la subasta se adjudicó el bien a una filial de Caixabank. Los afectados, toda vez que se enteran de la adjudicación de la finca, iniciaron procedimiento de personación en los autos de ejecución, promoviendo incidente de nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ), denunciando la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por cuanto la ejecución se había realizado *inaudita parte*, con indefensión para la parte, en tanto el órgano judicial no había hecho el emplazamiento en los domicilios respectivos, que además constaban en la escritura pública del préstamo hipotecario. A tales efectos, invocaban la STC 122/2013, de 20 de mayo, que requiere al órgano judicial agotar las posibilidades de averiguación del domicilio real de los afectados en ejecución antes de acudir a la comunicación edictal. Cuando el caso llega al Tribunal Constitucional, otorga el amparo.

En efecto —dice expresivamente el Tribunal de Scarlatti—, una vez que resultó infructuoso el único intento de notificación personal de la hipotecante no deudora en el domicilio de la prestataria ejecutada, el Juzgado de Primera Instancia ordenó, sin más trámites, que la sociedad recurrente en amparo fuera notificada de la demanda y requerida de pago por edictos. Pese a que en la escritura de constitución de la hipoteca

aportada a las actuaciones constaba el domicilio real de la recurrente, en su condición de hipotecante no deudora, el Juzgado no intentó efectuar ningún acto de comunicación en ese domicilio. Tampoco intentó averiguar, a través del Registro Mercantil, el domicilio social de la recurrente. En suma, el órgano judicial acudió a la comunicación edictal sin haber agotado previamente las posibilidades razonables de averiguación del domicilio real de la recurrente, para proceder a la notificación personal.

Las SSTC 5/2017 y 6/2017, de 16 de enero, y 106/2017, de 18 de septiembre, todas de la Sala Segunda, también versan sobre una lesión del derecho a la tutela judicial por emplazamiento mediante edictos de la demandada sin intentar averiguar su domicilio, con resultado estimatorio.

La STC 50/2017 (Sala Primera) versa sobre lo mismo pero con relación a un emplazamiento edictal a llevar a cabo haciendo uso de los sistemas de cooperación judicial en el seno de la Unión Europea. En este caso tampoco se agotaron los medios necesarios para averiguar cuál era el domicilio de la parte o el lugar donde se le podía localizar, de conformidad con los arts. 155, 156 y 158 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Igual que el caso antes expuesto, el proceso se desarrolló *inaudita parte* lesionando así su derecho del art. 24 CE. Según decía el interesado, el Juzgado sabía que su vivienda en Ibiza era solamente su vivienda vacacional y que su domicilio estaba en Francia, y así constaba en autos; es más, ni siquiera se emprendió ninguna diligencia para averiguar su paradero, persona además conocida y solvente, pues se trataba del presidente de un equipo de fútbol francés, el Olympique, sitio en el que hasta se podía haber intentado la notificación. En su defensa añadía que España dispone, además, de los medios de cooperación judicial internacional (Reglamento CE 1393/2007, Reglamento CE 743/2002, Ley 16/2006, de 26 de mayo, por la que se regula el Estatuto del Miembro Nacional de Eurojust y las relaciones de este órgano con la Unión Europea, arts. 74 a 85 del Reglamento del Consejo General del Poder Judicial 1/2005, de 15 de septiembre, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, art. 277 LOPJ y Disposición Final 20 LEC) para poder notificar una demanda judicial a un ciudadano comunitario. El Tribunal también entiende aquí que ha habido falta de diligencia del órgano judicial en la notificación, por lo que no tuvo conocimiento del procedimiento, por lo que se resuelve declarando la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión (art. 24 CE).

IV. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

La labor de protección de la Constitución y de los derechos fundamentales del Tribunal Constitucional se ha hecho notar también este año por un

crecimiento cualitativo de su doctrina. En efecto, la estructura lógica en materia de principios básicos del Estado de derecho y garantía de los derechos fundamentales ha adquirido nuevamente un alto nivel de coherencia y convicción; se ha verificado, asimismo, cierta continuidad respecto a su jurisprudencia anterior, y como consecuencia de ello, en la gran mayoría de los casos se puede apreciar una conexión directa entre fallos anteriores y las sentencias de 2017. En este sentido, la doctrina actual del Tribunal Constitucional es más positiva, más empírica y es muy previsible si se conoce su anterior línea jurisprudencial en una materia. No obstante, a pesar de haberse llegado muy lejos, muy en particular en materia de teoría general de la Constitución, hay algún punto en materia de protección de derechos fundamentales que todavía se resiste, en gran manera por la sacralización del principio dispositivo y de los derechos de las CC. AA que aún limitan su actividad en orden a una mayor implementación y efectividad del derecho a la igualdad del art. 14 CE (por ejemplo, véanse así las SSTC 79/2017, de 22 de junio, y 89/2017, de 4 de julio).

Bibliografía

- Almonacid Lamelas, V. (2017), Análisis del impacto de la STC de 16 de febrero de 2017 en el Impuesto de Plusvalía: se exige el «plus de valía». *LegalToday*, edición online. Trabajo disponible en: <https://bit.ly/2RGqEgN>.
- Duque Villanueva, J. C., Ortega Carballo, C., Losada González, H. y De la Quadra Salcedo Janini, T. (2017a). Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2017. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, 210-250. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.110.08>.
- (2017b). Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 2017. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 111. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.111.09>.
- (2018). Doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2017. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 112. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.112.08>.
- Elvira Perales, A. y Espinosa Díaz, A. (coords.). (2017a). Actividad del Tribunal Constitucional: relación de sentencias dictadas durante el primer cuatrimestre de 2017. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, 187-208. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.110.07>.
- (coords.). (2017b). Actividad del Tribunal Constitucional: relación de sentencias dictadas durante el segundo cuatrimestre de 2017. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 111. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.111.08>.
- (coords.). (2018). Actividad del Tribunal Constitucional: relación de sentencias dictadas durante el tercer cuatrimestre de 2016. *Revista Española de De-*

- recho Constitucional*, 112. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.112.07>.
- Escandón Rubio, I. y Lita Ferriols, E. (2017). Cuestiones controvertidas al respecto de la declaración tributaria especial y de la obligación de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero. *Actualidad jurídica Uri Menéndez*, n.º extra 1, 121-136.
- Fernández de Gatta Sánchez, D. (2017). Sentencia del Tribunal Constitucional 51/2017, de 10 de mayo. *Ars Iuris Salmanticensis*, 5, 259-263. Disponible en: <https://bit.ly/2JKw732>.
- Górriz Gómez, B. (2017). Revisión de sanciones administrativas firmes ya ejecutadas (a propósito de la STC 30/2017, de 27 de febrero). *Revista Aranzadi Doctrinal*, 11, 13-26.
- Lozano Cutanda, B. y Fernández Puyol, I. (2017). Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2017 sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado: la anulación de la «licencia única». *Diario La Ley*, 9058.
- Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G. (2018). El retroceso social en materia sanitaria la regresión del derecho a la salud avalada por el Tribunal Constitucional (Estudio de las SSTC 134/2017, de 16 de noviembre, 140/2017, de 30 de noviembre y 145/2017, de 14 de diciembre). *Derecho de las Relaciones Laborales*, 6, 590-616.
- Navarro Marchante, V. (2018). La revocación de senadores de designación autonómica (la Ley valenciana 10/2016 y la STC 123/2017). *Revista de Derecho Político*, 101, 123-157. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.101.2018.21953>.
- Oehling de los Reyes, A. (2011). Crónica de la jurisprudencia constitucional española en el año 2010. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 15, 618-619. Disponible en: <https://bit.ly/2F5unmv>.
- (2014). Crónica de la jurisprudencia constitucional española en el año 2013. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 18, 543-545. Disponible en: <https://bit.ly/2PPDEU5>.
- (2015). Crónica de la jurisprudencia constitucional española en el año 2014. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 19, 531. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.19.18>.
- (2016). Crónica de la jurisprudencia constitucional española en el año 2015. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 20, 250-274. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.20.18>.
- (2017a). El artículo 53 de la Constitución española de 1978: esquema de la evolución y del estado de situación de sus instrumentos de reconocimiento y garantía de las libertades y derechos fundamentales (1978-2017). *Revista de Derecho Político*, 100, 1099-1136.
- (2017b). Crónica de la jurisprudencia constitucional española en el año 2016. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 20, 255-258. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.21.10>.

- (2017c). Sentencia del Tribunal Constitucional 13/2017, de 30 de enero de 2017. *Ars Iuris Salmanticensis*, 5, 250-254. Disponible en: <https://bit.ly/2Pcnp3V>.
- Oliver Araujo, J. (2018). Las Cortes en la Segunda República española: luces y sombras 85 años después. *Revista de Derecho Político*, 102, 15-46. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.102.2018.22387>.
- Ortega Carballo, C. y Souto Galván, M. (2017). Crónica de la jurisprudencia constitucional sobre derechos fundamentales. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 28, 1-34.
- Schlaich, K. y Koriath, S. (2015). *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*. München: C. H. Beck.
- Solar Calvo, M. (2018). ¿Tienen los internos demasiados derechos? Valoración normativa a raíz del ATC 40/2017 de 28 de febrero, y su voto particular asociado. *Revista General de Derecho Penal*, 29, 12.
- Tribunal Constitucional (2018). *Tribunal Constitucional. Memoria 2017*. Madrid: *Boletín Oficial del Estado*. Disponible en: <https://bit.ly/2qxEfeO>.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MÉXICO EN 2016

Constitutional Case-Law of the Mexican Supreme Court of Justice in 2016

ALFONSO HERRERA GARCÍA¹
Universidad Panamericana
jalfonso.herrera@gmail.com

Cómo citar/Citation

Herrera García, A. (2018).
Jurisprudencia constitucional de la Suprema
Corte de Justicia de México en 2016.
Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 22, 315-335.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.22.11>

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO: 1. Obligaciones de los tribunales de amparo en materia de derechos humanos. 2. Reparaciones por violación de los derechos humanos en vía de juicio de amparo. III. DERECHOS FUNDAMENTALES: 1. Regulación de los derechos y del control de constitucionalidad y convencionalidad en las entidades federativas. 2. Derecho a la igualdad y a la no discriminación: 2.1. *Derecho al matrimonio y al concubinato igualitarios*. 2.2. *Derecho de las parejas del mismo sexo a la seguridad social*. 2.3. *Igualdad de género en relación con el derecho al nombre de los hijos*. 3. Derechos de las personas con discapacidad. 4. Derecho al libre desarrollo de la personalidad. 5. Derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. 6. Derecho de acceso a la información pública. 7. Libertad de manifestación y circulación. 8. Derecho a la educación pública superior gratuita. IV. RÉGIMEN DE LOS PODERES PÚBLICOS: 1. Esquema federal en el orden legislativo. 2. Autonomía municipal. VI. APUNTE CONCLUSIVO. *BIBLIOGRAFÍA*.

¹ Profesor de posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana (campus Ciudad de México).

I. INTRODUCCIÓN

La finalidad de este texto es ofrecer un recuento jurisprudencial de los principales criterios que en materia constitucional ha emitido la Suprema Corte de Justicia de México durante 2016. Esta tarea persigue dar continuidad a los reportes que tradicionalmente se han publicado, año a año, en este *Anuario*.

Como en anteriores ocasiones, la narrativa de los criterios que aquí se presenta prescinde deliberadamente de posicionamientos críticos, por más que algunos de ellos —como es ordinario en el derecho constitucional— no se compartan. En algunos casos, sin mayor ánimo que el de apuntar mayores referencias para la deliberación, se hacen remisiones a otras fuentes de análisis.

Esta crónica se desdobra básicamente en tres grandes subapartados: el proceso constitucional de amparo, los derechos fundamentales y el régimen de los poderes públicos. Cabe hacer notar que, derivado de un cierto grado de maduración en la litigiosidad que se desenvuelve en los tribunales de la Federación, y en las dinámicas interpretativa de los mismos, fundamentalmente a partir de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, los derechos fundamentales han sido, por otro año consecutivo, la materia más pujante en la jurisprudencia constitucional mexicana durante 2016.

II. PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO

1. OBLIGACIONES DE LOS TRIBUNALES DE AMPARO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

El juicio de amparo es el proceso que la Constitución destina para la tutela jurisdiccional de los *derechos humanos* (así denominados desde la reforma constitucional del 10 de junio de 2011)². En la contradicción de tesis 58/2015, se formulaba la pregunta acerca de cuál debía ser el papel de los tribunales de amparo de cara a las obligaciones previstas en el párrafo tercero del art. 1.º constitucional. Esta disposición establece: «Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos».

² Desde luego, el paso de la denominación «garantías individuales» a «derechos humanos» dista mucho de reducirse a una modificación meramente nominal; al respecto, véanse Carpizo (2011) y Medellín y Fierro (2015).

La Corte consideró que los tribunales de amparo carecen de atribuciones para pronunciarse respecto a violaciones que no formen parte de los actos reclamados o de autoridades distintas a las señaladas como responsables. Hacerlo de otra manera, se dijo, desnaturalizaría el «fin último del juicio» y se afectarían los derechos a la congruencia, el debido proceso y legalidad de quienes resultaren afectados por el pronunciamiento.

Por tanto, frente a la advertencia de una violación de derechos humanos ajena a la litis del juicio, el tribunal de amparo debe denunciar, dar vista o poner en conocimiento de la autoridad que resulte competente para investigar los hechos correspondientes. En esa actuación, no debe tomar como existente la violación detectada, sino solo como «probable», a efecto de que la autoridad competente la valore en su propia dimensión (P./J. 5/2016)³.

2. REPARACIONES POR VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN VÍA DE JUICIO DE AMPARO

En el amparo en revisión 706/2015, la Primera Sala elaboró un conjunto de criterios relativos a la posibilidad de construir un régimen de reparación por violaciones de derechos humanos, en el contexto de un juicio constitucional de amparo.

El primero de ellos fue que la restitución del derecho vulnerado que se ordene en este juicio constituye la medida de reparación principal, y que conlleva una serie de obligaciones negativas y positivas a cargo de las autoridades señaladas como responsables. Estas obligaciones consisten en la anulación del acto de autoridad y en que esta realice la conducta ordenada por la norma que recoge el derecho en cuestión. Los jueces de amparo cuentan con amplios poderes para dictar las medidas necesarias para lograr la restitución del derecho (1a. LI/2017)⁴.

En segundo lugar, se analizó hasta dónde llega la posibilidad de establecer medidas de satisfacción en el marco de la Ley de Amparo. La Sala consideró que algunas de ellas pueden reinterpretarse, a efecto de dar cabida a medidas «no pecuniarias» de reparación. Las sentencias estimatorias de amparo constituyen, en sí mismas, una medida de satisfacción, al significar una declaratoria oficial de la existencia de una violación de derechos humanos.

³ Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Guillermo López Andrade. Mayoría de siete votos.

⁴ Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y Arturo Guerrero Zazueta. Cinco votos (los ministros Cossío Díaz y Gutiérrez Ortiz Mena emitieron voto concurrente respecto del criterio de esta tesis).

Por otro lado, los jueces de amparo pueden dar vista o poner en conocimiento de las autoridades competentes en caso de que esas violaciones pudieran constituir algún delito, a efecto de que se investiguen los hechos y se sancione a los responsables. Finalmente, un incidente de cumplimiento sustituto y un convenio entre las partes, en el que se pacten reparaciones que no sean compensaciones económicas, constituyen igualmente medidas de satisfacción, que pueden igualmente autorizar los propios jueces de amparo. Estas actuaciones también se podrían asumir como medidas de satisfacción (1a. LIV/2017)⁵.

En tercer lugar, la Sala reinterpreto en esta materia las instituciones de la Ley de Amparo en el sentido internacionalista de «garantías de no repetición». La Sala primero aclara que la Ley de Amparo no autoriza a establecer medidas de reparación similares a las que dicta la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, sí establece un régimen de responsabilidades administrativas y penales en casos de incumplimiento de sentencias⁶; y también en el supuesto de repetición del acto reclamado⁷; que incluso pueden traer como consecuencia la destitución de un funcionario y la imposición de la pena de prisión.

Estas medidas se asemejan a las conocidas como de «no repetición» porque la eventual imposición de esas sanciones genera un incentivo de cierta intensidad para que las autoridades no transgredan nuevamente los derechos de una persona a quien se concedió el amparo.

Por otro lado, cuando se trata de un amparo contra una ley en el que se decreta la inconstitucionalidad de esta, el remedio consiste en la inaplicación de la norma al caso concreto. Este supuesto también actualiza una garantía de no repetición, pues la inaplicación alcanza el objetivo de que el acto legislativo irregular no vuelva a aplicarse en el futuro a quien obtuvo el amparo. Algo similar ocurre cuando se analiza una resolución judicial que inaplica la ley al caso, pues se genera con ella un precedente que cumple la función de «garantía de no repetición», incluso con un sentido objetivo (no solo subjetivo), al ser aplicable a otras personas que se ubican en una análoga situación jurídica (1a. LV/2017)⁸.

⁵ Ídem.

⁶ Véanse los artículos 192 a 198 de la Ley de Amparo.

⁷ Véanse los artículos 199 a 200 de la misma ley.

⁸ Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y Arturo Guerrero Zazueta. Cinco votos (los ministros Cossío Díaz y Gutiérrez Ortiz Mena emitieron voto concurrente respecto del criterio de esta tesis).

En cuarto lugar, la Primera Sala determinó que, más allá del orden de consideraciones anteriores, por regla general, en una sentencia de amparo no es posible decretar medidas no pecuniarias de satisfacción o garantías de no repetición en ese sentido (a diferencia de las que impone la Corte Interamericana).

La Sala señaló dos argumentos para negar esa posibilidad: el tipo de violaciones de los derechos humanos a partir de las cuales la Corte Interamericana ha decretado dichas medidas (generalmente, graves, sistemáticas, y —añado—, con frecuencia, de carácter estructural), a diferencia de los juicios de amparo constitucional; además de que tampoco existe fundamento legal para decretarlas. El art. 77 de la Ley de Amparo dispone que la sentencia de amparo tiene por finalidad restituir al quejoso en el pleno goce del derecho violado, con la posibilidad de emitir alguna medida compensatoria llegado el caso de admitir un incidente de «cumplimiento sustituto», en términos de la propia ley (1a. LIII/2017)⁹.

En quinto y último lugar, la Sala también determinó que los jueces de amparo no pueden ordenar compensaciones económicas como medida de reparación por violaciones de los derechos humanos, salvo que se abra la hipótesis del cumplimiento sustituto. Este tipo de determinaciones deben resolverse en procesos ordinarios que tengan esa finalidad: las vías de responsabilidad civil, administrativa de la autoridad, o patrimonial del Estado, lo cual no está previsto en la Ley de Amparo ni puede considerarse como un propósito de este juicio constitucional (1a. LII/2017)¹⁰.

III. DERECHOS FUNDAMENTALES

1. REGULACIÓN DE LOS DERECHOS Y DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

En la acción de inconstitucionalidad 75/2015, se planteaba la cuestión relativa a si las entidades federativas pueden regular la forma de ejercer el control de la constitucionalidad y convencionalidad en materia de derechos humanos. Para la Corte, no corresponde a legislaturas de los Estados normar ese control o matizarlo, porque carecen de competencia para ello.

Se consideró que, de permitirse regulaciones estatales de ese control, podría generarse un esquema diferenciado y múltiple, que lo alejaría de criterios

⁹ Ídem.

¹⁰ Ídem.

uniformes y homogéneos en materia de protección de derechos humanos en el Estado mexicano, en detrimento de estos. Además, se dispuso que el desarrollo legislativo estadual del control redundaría en incertidumbre jurídica respecto a los requisitos y alcances a los que se sujeta, los cuales están definidos por la propia Constitución Federal¹¹.

En similar línea de consideraciones, la Corte resolvió inmediatamente después la acción de inconstitucionalidad 87/2015. En este caso, el interrogante era si las entidades federativas podían establecer una definición de derechos humanos o de las libertades de las personas. En primer término, se reconoció la posibilidad de que el legislador estatal pueda desarrollar o ampliar el contenido de algún derecho humano previsto en la Constitución Federal y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Sin embargo, para la Corte esa facultad no implica que las legislaturas estatales puedan introducir en sus respectivas leyes definiciones específicas de un derecho humano de fuente constitucional, pues su contenido y alcance no les resultan disponibles, ya que se encuentran tutelados y delimitados por la propia Constitución federal, incluso también los casos y condiciones en que pueden restringirse, de acuerdo con ella misma (art. 1.º, primer párr.). Por tanto, los Congresos estatales carecen de competencia para establecer definiciones de derechos humanos que son reconocidos por el ordenamiento constitucional federal¹².

2. DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN

2.1. *Derecho al matrimonio y al concubinato igualitarios*

Como se hizo notar en la crónica anterior, la Primera Sala de la Corte ha afianzado en su jurisprudencia un genuino derecho al matrimonio igualitario¹³. Durante 2016, fue el turno del Tribunal Pleno de pronunciarse en ese

¹¹ Mayoría de ocho votos (cinco concurrentes). Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Georgina Laso de la Vega. Sentencia publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de septiembre de 2016. Las ediciones del Diario Oficial pueden consultarse en: <http://dof.gob.mx>.

¹² Ponente: Fernando Franco González Salas. Secretarios: Laura García Velasco y Jonathan Bass Herrera. Sentencia publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de octubre de 2016. Unanimidad de once votos (siete concurrentes).

¹³ Sobre la consolidación del criterio de la Primera Sala en torno al matrimonio igualitario, véase Herrera García (2016). Para análisis más amplios sobre este tema, véase Alterio y Niembro (2017).

contundente sentido, fortaleciéndose de esa manera el grado de vinculatoriedad de este importante criterio en el orden jurídico mexicano.

En la acción de inconstitucionalidad 28/2015, la Corte declaró, por unanimidad, la inconstitucionalidad del art. 260 del Código Civil del Estado de Jalisco por excluir implícitamente el matrimonio entre personas del mismo sexo, bajo consideraciones similares a las que previamente había construido la jurisprudencia de la Primera Sala.

El referido precepto circunscribía el matrimonio a «el hombre y la mujer». Esta porción normativa se consideró contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la autodeterminación personal y al principio de igualdad, al constituir un trato diferenciado a las parejas homoparentales respecto de las parejas heterosexuales, excluyéndolas injustificadamente de la posibilidad de contraer matrimonio¹⁴.

En semejante línea de consideraciones, en el ya reseñado amparo en revisión 706/2015, la Primera Sala reiteró tal criterio de inconstitucionalidad, tanto de la previsión del matrimonio exclusivamente como la unión entre un hombre y una mujer, como de la disposición que le atribuye como fin imperioso la procreación o la «perpetuación de la especie», en esta ocasión respecto de los arts. 134 y 135 del Código Civil para el Estado de Chihuahua. Además, como se refirió, determinó la imposibilidad de otorgar a las demandantes en este asunto la indemnización económica que solicitaban con motivo de la violación a su derecho a la igualdad en este caso concreto¹⁵.

En los amparos en revisión 1127 y 1266 de 2015, y 207 y 582 de 2016, la propia Sala continuó su camino jurisprudencial sobre el derecho a la igualdad y no discriminación en relación con el matrimonio y, ahora, también, con el concubinato entre parejas del mismo sexo, al analizar los códigos civiles de los Estados de Nuevo León, Chiapas e Hidalgo¹⁶.

La Sala estimó que, en lo relativo a su criterio sobre el matrimonio igualitario, se actualizaban las mismas razones para decidir para el concubinato igualitario. La definición legal de concubinato condiciona su existencia a la unión de un hombre y una mujer, sustentándose dicha institución en la preferencia sexual de las personas, atentándose, de la misma manera que en el

¹⁴ Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Laura Rojas Zamudio y Raúl Mejía Garza. Sentencia publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de abril de 2016. Unanimidad de once votos (ocho concurrentes).

¹⁵ Véase *supra*, apdo. II.2.

¹⁶ Sesión de la Primera Sala del 17 de febrero de 2016. Las actas de las sesiones públicas pueden consultarse en el siguiente enlace: <http://bit.ly/2FfZxHW>.

matrimonio, el derecho de la pareja al libre desarrollo de su personalidad, tratándoseles de modo diferenciado sin justificación racional para ello.

Además, como se argumentó en el amparo en revisión 1127/2015, existió para la Sala una doble discriminación: el impedimento a la pareja homosexual a acceder a la institución de concubinato, y la privación de los beneficios materiales asociados a la misma (1a. CCXXIII/2016 y 1a. CCXXIV/2016)¹⁷.

Cabe destacar —por lo infrecuente del supuesto— que, al resolver la inconstitucionalidad del art. 147 del Código Civil de Nuevo León, la Sala ordenó iniciar el procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad, introducida para el juicio de amparo en la reforma constitucional del 6 de junio de 2011, y en la nueva Ley de Amparo de 2 de abril de 2013 (art. 231)¹⁸.

2.2. *Derecho de las parejas del mismo sexo a la seguridad social*

En el amparo en revisión 710/2016, la Segunda Sala declaró la inconstitucionalidad de varios preceptos de la Ley del ISSSTE (Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado), de conformidad con los cuales dicho Instituto negó a una mujer derechohabiente la posibilidad de inscribir a su cónyuge, también mujer, como beneficiaria, por ser del mismo género.

La Sala estimó que el derecho de las personas a establecer un vínculo matrimonial con otra (del mismo sexo o diferente) no solo implica el derecho de acceso a los beneficios asociados al matrimonio civil, sino también el derecho a los beneficios materiales provenientes de todos los órdenes jurídicos, como son los fiscales, de solidaridad, por causa de muerte, de propiedad, de toma subrogada de decisiones médicas, en temas migratorios, así como de seguridad social.

Se consideró que impedir a las parejas del mismo sexo que puedan afiliarse como beneficiarios en dicho Instituto, al referirse a un modelo determinado de familia (jurídica o de hecho), en razón del género o preferencias sexuales de sus integrantes, vulnera el derecho a la igualdad y a la no discriminación, a la familia y a la seguridad social. Además, estableció que todas las autoridades del Estado mexicano, tanto federales como locales, están obligadas a reconocer los actos vinculados con el estado civil de las personas, incluso si sus

¹⁷ Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Miguez. Unanimidad de cuatro votos (uno concurrente).

¹⁸ Para una descripción, así como algunas consideraciones críticas sobre esta institución, véase Coello y Herrera (2017).

propias legislaciones no los reconocen expresamente, con el fin de respetar los derechos derivados de dichos actos (2a. IX/2017)¹⁹.

En el mismo ámbito de la seguridad social, la Segunda Sala, al resolver el amparo en revisión 59/2016, también declaró la inconstitucionalidad de la Ley del Seguro Social (arts. 201 y 205) y del Reglamento para la Prestación de los Servicios de Guardería del IMSS (arts. 2 y 3). Estos preceptos disponían la prestación de esos servicios para los hombres solo en casos excepcionales: cuando acrediten su condición de viudez, que estén divorciados, o que por resolución judicial ejerzan la custodia o la patria potestad de sus menores hijos.

La Sala estimó que, bajo una perspectiva de género, no existe una justificación objetiva para un trato diferenciado entre ambos sexos en esta situación normativa. La ley cuestionada presupone que en el hogar del trabajador asegurado la madre de sus hijos tiene exclusivamente el deber de dedicarse a tiempo completo a su cuidado, lo cual no favorece la corresponsabilidad de los padres en la atención de sus hijos ni fomenta la posibilidad de que las mujeres compartan su tiempo con otras actividades productivas.

La Sala llegó a la conclusión de que, al preverse requisitos diferenciados para el hombre y la mujer asegurado(a) para acceder al servicio de guarderías del IMSS, sin una justificación objetiva y legítima, se vulneró el derecho a la igualdad y a la seguridad social, pero también los derechos de la niñez y el interés superior del menor, al privarles de la posibilidad de acceder a dicho servicio a través de su padre asegurado por el Instituto (2a. CXXXIII/2016, 2a. CXXXIV/2016 y 2a. CXXXV/2016)²⁰.

Finalmente, en el amparo en revisión 371/2016, la Segunda Sala analizó el art. 152 de la Ley del Seguro Social, que imponía al hombre requisitos adicionales para obtener una pensión de viudez con respecto a las mujeres. Exigía la existencia de una incapacidad total y que hubiere dependencia económica respecto de la trabajadora asegurada fallecida, mientras que ello no se requiere en relación con la mujer cuando quien muere es el hombre.

Esta situación normativa distintiva también fue considerada por la Segunda Sala como un trato discriminatorio por razón de género, y, por tanto, ilegítima e inconstitucional, al no advertirse otro elemento que no fuera exclusivamente la diferencia de género de las personas, vulnerándose los derechos a la igualdad, a la no discriminación y a la seguridad social.

¹⁹ Ponente: Javier Laynez Potisek. Secretarios: Carlos Alberto Araiza Arreygue y Ron Snipeliski Nischli. Cinco votos.

²⁰ Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretaria: Guadalupe Ortiz Blanco. Mayoría de cuatro votos (uno concurrente).

2.3. *Igualdad de género en relación con el derecho al nombre de los hijos*

La Primera Sala declaró la inconstitucionalidad del art. 58 del Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México), que obligaba a registrar a niños recién nacidos, forzosamente, con el apellido paterno en primer lugar, por ende, antes que el materno. En el amparo en revisión 208/2016, la Sala estableció que la decisión de los padres de elegir el orden de los apellidos de los hijos se encuentra tutelada por el derecho al nombre, en relación con el derecho a la vida privada y familiar. La finalidad de la norma era brindar seguridad jurídica en las relaciones familiares.

Sin embargo, resulta claro que, al establecer la medida, el legislador eligió un orden de apellidos que privilegia la posición de los hombres en el núcleo familiar. Esta decisión legislativa tiene como trasfondo histórico la concepción del varón como «jefe de familia» y portador del apellido de la misma, relegándose a la mujer a un rol de mero integrante de la familia.

En opinión de la Sala, no está justificado limitar el derecho de los padres a elegir el nombre y el orden de apellidos de los hijos que mejor estimen por conveniente, sin que pueda imponerse un esquema prejuicioso, que pretenda perpetuar una presunta situación de superioridad masculina en las relaciones familiares y, en contrapartida, que disminuye y, por tanto, discrimina, el rol de la mujer en las mismas²¹.

3. DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En la acción de inconstitucionalidad 33/2015, la Corte analizó los denominados «certificados de habilitación» que establecía la Ley General para la Atención y Protección de Personas con la Condición de Espectro Autista. Estos certificados, expedidos por la Secretaría de Salud, condicionaban la posibilidad de contratación laboral de las personas con esta condición a la obtención de dicho documento, que avalara sus aptitudes para poder ingresar en el sector laboral y productivo, o a otros que a sus intereses legítimos convinieran.

El pleno consideró que esos certificados vulneran los derechos a la igualdad, el derecho al trabajo digno y socialmente útil, así como a la libertad de trabajo, al no estar justificadas las razones por las que se condicionaba a las personas en situación de espectro autístico a la obtención de los referidos documentos médicos que certificaran su aptitud para el desempeño de actividades laborales, a diferencia del resto de las personas.

²¹ Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana Ibarra Olguín. Mayoría de tres votos (dos concurrentes).

Además, se consideró que dicho documento se traducía en una medida que, lejos de coadyuvar a concientizar a la sociedad sobre la condición del espectro autista, contribuía a la formación de prejuicios y estereotipos, así como a una formación estigmatizante hacia las personas en esa condición, lo cual resulta contrario a su derecho a la no discriminación.

Finalmente, a partir de un modelo social de la discapacidad, también se consideró que si bien en algunos casos las personas con la condición de espectro autista requieren ayuda para la toma de decisiones, son ellas las que en última instancia deben adoptarlas. Por ello, se debe ser especialmente cuidadoso en respetar la voluntad y preferencias de estas personas, sin que la sustitución en las decisiones pueda considerarse como un «mayor beneficio» (P./J. 15/2016)²².

4. DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

Como el año pasado, este derecho fundamental volvió a ser protagonista en la jurisprudencia constitucional de la Primera Sala. En los amparos en revisión 1638/2015 y 5339/2015, la Sala reiteró la inconstitucionalidad e inconveniencia de la exigencia legal de demostrar causales para la disolución del vínculo matrimonial cuando no existe mutuo consentimiento entre los cónyuges.

Esta medida incide en el contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, de conformidad con el cual las personas deben estar en condiciones de elegir y materializar los planes de vida que estimen pertinentes, con las únicas limitantes relativas al respeto al orden público y los derechos de terceros.

Con base en esa doctrina, se reiteró que la acreditación de causales, como las exigidas por los códigos civiles de los Estados de Guanajuato y Tabasco, resulta inconstitucional, por restringir injustificadamente el referido derecho, y al no resultar idóneo para alcanzar los límites a su ejercicio. En consecuencia, para decretar el divorcio basta con que uno de los cónyuges lo solicite, sin necesidad de expresar algún motivo para ello, lo cual resulta además denotativo de que se ha dejado de cumplir el objetivo básico del matrimonio: la vida en común y apoyo mutuo (1a. XVI/2017)²³.

²² Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Georgina Laso de la Vega. Sentencia publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de mayo de 2016. Mayoría de ocho votos (cuatro concurrentes). Sobre este caso, véase el comentario de Margarita Luna Ramos, «Tutela a personas con espectro autista», en *El Universal*, edición del 23 de febrero de 2016.

²³ Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Guerrero Zazueta. Mayoría de tres votos (dos concurrentes).

La Sala además insistió en que, en este tipo de procesos familiares, el hecho de que se decreta el divorcio sin la existencia de un cónyuge «culpable» no implica desconocer la necesidad de resolver las cuestiones familiares relacionadas con la disolución matrimonial como son la guarda y custodia de los hijos, el régimen de convivencias con el padre no custodio, el régimen de alimentos, o alguna otra cuestión semejante. Finalmente, toda vez que, en uno de los casos, se habían alegado causales relativas a injurias y violencia familiar, se estableció que estas cuestiones deben resolverse bajo una perspectiva de género, mediante la cual sea posible identificar condiciones de discriminación subyacentes en contra de las mujeres.

5. DERECHO A LA INVIOABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS

Ambas salas de la Corte se pronunciaron sobre el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones de las personas, en su relación con dos aspectos centrales: la denominada «geolocalización» en situaciones de ilícitos graves y la solicitud de acceso al tráfico de datos bajo determinadas circunstancias. Las dos salas fueron coincidentes en el sentido de que la localización geográfica en tiempo real de teléfonos móviles, solicitada por la autoridad ministerial, y sin autorización judicial, no vulnera el derecho a la inviolabilidad de comunicaciones privadas²⁴.

Por un lado, la Segunda Sala se pronunció al respecto al analizar el art. 190, fracción I, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, que autoriza esa situación, en el amparo en revisión 964/2015. En aplicación del principio de proporcionalidad, concluyó la constitucionalidad de la medida porque, a su juicio, persigue un fin constitucionalmente válido, es idónea y necesaria para facilitar la investigación y persecución de actividades ilícitas mediante el uso de tecnologías en materia de telecomunicaciones. Ello justifica que se autorice el acceso de las instancias de procuración de justicia, a efecto de proteger la vida y la integridad de las personas en condición de víctimas de hechos ilícitos (2a. XLV/2016)²⁵.

La Sala además precisó las autoridades a las que referiría la ley al atribuir esas competencias genéricamente a las «instancias de seguridad, procuración y administración de justicia»; con las que los concesionarios de

²⁴ Planteado ese problema en términos generales, he desarrollado una idea contraria a esa interpretación, en el texto: Herrera García, Alfonso, «Geolocalización de teléfonos móviles y derecho a la privacidad», en *El juego de la Suprema Corte. Blog de la revista Nexos en línea*, 20 de enero de 2014 (<http://bit.ly/2Pn0rQL>).

²⁵ Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretario: Isidro Muñoz Acevedo. Cinco votos.

telecomunicaciones deben colaborar en la localización geográfica de los equipos de comunicación móvil, en los señalados casos: a) el Procurador General de la República; los procuradores de las entidades federativas y, en su caso, los servidores públicos en quienes deleguen esta facultad; b) la policía federal, y c) la autoridad encargada de aplicar y coordinar directamente la instrumentación de la Ley de Seguridad Nacional (2a. XLIV/2016)²⁶.

Ahora bien, la Segunda Sala también interpretó, en el amparo en revisión 937/2015, la solicitud de acceso a los datos de tráfico retenidos por los concesionarios de telecomunicaciones para su entrega (a lo que se refiere la fracción II del mismo art. 190). Dicha actuación debe realizarse en términos del art. 16 de la Constitución federal, esto es, la autoridad judicial federal es la que exclusivamente podrá autorizar la entrega de la información resguardada (como pueden ser el nombre y domicilio del usuario, tipo de comunicación, origen y destino, fecha, hora y duración de la comunicación, así como el servicio de mensajería o multimedia), mediante la debida fundamentación y motivación de las causas legales de esa actuación, señalándose a las personas cuyos datos serán solicitados y el período para el cual se requiere esa información (2a. XXXV/2016)²⁷.

Finalmente, la Sala determinó que no se autorizará la entrega de la información resguardada cuando se trate de asuntos de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor; así como que estos requisitos serían obligatorios respecto de actuaciones o procedimientos surgidos a partir de la publicación de la sentencia, sin afectar a la validez de investigaciones iniciadas con anterioridad.

Por otro lado, la Primera Sala, en el amparo directo en revisión 3886/2013, también analizó el supuesto de la geolocalización, pero en el supuesto de la investigación del delito de secuestro, cuando es la víctima del ilícito la titular del derecho. En estos casos, al encontrarse la víctima del delito imposibilitada para dar su consentimiento expreso, al encontrarse desaparecida, y ante un peligro real o inminente, dicho consentimiento puede asumirse válidamente como implícito por el ministerio público, siempre que su objetivo sea avanzar en la investigación para ubicar su paradero, con el propósito de preservar su vida e integridad física y, en su caso, lograr su liberación. Por lo tanto, se trata de un caso en que no se actualiza la violación de este derecho (1a. CCLXXXI/2016)²⁸.

²⁶ Ídem.

²⁷ Ponente: Fernando Franco González Salas. Secretario: Salvador Alvarado López. Unanimidad de cuatro votos.

²⁸ Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Julio César Ramírez Carreón. Mayoría de tres votos.

6. DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Mediante el ejercicio de una competencia novedosa para la Suprema Corte, en el recurso de revisión en materia de seguridad nacional 1/2016, analizó una resolución del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), órgano constitucionalmente autónomo. En esa resolución, el INAI había instruido al Centro de Investigación y Seguridad Nacional a dar respuesta a una solicitud de información en la que se pedía conocer la cantidad de personas o dispositivos telefónicos que fueron intervenidos con autorización judicial por dicho organismo durante el año 2014.

La Corte confirmó la resolución y, en ese sentido, ordenó la entrega de la información solicitada, tomando en cuenta que toda información estadística o numérica solicitada es pública. Sin embargo, precisó que siempre será necesario analizar caso por caso, a efecto de determinar si puede generarse, o no, información sobre los procesos y decisiones de seguridad nacional, o si puede informarse de alguna manera sobre la mecánica operacional de la seguridad nacional, analizándose si ello compromete la capacidad de defensa interna de las instituciones democráticas del Estado mexicano.

Un análisis *ad casum* permitiría identificar si la entrega parcial de información puede llevar a determinar que esta sea contextualizada o concatenada posteriormente para obtener información que, de otra manera, debiera considerarse reservada.

En el caso concreto, la cuestión relativa al número de personas o aparatos intervenidos no revela información sobre los hechos y circunstancias que dan lugar a la intervención, ni de la mecánica, procesos, métodos o capacidad de reacción del Centro de Investigación y Seguridad Nacional, ni acerca del tipo de tecnología utilizada para la ejecución de su actividad, ni constituía información o material producto de la intervención²⁹.

7. LIBERTAD DE MANIFESTACIÓN Y CIRCULACIÓN

La Corte estableció en la acción de inconstitucionalidad 96/2014, y su acumulada 97/2014, diversos parámetros derivados del análisis de la Ley de Movilidad del entonces Distrito Federal (hoy, Ciudad de México). En relación con la temática relacionada con la regulación de la movilidad de personas con discapacidad, declaró la validez de las definiciones de «accesibilidad» y

²⁹ Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Mejía Garza y Laura Rojas Zamudio. Diez votos (siete concurrentes).

«personas con movilidad limitada», introducidas por la ley. Pero declaró la inconstitucionalidad de los requisitos por ella establecidos para reexpedir permisos o licencias para conducir a estas personas.

Para la Corte, resultó inválido prohibir la reexpedición de permisos o licencias para conducir a personas que hayan sido calificadas con incapacidad mental o física, sin un procedimiento adecuado para ello o sin reglas claras para la valoración de la discapacidad, por resultar contrario al derecho a la igualdad, a la no discriminación, y a la legalidad, de dichas personas.

Por otro lado, la sentencia declaró constitucional que quienes se manifiesten en las vías públicas de la Ciudad de México deban presentar a la Secretaría de Seguridad Pública un aviso con 48 horas de anticipación respecto a la realización de una manifestación o concentración de personas. Pero ofreció una interpretación conforme en el sentido de que ese requisito no debe ser interpretado como una autorización a las autoridades para dispersar reuniones espontáneas. Las autoridades están obligadas a proteger y respetar los derechos de los manifestantes, con independencia de si cuentan, o no, con el referido aviso.

Además, también se declaró válida la imposibilidad de utilizar o bloquear las vías primarias de circulación continua de la Ciudad de México, so pretexto del supuesto ejercicio de las libertades de expresión y reunión, pues se trata en estos casos de una restricción legal legítima a dichas libertades³⁰.

8. DERECHO A LA EDUCACIÓN PÚBLICA SUPERIOR GRATUITA

En el importante amparo en revisión 750/2015, la Primera Sala emitió un criterio inédito relacionado con el derecho a la educación pública de nivel superior o universitaria. En el caso, una estudiante de la Universidad Michoacana impugnó la constitucionalidad de un acuerdo universitario en el que se había determinado que los alumnos de educación superior (y media superior) debían cubrir las cuotas de inscripción o reinscripción correspondientes.

El art. 138 de la Constitución del Estado de Michoacán establece que la educación superior que imparta dicho Estado debe ser gratuita. Cabe destacar que, tal como está configurado el derecho a la educación superior en la Constitución federal, las autoridades educativas federales no tienen la obligación

³⁰ Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: Miguel Núñez Valadez. Mayoría de nueve votos. Sentencia publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de octubre de 2016.

de otorgarla de manera gratuita, sino solo de implementar la gratuidad de manera progresiva. (1a. CCXC/2016)³¹.

En el caso, la Primera Sala consideró que los actos reclamados, en efecto, vulneraron el derecho a la educación de la estudiante, previsto en el art. 3.º constitucional, y desarrollado en el referido precepto constitucional local. Pero también estimó violado el principio de progresividad establecido en el art. 1.º, párr. tercero, de la Constitución Federal, porque las autoridades universitarias no demostraron la ausencia de recursos económicos destinados a garantizar la gratuidad de la educación superior, reconocida en la Constitución estatal, ni que hubieren realizado todos los esfuerzos posibles para obtener los mismos.

La Sala también señaló que la autonomía universitaria no exime la responsabilidad de respetar el referido derecho y, más importante aún, que en virtud del principio de progresividad, toda vez que el Estado de Michoacán ha extendido la gratuidad a la educación superior, este tiene ahora prohibido adoptar, por regla general, medidas regresivas en este tema, salvo que se demuestre fehacientemente que ha realizado todos los esfuerzos necesarios para obtenerlos sin éxito alguno.

Ahora bien, también se señaló que, en términos generales, la prohibición de adoptar medidas regresivas (legislativa, administrativa, o incluso judicial) no es absoluta, pues dichas medidas podrían implementarse siempre y cuando encuentren alguna justificación plena (en este punto, la Sala alude al ejemplo de la acreditación de la «falta de recursos»), la cual, en todo caso, estaría sujeta a un escrutinio estricto.

Así, señala la Sala, las acciones y omisiones que impliquen regresión en el alcance y la tutela de un derecho humano solo pueden justificarse si: a) se acredita la falta de recursos; b) se demuestra que se realizaron todos los esfuerzos necesarios para obtenerlos, sin éxito, y c) se demuestra que se aplicó el máximo de los recursos o que los recursos de que se disponía se aplicaron a la tutela de otro derecho humano (no cualquier objetivo social), y que la importancia relativa de satisfacerlo prioritariamente, era mayor (1a. CCXCIII/2016)³².

En el caso, al tratarse el juicio de amparo de un medio de constitucionalidad concreto, la Sala determinó como efecto de su sentencia que el Gobernador del Estado transfiriera a la Universidad Michoacana los recursos necesarios para garantizar la gratuidad de la educación de la promovente, hasta el nivel de licenciatura, incluidas las cuotas de inscripción.

³¹ Ponente: Norma Piña Hernández. Secretario: Alejandro González Piña. Unanimidad de cuatro votos (uno concurrente).

³² Ídem.

IV. RÉGIMEN DE LOS PODERES PÚBLICOS

1. ESQUEMA FEDERAL EN EL ORDEN LEGISLATIVO

El sistema federalista mexicano del poder público fue tomado en consideración por la jurisprudencia constitucional, durante el año que se informa, en un conjunto de casos, entre los que destacaré tres que delimitaron las competencias legislativas de los Congresos de los Estados.

En las acciones de inconstitucionalidad 30, 56 y 58/2016, la Corte analizó el trascendental tema relativo al desarrollo legislativo del sistema nacional anticorrupción. En el marco de ese sistema, la reforma constitucional del 27 de mayo de 2015 reformó el art. 73 de la Constitución federal en el sentido de facultar al Congreso de la Unión para emitir, entre otros, los siguientes ordenamientos: a) Ley General para las bases de coordinación del sistema nacional anticorrupción referido en el art. 113 constitucional, y b) Ley General para la distribución de competencias entre los órdenes de gobierno para establecer las responsabilidades administrativas de los servidores públicos.

La Corte determinó en estos casos que los Congresos de los Estados de Chihuahua, Veracruz y Querétaro, al haber emitido ordenamientos legislativos relacionados con ese sistema, resultaron inconstitucionales, porque la reforma de la Constitución federal en materia de combate contra la corrupción condicionó a los Congresos locales a que, para ejercer su competencia legislativa, esperaran a que el Congreso de la Unión fijara en leyes generales tanto las bases de la rectoría y distribución de competencias como las bases para la coordinación en el establecimiento de un sistema nacional en esa materia, que aún no habían entrado en vigor. En consecuencia, la Corte declaró la inconstitucionalidad de las leyes estatales referidas en su totalidad³³.

La Corte volvió al análisis de la constitucionalidad por falta de competencia legislativa local para legislar en materia de trata de personas en la acción de inconstitucionalidad 6/2015 y su acumulada 7/2015; materia en la cual

³³ Véanse: a) Sentencia de la acción de inconstitucionalidad 56/2016 publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de octubre de 2016 (ponente: Javier Laynez Potisek; secretario: Alejandro Cruz Ramírez; unanimidad de diez votos [dos concurrentes]); b) Sentencia de la acción de inconstitucionalidad 58/2016 publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de noviembre de 2016 (unanimidad de diez votos [uno concurrente]; ponente: José Ramón Cossío Díaz; secretarios: Raúl Mejía Garza y Laura Rojas Zamudio), y c) Sentencia de la acción de inconstitucionalidad 30/2016 y su acumulada 31/2016, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de enero de 2017 (ponente: José Ramón Cossío Díaz; secretarios: Raúl Mejía Garza y Laura Rojas Zamudio; unanimidad de once votos [cinco concurrentes]).

mantiene un cúmulo de precedentes análogos. En el caso, consideró que el Congreso del Estado de Quintana Roo innecesariamente legisló sobre el régimen de reparación del daño del delito de trata de persona, para lo cual emitió una reproducción literal de los artículos de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia de las Víctimas de estos Delitos, que regulan ese aspecto.

Sin embargo, no existía una justificación válida para ello, en tanto que se trataba de una facultad exclusiva del Congreso federal. Se consideró que todos aquellos aspectos que se encuentren regulados en la ley especial, de observancia general en toda la República, para los delitos que son competencia de los órganos jurisdiccionales federales y locales, no pueden ser parte de las normas estatales, ni siquiera en forma de reiteración. En consecuencia, se declaró la invalidez de diversos artículos de la Ley en Materia de Trata de Personas del Estado de Quintana Roo³⁴.

Finalmente, cabe destacar la inconstitucionalidad de otra ley del Distrito Federal (hoy, Ciudad de México) con motivo de la ausencia de competencia de los Estados para legislar, ahora en materia de regulación de medios alternativos para la solución de controversias y justicia penal para adolescentes. En esta materia, el art. 73, fracción XXI, inciso c), de la Constitución federal establece que el Congreso de la Unión tiene facultad para expedir la legislación única en materia procedimental penal de mecanismos alternativos de solución de controversias, de ejecución de penas y de justicia penal para adolescentes, que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.

Por lo tanto, en la acción de inconstitucionalidad 90/2015, la Corte concluyó que la reforma de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal (en específico, su art. 5, en diversas fracciones) relacionada con la procedencia de esos mecanismos y con la regulación de la oportunidad en que debe hacerse valer la mediación dentro del procedimiento penal carecía de sustento constitucional³⁵.

³⁴ Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Irma Gómez Rodríguez. Unanimidad de once votos (ocho concurrentes). Sentencia publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de septiembre de 2016.

³⁵ Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Ricardo Silva Díaz. Unanimidad de diez votos. Sentencia publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de febrero de 2017. Cabe destacar que la Suprema Corte ha sustentado similares consideraciones sobre las competencias exclusivas del Congreso de la Unión en materia penal en múltiples acciones de inconstitucionalidad, como las siguientes: 12/2014, 106/2014, 107/2014, 15/2015 y 29/2015.

2. AUTONOMÍA MUNICIPAL

Cabe finalmente destacar un criterio que reitera la necesidad de que las actuaciones legislativas de los Estados observen las exigencias derivadas del principio de legalidad, a efecto de cobrar válidamente sus efectos sobre las esferas de atribuciones de los municipios, en materia de finanzas públicas.

En la controversia constitucional 115/2014, el municipio de Cajeme, Estado de Sonora, demandó un acuerdo mediante el cual el Congreso local había determinado no aprobar la cuenta pública de un ejercicio fiscal del municipio.

La Corte estimó que el Congreso del Estado fundó debidamente el acto, de conformidad con diversos preceptos de la Constitución local, conforme a los cuales cuenta con facultad para revisar y aprobar la cuenta pública municipal. Sin embargo, se consideró que dicho acto no estuvo debidamente motivado porque dicho Congreso no expuso razonamiento o consideración alguna que explicara por qué llegó a dicha conclusión.

La Corte expone que corresponde al Congreso local el examen y aprobación de la cuenta pública con apoyo en trabajos técnicos que lleva a cabo el Instituto Superior de Auditoría y Fiscalización. Sin embargo, estimó que, para separarse de la calificación relativa al municipio en esta materia, deben darse razones que apoyen esa determinación, ponderando las circunstancias concretas del caso.

Dicha conclusión no implica que el Congreso no pueda separarse de las conclusiones a las que arribe la entidad estatal de fiscalización, pero al hacerlo debe expresar los razonamientos suficientes que expliquen su determinación. En consecuencia, se declaró la invalidez del acuerdo impugnado y se ordenó al Congreso local la emisión de uno nuevo, bajo los parámetros señalados en la sentencia³⁶.

VI. APUNTE CONCLUSIVO

La jurisprudencia constitucional mexicana refleja una fisionomía del debate judicial que pone en el centro de su atención las normas de derechos fundamentales. Esto que podría ser una obviedad para el trabajo de cualquier alta corte de constitucionalidad no lo era en el pasado muy reciente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, como tampoco le era característica

³⁶ Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Guadalupe Varela Domínguez. Mayoría de ocho votos (dos concurrentes).

la utilización de técnicas y metodologías propias para la jurisdicción orientada a resolver conflictos sobre derechos.

Por supuesto, se requieren más puntuales estudios acerca de cómo se ha podido conseguir esa transición jurisprudencial en el más alto tribunal de México, pero no podría dudarse de que uno de ellos ha sido justamente la reforma constitucional en materia de derechos humanos, de la que, en su momento, se dio cuenta en las páginas de este *Anuario*³⁷.

Si hubiera que destacar el aspecto toral de la jurisprudencia constitucional de los derechos durante 2016, ese sería el preponderante afianzamiento del derecho a la igualdad y a la no discriminación en muy diferentes vertientes de la vida social, con un énfasis especial en los derechos de las parejas del mismo sexo. Por una parte, el Tribunal Pleno reconoció, por unanimidad, el derecho al matrimonio igualitario. Por otra, el recorrido jurisprudencial de la Primera Sala llegó a ampliar la protección de los derechos de estas parejas ahora al concubinato igualitario.

Pero no podría pasarse por alto que también hubo un desarrollo notable en la tutela jurisprudencial del derecho a la igualdad de las personas que forman parejas de sexo diferente en temas que tienen que ver con la seguridad social o con la definición del orden de apellidos de los hijos, por mencionar dos representativos ejemplos, apuntados en esta reseña.

Esta aproximación de la jurisprudencia constitucional mexicana al principio y al derecho a la igualdad y a la no discriminación es una gran noticia para el sistema democrático. Sin embargo, hay que hacer notar, por un lado, que no ha sido de la misma intensidad la construcción de otros derechos y libertades básicas, y, por otro, que ha hecho falta una más contundente corrección jurisprudencial de las que, a mi juicio, son claras incompatibilidades de muchas anquilosadas reglas procesales del amparo frente a las exigencias de los derechos. Estas circunstancias palidecen, en no pocas ocasiones, la calidad técnica de la tutela, en una perspectiva general del sistema de derechos.

Tres ejemplos de lo anterior son las aminoradas obligaciones de los jueces de amparo en la tutela de derechos ajenos a su litis, pese al intenso marco de los principios del artículo 1.º, párr. tercero de la Constitución; la disminuida intensidad de las reparaciones a las violaciones de derechos en vía de amparo, o la visión de la Corte acerca de los espacios legislativos regulatorios de los derechos humanos en las entidades federativas, que marcan una tendencia fuertemente centralista.

Es de esperarse que estas ambivalencias puedan ser revisadas, permanentemente discutidas y, en su caso, superadas, en el más inmediato estadio próximo

³⁷ Véase Herrera (2012).

de la jurisprudencia, quizá no solamente a partir de determinaciones de la Suprema Corte, sino también de otros actores jurisdiccionales, que tienen bajo su responsabilidad dar vigencia a diferentes sectores del ordenamiento jurídico mexicano.

Bibliografía

- Alterio, A. M. y Niembro Ortega, R. (coords.). (2017). *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*. México DF: UNAM.
- Carpizo, J. (2011). Los derechos humanos: una propuesta de clasificación de los derechos civiles y políticos. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 61 (256), 32-37.
- Coello Garcés, C. y Herrera García, A. (2017). Jurisprudencia por reiteración y declaratoria general de inconstitucionalidad de leyes en el juicio de amparo. En E. Ferrer Mac-Gregor y A. Herrera García (coords.). *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro* (t. 2, pp. 517-537). México DF: UNAM.
- Medellín Urquiaga, X. y Fierro Ferráez, A. E. (2015). *¿De las garantías individuales a los derechos humanos: ¿Existe un cambio de paradigma?* México: CNDH.
- Herrera García, A. (2012). Jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de Justicia de México en 2011. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 16, 443-447.
- (2016). Jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de Justicia de México en 2015. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 20, 503-506.

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

JOAN OLIVER ARAUJO: *Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 244 págs.

Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad es el nuevo libro del profesor Joan Oliver Araujo. Con esta monografía, el catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de las Islas Baleares dirige una vez más su interés hacia el derecho electoral, materia sobre la que ya ha publicado una extensa lista de trabajos.

El origen de esta obra que acaba de salir a luz se halla, como explica el autor en la nota previa, en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares, leído en sesión solemne el 28 de noviembre de 2016, que versó sobre el tema que da título al libro. En ese mismo acto ya se puso de relieve —como hizo el académico Josep Maria Quintana Petrus en su contestación en nombre de la corporación— el acierto de escoger como objeto de estudio las barreras electorales, «aceptadas en mayor o menor extensión y amplitud por todos los sistemas, que fijan y condicionan —juntamente con muchos otros aspectos— el grado de participación de los ciudadanos en la vida política, y abren o cierran las posibilidades de estos a la hora de incidir en los resultados electorales, incidiendo, en definitiva, en el grado de representatividad de los parlamentos y de los gobiernos que emanan de las elecciones». En el prólogo del libro, el profesor Luis López Guerra coincide en destacar la oportunidad y conveniencia de investigar a fondo las barreras electorales, máxime cuando la doctrina constitucionalista española no les ha prestado, en general, excesiva atención. A ello añade que el trabajo del profesor Oliver Araujo tiene, sin embargo, un interés más amplio que el de «ofrecer una detallada información y un cuidado análisis sobre el tema de estudio», puesto que, además,

[...] da lugar a que el mismo autor (y, en consecuencia, el lector) reflexione sobre cuestiones de especial trascendencia que atañen no solo al sistema electoral (y constitucional) general, sino también a aspectos de la aplicación del principio democrático en nuestra realidad constitucional. Y lleva, en definitiva, a preguntarse sobre si en nuestro país muchos de los andamiajes y cautelas (en nombre de la necesidad derivada de la naturaleza de las cosas) introducidas por la ley y la misma Constitución

en su momento, y con la pretensión de garantizar la estabilidad del sistema, siguen estando justificadas a la vista del paso del tiempo y de las circunstancias actuales.

Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad se divide en ocho capítulos. Los dos primeros contienen una serie de ideas generales sobre el sistema electoral y las barreras electorales. Los tres siguientes se centran en las diversas barreras electorales previstas en el ordenamiento constitucional español: la establecida para las elecciones al Congreso de los Diputados, las utilizadas en las elecciones de los Parlamentos autonómicos y la fijada para las elecciones de los órganos de gobierno de los entes locales. En el capítulo sexto se hace un análisis crítico de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las barreras electorales. En el capítulo séptimo se plantea la posible aplicación en España de la barrera electoral existente en el sistema constitucional alemán. Finalmente, en el capítulo octavo se estudia la utilización del umbral electoral como barrera electoral, mediante la reducción del número de escaños. Cierran el libro un apéndice con la legislación analizada y una relación de la bibliografía citada.

Los dos primeros capítulos tienen un carácter eminentemente introductorio. En el capítulo primero se delimita el concepto de sistema electoral, se explican sucintamente los elementos esenciales que lo integran (el cuerpo, la circunscripción, la fórmula y —naturalmente— la barrera electorales) y se destaca su extraordinaria relevancia política, como instrumento fundamental para expresar el principio democrático en los Estados constitucionales. En el capítulo segundo, por su parte, se concreta la noción de barrera electoral, para lo que, tras definirla, se realizan diversas consideraciones sobre su naturaleza jurídica, su finalidad o su variada tipología en el sistema constitucional español, aspecto este último que se desarrolla en los capítulos siguientes. Uno de los contenidos más reseñables de este segundo capítulo es el relativo a la distinción de dos conceptos que, a menudo, se confunden: la barrera electoral y el umbral electoral. El profesor Oliver Araujo explica muy bien la diferencia entre ambos: mientras que la barrera electoral, al venir fijada normativamente, es siempre expresa y se conoce con exactitud antes de las elecciones, el umbral electoral es «un número *de facto no de iure*», que «puede definirse como el porcentaje mínimo de votos necesario para obtener efectivamente, al menos, uno de los escaños que están en liza en la circunscripción» y que, por lo tanto, «solo se puede calcular *a priori* de forma aproximada o hipotética». No obstante, no se trata de figuras inconexas, porque —como expone el autor en el capítulo octavo— el umbral puede ser utilizado como barrera encubierta reduciendo la cantidad de puestos a elegir en cada circunscripción, con lo que, sin alterar formalmente la barrera electoral, quedan de hecho fuera de la atribución de escaños (pero no de participar en el reparto) las candidaturas con una cifra de votos pequeña o,

incluso, mediana. La cuestión no es meramente teórica, como lo demuestran las diferentes propuestas políticas habidas en los últimos años —algunas de las cuales son comentadas, muy críticamente, en el libro— para rebajar el número de escaños en algunos Parlamentos autonómicos, con la excusa de disminuir el gasto público para hacer frente a la crisis económica.

Las diversas barreras electorales existentes en los comicios que se llevan a cabo en España conforme a un sistema proporcional de reparto de escaños son estudiadas en los capítulos tercero, cuarto y quinto. En concreto, tales cláusulas de exclusión se emplean en las elecciones al Congreso de los Diputados (no en el Senado, donde se sigue un sistema mayoritario —corregido— que, por sí mismo, ya opera como tope electoral respecto a las candidaturas que no sean las más votadas), en las elecciones de los diecisiete Parlamentos autonómicos y en las elecciones de los órganos de gobierno de las entidades locales (ayuntamientos, cabildos insulares canarios y consejos insulares baleares). Como excepción, las elecciones al Parlamento Europeo son las únicas que tienen lugar en España según un sistema proporcional en el que actualmente no se exige barrera electoral, porque —aunque el ordenamiento comunitario permite establecerla— la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG) la ha excluido expresamente.

Una de las conclusiones más destacadas del análisis de las barreras electorales que se usan en las elecciones celebradas en España es, sin duda, la de su diferente alcance y efectividad, si se comparan unos comicios con otros. En las elecciones al Congreso de los Diputados, el límite fijado en el tres por ciento de los votos válidos emitidos en la respectiva circunscripción es, en palabras del autor, «una barrera *casi* ineficaz», porque —como se ha demostrado empíricamente— un tope concretado en este porcentaje solo es operativo en demarcaciones con más de veinticuatro puestos a elegir, requisito que únicamente cumplen las circunscripciones de Madrid y Barcelona, mientras que en el resto, dado su reducido número de escaños, la actual barrera electoral carece de eficacia. Ante esta inutilidad de la vigente barrera utilizada en las elecciones al Congreso de los Diputados, el profesor Oliver Araujo recuerda las soluciones apuntadas por la doctrina para hacerla efectiva (elevar la barrera del tres al cinco por ciento de los votos válidos emitidos en la circunscripción, mantener la barrera del tres por ciento, pero realizando el cómputo a escala nacional, o —como suma de las dos anteriores— situar la barrera en el cinco por ciento de los votos válidos emitidos en todo el Estado). Sin embargo, como él mismo apostilla, se trata de propuestas que, aunque sensatas, han sido sistemáticamente «desoídas» por el legislador. Por el contrario, las barreras electorales de los ordenamientos autonómicos tienen como nota común, pese a su diversidad —el autor las clasifica en seis grupos, según su nivel de exigencia—, la de ser bastante eficaces, por cuanto «producen, en numerosas circunscripciones,

sus efectos característicos, esto es, dejar fuera del reparto de escaños a partidos cuyos resultados les permitirían, de conformidad con la fórmula proporcional utilizada, obtener uno o varios diputados». Esto mismo ocurre con la barrera para las elecciones de los órganos de gobierno de los entes locales (en todas ellas, el cinco por ciento de los votos válidos emitidos en la circunscripción), que actúa, por lo general, como efectiva cláusula de exclusión de los partidos pequeños, a los que —de no existir dicho límite— la fórmula proporcional aplicada les hubiera otorgado uno o varios escaños con arreglo a los votos logrados. Un tema especialmente interesante en relación con la barrera electoral en el ámbito local es el de la norma que regula esta cláusula en las elecciones de los consejos insulares, que no es —como en el caso de los cabildos canarios— la LOREG, sino una ley del Parlamento de las Islas Baleares (Ley 7/2009, de 11 de diciembre, electoral de los Consejos Insulares). Para el profesor Oliver Araujo, esta disparidad de fuentes normativas de las elecciones a los cabildos y a los consejos insulares no está justificada con el nuevo régimen que el Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares de 2007 ha previsto para los segundos, cuyos integrantes —que inicialmente eran los diputados de cada isla al Parlamento autonómico— son ahora elegidos directamente por los ciudadanos. Por ello, considera que tal discordancia debería corregirse incluyendo en la LOREG un título —análogo al existente para los cabildos insulares— con las disposiciones especiales (entre ellas, la barrera electoral) para la elección de los consejos insulares.

La jurisprudencia constitucional acerca de las barreras electorales se comenta, de manera pormenorizada y sumamente crítica, en el capítulo sexto. El parecer del profesor Oliver Araujo sobre la doctrina del Tribunal Constitucional en este tema es especialmente negativo en dos aspectos. Por un lado, se muestra disconforme con la actitud abiertamente tolerante o permisiva del Tribunal Constitucional respecto a la capacidad del legislador para establecer barreras electorales. Así, tras constatar que el supremo intérprete de la Constitución «ha tenido reiteradas oportunidades de pronunciarse sobre el significado, la finalidad, la validez y los límites de las barreras electorales», le reprocha que en todas ellas haya sido «extremadamente condescendiente con el legislador estatal y con los legisladores autonómicos, avalando la constitucionalidad de todas sus normas en esta materia (incluso las muy criticadas barreras canarias)». Por otro lado, censura la «calculada ambigüedad» del Tribunal Constitucional en relación con los límites de las barreras electorales, ya que, si bien desde el primer momento declaró la licitud de dichas cláusulas, cuando se le requirió que precisara cuáles son sus márgenes constitucionalmente tolerables, «contestó con desgana y solo a medias» y, «en concreto, afirmó —de forma bastante brumosa— que la barrera electoral en el cinco por ciento de los votos emitidos en el conjunto de la comunidad autónoma es

el “tope” más elevado que puede establecerse sin lesionar el derecho de acceso a cargos públicos, a menos que, de forma excepcional, “concurran poderosas razones” que justifiquen un porcentaje de votos más elevado». Para el autor, el Tribunal Constitucional «no concreta *in genere* cuáles son estas “poderosas razones” que justifican una cláusula de exclusión superior al cinco por ciento de los votos emitidos en todo el territorio electoral, ni precisa hasta qué porcentaje de votos se podría endurecer la barrera electoral, si concurren “poderosas razones que lo justifiquen”». Se trata, como define muy expresivamente, «de una frase arcana y nebulosa», que el Tribunal Constitucional no ha explicado en ningún momento, «aunque razonablemente hubiera podido encontrar alguna ocasión para hacerlo»; y esta inconcreción no es inocua, porque «encierra un considerable peligro de que se produzcan abusos por parte de legisladores poco respetuosos con la voluntad del constituyente». Por todo ello, concluye que, «en la actualidad, sabemos qué barreras electorales son, a juicio del Tribunal, compatibles con la Constitución, pero desconocemos cuáles no lo son».

En el libro también se presta atención a la regulación de las barreras electorales en otros Estados. En el capítulo séptimo, en concreto, se plantea la posible implantación de la barrera electoral alemana en las elecciones al Congreso de los Diputados. No es, evidentemente, una hipótesis elegida al azar, sino —como explica el autor— una reflexión fundada en «el prestigio del sistema electoral alemán entre nosotros y la insistencia de que debe ser tomado como modelo en una futura reforma del sistema electoral español». No obstante, como es bien sabido, la probada eficacia de una institución o estructura jurídica en un determinado ordenamiento constitucional no garantiza, sin más, su éxito en otro y, en todo caso, su traslado a este último exigirá, seguramente, más de un ajuste. Tales inconvenientes son los que advierte en este supuesto el profesor Oliver Araujo, para quien

[...] la implantación *in toto* de las barreras electorales del sistema alemán en España provocaría importantes problemas de representación, al dejar fuera del Congreso de los Diputados a los partidos nacionalistas o regionalistas no mayoritarios en sus territorios, así como a aquellas fuerzas estatales con una presencia modesta pero significativa en el conjunto del Estado. De hecho, si el legislador español adopta o se inspira en el modelo alemán para realizar la reforma de nuestro sistema electoral, deberá analizar con detenimiento si la aplicación de su barrera electoral entre nosotros resuelve más problemas de los que provoca o es, más bien, al contrario.

Estos son, en síntesis, algunos de los contenidos más relevantes de la monografía del profesor Oliver Araujo sobre las barreras electorales. Se trata de un trabajo exhaustivo, en el que se analiza detalladamente la problemática que suscitan estas cláusulas en España y, como resultado de este examen, se formula

un buen número de consideraciones críticas y de propuestas de mejora de la regulación vigente. Además, a partir de esta profunda investigación de uno de los elementos integrantes del sistema electoral, el libro tiene la virtud, ya señalada en el prólogo, de llevar a meditar sobre temas que van más allá de su concreto objeto de estudio, porque conciernen al núcleo mismo del principio democrático en nuestro Estado constitucional, que —como toda democracia moderna, concretada en un modelo casi exclusivamente representativo— se debate en una tensión permanente entre gobernabilidad y representatividad (como, por cierto, expresa muy bien el subtítulo de la obra). Y precisamente en esta dialéctica de gobernabilidad y representatividad se mueven las barreras electorales, que son, en definitiva, «restricciones a la proporcionalidad, en favor de criterios favorables a la funcionalidad del sistema de gobierno como pueden ser favorecer la gobernabilidad, evitar la fragmentación de la representación, facilitar la capacidad de trabajo de las cámaras o asegurar una opción razonable (de entre las varias posibles) en cuanto a la representación parlamentaria de las fuerzas políticas» (STC 193/1989, de 16 de noviembre, FJ 4).

En suma, *Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad* es, como expresa el profesor López Guerra en el prólogo, «un libro que, confirmando la trayectoria intelectual y académica del autor, constituye no solo una ejemplar monografía, sino también un estímulo para seguir reflexionando sobre las cuestiones esenciales del ordenamiento constitucional». Por lo tanto, cabe recomendar vivamente su lectura.

Vicente Juan Calafell Ferrá
Universidad de las Islas Baleares

FABIO E. PULIDO ORTIZ: *Jueces y reglas: la autoridad del precedente judicial*, Bogotá, Editorial Universidad de La Sabana, 2018, 428 págs.

Jueces y reglas: la autoridad del precedente judicial es el más reciente libro del Dr. Fabio Pulido Ortiz, profesor asociado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana, y es el resultado de investigación de su tesis doctoral defendida en la Universidad de Buenos Aires y que ha sido merecedora la máxima calificación. Se trata de una obra que resulta iluminadora, en primer lugar, para el estudio del problema de la autoridad de los precedentes judiciales en el sistema constitucional colombiano. Sin embargo, es bueno aclarar que no estamos frente a un libro que tiene relevancia en el orden meramente parroquial o local, sino que el problema de la autoridad de los precedentes judiciales funciona como una puerta de acceso a cuestiones persistentes de la teoría del derecho y la teoría de la Constitución. En otras

palabras, el estudio de la naturaleza, limitaciones y desafíos de los precedentes judiciales funciona como puerta de acceso para exponer, discutir y evaluar las respuestas que se han dado a cuestiones tales como los poderes de los jueces para incorporar nuevas fuentes normativas al sistema jurídico.

En lo que hace a la caracterización formal de la obra es preciso comenzar diciendo que está redactada en un amigable castellano; esto es, la obra denota un manejo de la lengua que es tan claro como preciso. Aquí se demuestra en todo momento que la precisión técnica no implica necesariamente un lenguaje áspero y alambicado. Además, es posible apreciar una cuidadosa atención a la corrección de estilo a la que fue sometida esta obra. De esta manera, con ese adagio que dice que la claridad es la caridad propia del profesor-investigador.

La estructura interna de *Jueces y reglas* se caracteriza por dos partes diferenciadas pero interconectadas. La primera de tales partes está integrada por los primeros cuatro capítulos, cuyo objetivo común se dirige a describir la naturaleza de la regla del precedente. En el primer capítulo se presenta el concepto de regla del precedente (RP). En el segundo capítulo se discuten las atribuciones de creación normativa de los jueces y su influencia en la configuración de la RP. En el tercer capítulo se describe la relación entre la estructura de las sentencias judiciales y la identificación de los precedentes judiciales aplicables. En el cuarto capítulo, que bien podría considerarse como el núcleo esencial de esta primera parte, se reconstruyen las funciones autoritativas de los PJ, sobre la base de tres ejes conceptuales: fuerza normativa, ámbito de aplicación y mecanismos sancionatorios previstos por la RP.

Esta primera parte se caracteriza por su dimensión o carácter eminentemente descriptivo, pero, citando a Nubiola, el primer mérito de una investigación doctoral —como la que dio origen a este libro— «ha de radicar en la tarea rigurosa de acopio de lo que otros han dicho sobre la cuestión afrontada» (Jaime Nubiola, *El taller de la filosofía: una introducción a la escritura filosófica*, 5.ª edición, Pamplona, EUNSA, 2010, p. 160). Además de la ineludible exigencia metodológica que supone reconstruir adecuadamente el estado de la cuestión para emprender una investigación científica, esta primera parte representa una de las más relevantes contribuciones de *Jueces y reglas*, ya que proporciona un *mapa de ruta* para entender el alcance de la discusión sobre la naturaleza del precedente judicial que tanto incumbe a los teóricos y prácticos del derecho. Esta sistematización u ordenación resulta especialmente valiosa frente a un *status quaestionis* disperso y repleto de sutilezas que pueden terminar confundiendo incluso a un lector especialista que no sigue estas discusiones teóricas con sumo nivel de detalle.

Así, luego de haber descrito apropiadamente el estado del problema que se pretende abordar, la segunda parte se aboca a estudiar las inconsistencias, las insuficiencias y los desafíos que tiene por delante la función autoritativa de

los precedentes judiciales. Es aquí donde Pulido exhibe mejor sus cualidades como teórico del derecho, porque ya no se limita a informar al lector sobre lo que otros autores han dicho sobre el tema, sino que brinda un examen crítico de la pretensión de autoridad de los precedentes judiciales, poniendo el énfasis en el caso colombiano.

Ahora bien, la estructura de la segunda parte de *Jueces y reglas* se basa en seis capítulos. Más en concreto, en el quinto capítulo se examinan las bases conceptuales de la función excluyente de la autoridad normativa del derecho y se señalan algunas de las tensiones inherentes a tal noción. Más específicamente, ¿cómo conciliar la idea de que los PJ ofrecen razones excluyentes para la acción —como diría Raz— y la atribución o facultad que suelen tener los jueces por la que estos son capaces de determinar el alcance del PJ? Dicho de otra manera, ¿es conceptualmente posible sostener que los jueces tienen autonomía al momento de interpretar el derecho si están obligados a seguir un PJ? ¿Cómo evitar que la noción de autoridad del PJ termine colapsando en una interpretación mecanicista del derecho? Estas son cuestiones que se desglosan del problema más amplio de la autoridad práctica del derecho. Así, el problema de la autoridad de los precedentes judiciales se presenta como un segmento de una cuestión más general: la capacidad o posibilidad de coordinar la vida humana en sociedad mediante las normas que integran el sistema jurídico.

El capítulo sexto se ocupa de articular el alcance —y anulabilidad— de las reglas y el reconocimiento llevado a cabo por la RP de un conjunto de razones que los jueces pueden invocar para dejar de lado los precedentes. Los capítulos siete y ocho, por su parte, se ocupan de examinar el problema de la determinación del significado de los PJ y el impacto que tiene la facultad de los jueces inferiores de ampliar o reducir el ámbito de su aplicación. Son estas cuestiones de central importancia para el hilo argumental de esta obra. Porque solo tiene sentido teorizar sobre la obligación de los jueces inferiores de seguir los precedentes de un tribunal jerárquicamente superior si los precedentes que han de seguir pueden comprenderse con una suficiente y apropiada objetividad interpretativa. Y es aquí donde el autor detecta una de las principales limitaciones de la teoría estándar del precedente judicial.

En tal sentido, uno de los autores que más ha trabajado la autoridad del derecho —y, por añadidura, del PJ— es Joseph Raz, quien propone una teoría del significado de naturaleza convencionalista; esto es, que antepone el significado socialmente construido por sobre la referencia. Esta teoría semántica no está exenta de dificultades. No es posible desarrollar tales dificultades en el contexto de una recensión, pero cabe al menos enunciarlas. Una teoría convencionalista del significado no permitiría asegurar una mínima objetividad interpretativa porque haría referencia a una noción de significado que remite difusamente a consensos o convenciones semánticas. Se trata esta de una seria

dificultad epistémica porque la afirmación de que el significado de las normas jurídicas hace referencia a convenciones semánticas ha de suponer una operación o metodología capaz de desentrañar el contenido de tales construcciones sociales de significado. Ahora bien, llama la atención que esta explicación no es desarrollada por autores que mantienen la autoridad del derecho y del PJ como el citado Raz.

El noveno capítulo se focaliza en un problema de particular relevancia para los sistemas jurídicos que establecen sanciones en caso de que los jueces inferiores no sigan el precedente establecido por tribunales superiores. La vinculación conceptual entre el ejercicio de la potestad sancionatoria y la autoridad del derecho es, quizá, uno de los desafíos teóricos más relevantes de la jurisdicción constitucional. Frente a la visión que podríamos llamar «ingenua», que pretende afirmar que la imposición de sanciones remedia la inaplicación no justificada de PJ, Pulido Ortiz nos ofrece una concepción del precedente que ha de procurar «razones persuasivas». Así, el precedente debe lograr imponerse no meramente con el respaldo de sanciones, sino a partir del poder de persuasión del tribunal superior. Se trata de concretar aquel ideal raziano de una autoridad que se manifiesta propiamente como tal cuando logra que sus mandatos se sigan bajo el convencimiento de que atenerse a lo que dispone la autoridad es mejor que seguir a las propias razones. En consecuencia, los jueces estarían renunciando a la pretensión de autoridad de sus propios precedentes si aspiran a que estos sean aplicados tan solo porque los tribunales inferiores temen a una posible sanción. Dicho de otra manera, la pretensión de autoridad del derecho —y, por extensión, del PJ— resulta incompatible con una motivación de la acción humana basada exclusivamente en la coacción. Finalmente, en el décimo capítulo se recapitulan las principales conclusiones a las que se arribó en esta investigación monográfica.

Cabe esperar que *Jueces y reglas* llegue a ser reconocida como una obra de ineludible consulta para comprender la naturaleza y limitaciones de la autoridad del precedente judicial en la jurisdicción constitucional colombiana. Sin embargo, no solo se podrían extender —vía analogía de proporcionalidad— las contribuciones de este libro a otros sistemas constitucionales sino, más ampliamente, a otros sistemas jurídicos que establecen la obligatoriedad de los precedentes judiciales establecidos por algún tribunal tanto de jurisdicción administrativa como judicial. De hecho, esta obra no solo brinda respuestas claras en torno a la naturaleza y los límites de la doctrina del precedente judicial, sino que tales respuestas suscitan interrogantes más precisos y profundos sobre la cuestión sometida a estudio. Así, por ejemplo, ¿cómo se podría comprender objetivamente el alcance de los precedentes judiciales sin apelar a un concepto de derecho que descansa en la «tesis de las fuentes sociales»? ¿Cómo sería posible sostener coherentemente la autonomía del derecho de otros

sistemas normativos si se asume que el origen del derecho radica en una difusa de creación social? Quienes seguimos la obra de Pulido Ortiz, y la del equipo de investigación que lidera en la Universidad de La Sabana, podemos confiar que estas y otras cuestiones tendrán su respuesta más temprano que tarde.

Luciano D. Laise
Universidad de Buenos Aires

NOTICIAS DE LIBROS

NAVA GOMAR, LUIS FELIPE: *Parlamento democrático y justicia constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

El pasado día 23 de abril de 2018 tuvo lugar en el Senado de México la presentación del libro *Parlamento Democrático y Justicia Constitucional* por el ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, José Ramón Cossío Díaz (véase la presentación en red en <http://bit.ly/2OB1XjB>). La obra, prologada por Raúl Canosa Usera, es el resultado de un trabajo de investigación completado con una estancia de investigación en la Universidad Complutense de Madrid y en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. En líneas generales, el libro hace análisis de dos realidades actuales características del Estado constitucional moderno: representación democrática y justicia constitucional. La función parlamentaria se ha ido viendo perfilada progresivamente como consecuencia de la sacralización del principio de supremacía constitucional. El derecho constitucional es así el principio y límite del derecho parlamentario, en particular en el día a día de la representación democrática y parlamentaria. En este contexto, el autor analiza el rol de los tribunales constitucionales en su función de protección de los cargos públicos representativos, en particular en los modelos español y mexicano. Nava Gomar trata así conceptos como la función representativa, la función legislativa, la función de control parlamentaria, los derechos parlamentarios, los derechos políticos, etc., pero, en particular, desde la órbita de su protección en jurisdicción constitucional.

ÖZMEN, ELIF (ed.): *Hans Kelsens Politische Philosophie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017.

El libro reúne ocho trabajos sobre Hans Kelsen, padre del modelo concentrado de justicia constitucional, aparte del prólogo de Heribert Prantl y la introducción de la propia autora, Elif Özmen. Estructuralmente el libro se divide en dos bloques: fundamentos y contexto. La primera parte se corresponde con los trabajos de Dreier, Özmen, Gutmann y Krijnen, a través de los cuales se determinan los conceptos de teoría social, pluralismo, fundamentación y validez del derecho en el pensamiento de Kelsen. La segunda parte

se corresponde con los trabajos de Hidalgo, Kleine, Ehs y Voigt y se trata de una intensa exposición sobre la incardinación de la justicia constitucional en el contexto de la teoría democrática y la filosofía política en el pensamiento de Kelsen. Se cierra esta parte con el trabajo de Tamara Ehs —quizá la contribución de carácter más práctico del conjunto— sobre la oportunidad y el momento político de la jurisdicción constitucional en el contexto, haciendo especial referencia en la concepción kelseniana del ordenamiento jurídico en niveles y la sacralización del principio de supremacía constitucional como límite de todas las facetas del derecho, como de la construcción del Tribunal Constitucional como ente de control de los actos del Legislativo y el Ejecutivo.

O. BERCHOLC, JORGE: *La producción del Tribunal Constitucional de España a través del control de constitucionalidad. El rol desempeñado por el Tribunal Constitucional en el sistema político-institucional español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

No hay muchas obras en nuestra doctrina que analicen jurídico-constitucionalmente la producción jurídica del Tribunal Constitucional y su función de control desde una perspectiva empírica. El autor tiene presente principalmente para el análisis los datos cuantitativos y cualitativos, proporcionando un estudio empírico del funcionamiento efectivo y real del garante constitucional. No en vano, la base de esta obra es la tesis doctoral del autor, ofreciendo un estudio de justicia constitucional distinto a otros estudios. La investigación en términos rigurosos abarca desde el inicio de la producción jurídica del Tribunal, en 1980, hasta el inicio de la propia investigación, en 2011. La hipótesis principal que analiza es si el Tribunal Constitucional ha ejercido activamente y hasta qué punto la actividad de control de constitucionalidad de los actos normativos de los otros poderes políticos del Estado, observando accesoriamente la carga de trabajo en el ejercicio del control de constitucionalidad.

SOTO FLORES, ARMANDO (coord.): *Derecho procesal constitucional*, Ciudad de México, Grandes Temas Constitucionales, Secretaría de Cultura, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2016.

Esta obra surge en conmemoración del centenario de la Constitución de 1917 de México. Cabe afirmar que la Constitución ha sido el instrumento indispensable para reformar el destino de la nación mexicana, siendo además el reflejo de su contexto histórico. Producto de la Revolución mexicana, ha

dato forma y estructura a un país, al construir normativamente un gobierno representativo. Como manifiestan los diversos autores de esta obra colectiva, esta celebración del centenario de vigencia permite reflexionar sobre sus causas, características y efectos. Teniendo presente las vicisitudes del futuro, en lo que refiere a la historia, la política y el derecho. La Constitución de 1917 que emergió como el producto de su tiempo es un documento práctico, pero también histórico, aparte de influyente en otros países del mundo. La obra resalta especialmente cómo se constituyó territorialmente el federalismo e incluyó novedosos derechos sociales en la República. La suma importancia de la obra también deriva de la interpretación de diversos especialistas. En particular, el análisis constitucional se realiza desde la perspectiva del derecho procesal constitucional, resaltando todas las cuestiones relativas a la evolución del control constitucional, el papel de la Suprema Corte, el juicio de amparo constitucional y la variada defensa jurisdiccional de los derechos humanos, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad; luego, por último, también se realiza un examen exhaustivo de la protección constitucional de los derechos políticos y electorales.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

Temas de interés

El *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (AIJC) publica trabajos de investigación originales sobre la Constitución y el sistema de las fuentes, el control de la constitucionalidad y la justicia constitucional, la tutela de los derechos y libertades y el orden axiológico constitucional, así como la interpretación por los Tribunales Constitucionales u órganos equivalentes de las normas de la Constitución, con particularísima preferencia a los países del mundo iberoamericano.

Envío de originales

Los originales se harán llegar por correo electrónico a la dirección **evaluaciones@cepc.es**. Han de ser inéditos o, en todo caso, no haber sido publicados en lengua española. Será responsabilidad del autor informar sobre la situación de los derechos de autor. La publicación de un trabajo que atente contra dichos derechos será responsabilidad del autor.

El envío de trabajos presupone, por parte de los autores, el conocimiento y aceptación de estas Instrucciones. Mientras el manuscrito esté en proceso de evaluación por parte del AIJC, los autores no lo presentarán para su evaluación a otras revistas. Será obligatorio enviar dos versiones: una **anonimizada** para facilitar la evaluación anónima del texto, y otra sin anonimizar.

Idiomas de los originales

El AIJC acepta trabajos en español, portugués e inglés. Si se envía una versión en inglés, la calidad del inglés debe ser perfecta, por lo que el texto debe haber sido escrito o revisado por una persona nativa de lengua inglesa.

Formato de los originales

Los originales deberán presentarse en Word con letra Times New Roman tamaño 12 y un interlineado de uno y medio. La extensión total no deberá superar las treinta páginas (10000 a 12000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación institucional, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto, así como la indicación de quién es el autor destinatario de todas las comunicaciones con la revista.

Título

Los estudios doctrinales y jurisprudenciales llevarán el título en español e inglés. Tendrá un marcado carácter informativo y reflejará fielmente el contenido del artículo. Dentro de lo posible debe evitarse el uso de abreviaturas y acrónimos.

Resumen

Los estudios doctrinales irán precedidos de un breve resumen, en español e inglés, cuya extensión debe estar comprendida entre 120 y 150 palabras. Su alcance debe ser estrictamente informativo no puede incluirse en los mismos información que no figure en el texto del artículo. También deben evitarse palabras o expresiones poco significativas, perífrasis y frases excesivamente largas.

Descriptores

En los estudios doctrinales, se incluirá un máximo de cinco descriptores o palabras clave, en español e inglés. Para favorecer su normalización se recomienda su extracción de tesauros y vocabularios normalizados.

Normas de citación

Notas

Se situarán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. Únicamente contendrán texto adicional y solo excepcionalmente citas bibliográficas, y en ningún caso incluirán referencias bibliográficas completas, que se incluirán al final del artículo.

Citas bibliográficas

Aparecerán preferentemente en el cuerpo del texto. Cada una de las citas bibliográficas debe corresponderse con una referencia en la bibliografía final. Deben evitarse las autocitas, restringiéndose su uso únicamente a los casos imprescindibles. Para las citas en el texto se empleará el sistema autor-año de Harvard (autor, año: página):

(Dahl, 1989: 323)

Los documentos con dos autores se citan por sus primeros apellidos unidos por «y»:

(Telles y Ortiz, 2011)

Si se cita el trabajo de tres o más autores, es suficiente citar el primer autor seguido de *et al.*:

(Amador *et al.*, 1989)

Si se citan varios trabajos de un autor o grupo de autores de un mismo año, debe añadirse a, b, c... después del año:

(Franzen, 2012b)

Cuando el apellido del autor citado forma parte del texto, debe indicarse siempre entre paréntesis el año de la obra citada:
Como afirma Goldthorpe (2010)...

Bibliografía

Se incluirá al final del artículo o nota de investigación. Únicamente contendrá referencias citadas en el texto. Por tanto, queda expresamente prohibido incluir referencias adicionales. Se seguirá el sistema APA (American Psychological Association). A continuación adjuntamos ejemplos para las tipologías más usadas de documentos:

Monografías

— Un autor

Crouch, C. (2011). *The Strange Non-Death of Neoliberalism*. Cambridge: Polity.

— Dos o más autores

Anduiza Perea, E., Crespo, I. y Méndez Lago, M. (1999). *Metodología de la Ciencia Política*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.

— Libro en línea

Sanmartín Cuevas, X. (2014). *Nuevas tecnologías, traen nuevas tendencias: viaje TIC con 80 entrevistas exclusivas*. Disponible en: <http://catalogo.ulima.edu.pe/uhtbin/cgiirsi.ex/e/6Yw1INoKGt/x/153460026/9>.

Capítulos de monografías

Zea, L. (2007). América Latina: largo viaje hacia sí misma. En D. Pantoja (comp.). *Antología del pensamiento latinoamericano sobre la educación, la cultura y las universidades* (pp. 125-138). México: UDUAL.

Artículos de revistas científicas

Miguel, E., Shanker, S. y Ernest, S. (2004). Economic shocks and civil conflict: an instrumental variables approach. *Journal of Political Economy*, 112 (4), 725-753.

— Revistas electrónicas

Pifarré, M. J. (2013). Internet y redes sociales: un nuevo contexto para el delito. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 16, 40-43. Disponible en: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=7882_8864004.

— Revistas electrónicas con DOI

Díaz-Noci, J. (2010). Medios de comunicación en internet: algunas tendencias. *El Profesional de la Información*, 19 (6), 561-567. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.3145/epi.2010.nov.01>.

Informes

— Autor institucional

Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía. (2004). *Eficiencia energética y energías renovables* (Informes IDEA. Boletín IDEA; 6). Madrid : IDEA.

— Autor personal

Caruso, J., Nicol, A. y Archambault, E. (2013). *Open Access Strategies in the European Research Area*. Montreal: Science-Metrix. Disponible en: http://www.science-metrix.com/pdf/SM_EC_OA_Policies.pdf.

Congresos

— Actas

Cairo, H. y Finkel, L. (coord.). (2013). *Actas del XI Congreso Español de Sociología: crisis y cambio. Propuestas desde la Sociología*. Madrid: Federación Española de Sociología.

— Ponencias publicadas en actas

Codina Bonilla, L. (2000). Parámetros e indicadores de calidad para la evaluación de recursos digitales. En *Actas de las VII Jornadas Españolas de Documentación (Bilbao, 19-21 de octubre de 2000): la gestión del conocimiento: retos y soluciones de los profesionales de la información* (pp. 135-144). Bilbao: Universidad del País Vasco.

— Ponencias y comunicaciones en línea

Durán Heras, M. A. (2014). Mujeres y hombres ante la situación de dependencia. Comunicación presentada en el seminario *Políticas públicas de atención a personas mayores dependientes: hacia un sistema integral de cuidados*. Disponible en: http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/mujereshombres19_21mayo.pdf.

Tesis

— Publicadas

Llamas Cascón, A. (1991). *Los valores jurídicos como ordenamiento material [tesis doctoral]*. Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/15829>.

— Inéditas

De las Heras, B. (2011). *Imagen de la mujer en el Fondo Fotográfico de las Guerra Civil Española de la Biblioteca Nacional de España*. Madrid, 1936-1939 [tesis doctoral inédita]. Universidad Carlos III de Madrid.

Artículos y noticias de periódicos

Bassets, M. (2015). El Tribunal Supremo respalda la reforma sanitaria de Obama. *El País*, 25-6-2015. Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2015/06/25/actualidad/1435242145_474489.html.

— Sin autor

Drogas genéricas. (2010). *El Tiempo*, 25-9-2015, p. 15.

Blogs

Escolar, I. (2015). El falso mito de que los emprendedores de Internet son la solución al paro. *Escolar.Net* [blog], 25-6-2015. Disponible en: http://www.eldiario.es/escolar/falso-empresas-Internet-solucion-paro_6_402519746.html.

Foros electrónicos, listas de distribución

Pastor, J. A. (2014). Aspectos prácticos para proyectos de datos abiertos en las administraciones públicas. *IWETEL* [lista de distribución], 31-1-2014. Disponible en: <http://listserv.rediris.es/cgi-bin/wa?A2=IWETEL;b361930a.1401e>.

DOIS

En el caso de que los trabajos en formato electrónico contengan DOI (*digital object identifier*), será obligado recogerlo en la referencia bibliográfica. Se hará del siguiente modo:

Murray, S. (2006). Private Polls and Presidential Policymaking, Reagan as a Facilitator of Change. *Public Opinion Quarterly*, 70 (4), 477-498. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1093/poq/nfl022>.

Derechos de autor

Los autores conservarán sus derechos de autor y garantizarán a la revista el derecho de primera publicación de su obra, el cual estará simultáneamente sujeto a la **Licencia de reconocimiento de Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional** que permite a terceros compartir la obra siempre que se indique su autor y su primera publicación esta revista.

Plagio y fraude científico

La publicación de un trabajo que atente contra los derechos de propiedad intelectual será responsabilidad de los autores, que serán los que asuman los conflictos que

pudieran tener lugar por razones de derechos de autor. Los conflictos más importantes pueden darse por la comisión de plagios y fraudes científicos. Se entiende por **plagio**:

- a. Presentar el trabajo ajeno como propio.
- b. Adoptar palabras o ideas de otros autores sin el debido reconocimiento.
- c. No emplear las comillas u otro formato distintivo en una cita literal.
- d. Dar información incorrecta sobre la verdadera fuente de una cita.
- e. El parafraseo de una fuente sin mencionar la fuente.
- f. El parafraseo abusivo, incluso si se menciona la fuente.

Las prácticas constitutivas de **fraude científico** son las siguientes:

- a. Fabricación, falsificación u omisión de datos y plagio.
- b. Publicación duplicada.
- c. Conflictos de autoría.

